

## Curso virtual de DDHH – Caso 2

### Derecho a la igualdad y a la no discriminación

#### Aspectos procesales\* y solución de fondo

#### Bolivia - Realizado por: José Antonio Rivera Santivañez

##### Aspectos procesales

### 1. Tipo de acción

La acción de inconstitucionalidad es un proceso constitucional a través del cual se somete a juicio de constitucionalidad una disposición legal o reglamentaria para verificar su compatibilidad con la Constitución y las normas del Bloque de Constitucionalidad, con la finalidad de sanear el ordenamiento jurídico del Estado.

El artículo 72 del Código Procesal Constitucional dispone que la acción de inconstitucionalidad tiene como objeto “declarar la inconstitucionalidad de toda norma jurídica incluida en una Ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial que sea contraria a la Constitución”. La acción de inconstitucionalidad puede ser abstracta “contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales” (Código Procesal Constitucional, artículo 73, numeral primero); o concreta “que procederá en el marco de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales” (Código Procesal Constitucional, artículo 73, numeral segundo).

\* Sara María Ortiz Lozano y Juan Sebastián Sánchez Gómez, estudiantes de derecho de la Universidad de los Andes (Colombia), apoyaron al autor en una primera búsqueda sobre los aspectos procesales para resolver este caso con fundamento en la legislación boliviana.

## 2. La competencia del Tribunal o Corte para conocer el caso

Por previsión del numeral 1 del artículo 202 de la Constitución, tiene competencia para conocer y resolver la Acción de Inconstitucionalidad, sea abstracta o concreta, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en Sala Plena. Se la tramita un proceso de puro derecho, conforme al procedimiento previsto por el Código Procesal Constitucional.

## 3. El reclamante (legitimación activa)

La acción de inconstitucionalidad abstracta solo la pueden interponer las autoridades referidas en el artículo 202.1 de la Constitución y el artículo 74 del Código Procesal Constitucional de Bolivia. La acción de inconstitucionalidad concreta la puede interponer el juez que conozca el proceso de adopción que inicien los reclamantes, con el fin de declarar la inconstitucionalidad de la norma en comento porque viola los derechos reconocidos por el artículo 14 numerales 2 y 3 de la CPE.

## 4. Objeto de la acción de constitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad abstracta solo la pueden interponer las autoridades referidas en el artículo 202.1 de la Constitución y el artículo 74 del Código Procesal Constitucional de Bolivia. La acción de inconstitucionalidad concreta la puede interponer el juez que conozca el proceso de adopción que inicien los reclamantes, con el fin de declarar la inconstitucionalidad de la norma en comento porque viola los derechos reconocidos por el artículo 14 numerales 2 y 3 de la CPE.

## 5. Legitimación del demandante

Las demandas de inconstitucionalidad abstractas pueden ser interpuestas por “la Presidenta o Presidente del Estado Plurinacional, cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional o de los Órganos Legislativos de las Entidades Territoriales Autónomas, las máximas autoridades ejecutivas de las Entidades Territoriales Autónomas, así como la Defensora o el Defensor del Pueblo” (Código Procesal Constitucional, artículo 74).

## 6. El agotamiento de la vía judicial ordinaria

Los procesos de inconstitucionalidad no están orientados por la vía jurídica ordinaria, por lo que las demandas de inconstitucionalidad se presentan ante el Tribunal Constitucional Plurinacional; de tal manera, no es requisito agotar las vías ordinarias previamente.

## 7. La forma y el plazo para la admisibilidad de la acción

La acción de inconstitucionalidad, abstracta o concreta, debe ser planteada de forma escrita cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 24 del Código Procesal Constitucional. No existe un plazo para plantearla, por lo que no se produce caducidad. Por previsión del art. 27 del Código Procesal Constitucional, la comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional deberá pronunciarse en un plazo no mayor de los cinco días sobre la admisión o rechazo.

El artículo 76 del Código Procesal Constitucional contempla que una vez admitida la acción de inconstitucionalidad abstracta “la Comisión de Admisión ordenará se ponga en conocimiento de la autoridad u Órgano emisor de la norma impugnada, para que en el plazo de quince días se apersona y presente el informe que corresponda, cumplido el plazo, con o sin informe se procederá inmediatamente al sorteo, debiendo el Tribunal Constitucional Plurinacional emitir la sentencia correspondiente dentro de los cuarenta y cinco días siguientes”. El artículo 75 del mismo Código establece que estas acciones abstractas no podrán ser rechazadas por razones de forma y podrán ser subsanadas en el plazo que contemple el Tribunal Constitucional; en caso de que no sean subsanadas se entenderán como no presentadas.

### Solución de fondo

#### I. Problema jurídico

Tomando en cuenta que la problemática a resolver consiste en determinar si la Ley impugnada, como sostiene la accionante, infringe el derecho a la igualdad con relación a la orientación sexual; este Tribunal considera necesario establecer los alcances de los siguientes derechos: a) derecho a la igualdad de las personas LGTBI; y, b) existencia del reconocimiento del derecho a la familia a parejas del mismo sexo y su implicancia en los derechos del niño.

#### II. Marco jurídico de protección

##### II.1. Derecho a la igualdad de las personas LGTBI

En el sistema constitucional boliviano, la igualdad tiene una triple dimensión; es un valor supremo (art. 8.II de la Constitución); es un principio constitucional sobre el que se configura la acción estatal para garantizar el goce pleno y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales (art. 14.II); y, es un derecho humano reconocido por el [art. 24](#) de la [Convención Americana sobre Derechos Humanos \(CADH\)](#); y el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (PIDCP), que forman parte del [Bloque de Constitucionalidad](#). En el contexto referido, la norma prevista por el art. 14.II de la Constitución, como garantía de la igualdad, prevé lo siguiente:

*“II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, **orientación sexual, identidad de género**, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, **estado civil**, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos de toda persona”*  
(énfasis es agregado)

El derecho a la igualdad se entiende como aquél derecho genérico, concreción y desarrollo del valor igualdad, que supone el reconocimiento por parte de las normas jurídicas del principio de no discriminación al momento de reconocer y garantizar los derechos, y además, del cumplimiento social efectivo de la misma. Así, a partir de lo manifestado se entiende que la igualdad tiene dos dimensiones o campos: el primero referido a la igualdad ante el Estado, y el otro la igualdad ante y entre particulares. La igualdad ante el Estado supone varias subdivisiones, a saber: igualdad ante la ley o igualdad jurídica, igualdad ante la administración e igualdad ante la jurisdicción.

La igualdad ante la Ley o igualdad jurídica, impone un límite constitucional a la actuación del legislador; vale decir que, cuando el Estado legisla no puede violentar la igualdad civil de los habitantes, estableciendo tratos diferenciados arbitrarios, no fundamentados e irrazonables. Esta construcción doctrinal sobre el derecho a la igualdad ante la ley, ha sido entendida como un derecho autónomo, a través del cual se prohíbe que la discriminación se produzca en cualquier esfera sujeta a la normativa y a la protección de las autoridades públicas, y que a fin de garantizarlo, los Estados tienen la obligación de no incorporar preceptos discriminatorios en las normas jurídicas que emitan.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de

los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno”<sup>1</sup>, y que “sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”<sup>2</sup>.

Ya ingresando el ámbito más concreto, la Corte IDH en su [Opinión Consultiva 24/17](#) sobre **“Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”**<sup>3</sup>, dejó establecido que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género, son categorías protegidas por la [CADH](#). Por ello, dice la Corte IDH, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género.<sup>4</sup>

Según la Corte IDH, un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie, y bajo ninguna circunstancia, con base en su orientación sexual, identidad de género o expresión de géneros; lo que supone que el derecho de constituir una familia adoptando un niño, no puede ser desconocido por la referida razón. Sin embargo, este derecho debe ser ponderado frente al interés superior del menor, es decir, ¿la adopción por parejas del mismo sexo compromete del desarrollo armónico e integral del menor?.

## II.2. Existencia del reconocimiento del derecho a la familia a parejas del mismo sexo y su implicancia en los derechos del niño

Como quiera que lo que se debate en esta acción es el hecho de que dos personas, aun teniendo una vida de pareja, se encuentren desprovistas de la posibilidad de adoptar a un niño o niña debido a que son del mismo sexo, obliga a este Tribunal Constitucional a analizar si las relaciones de pareja del mismo sexo se encuentran reconocidas y protegidas por el derecho a formar una familia.

<sup>1</sup> [Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua](#). Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C Nº 12, párr. 185.

<sup>2</sup> [Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Opinión Consultiva OC-18/03](#) párr. 10.1

<sup>3</sup> [Corte IDH. Opinión Consultiva 24/17](#) de 24 de noviembre de 2017, “Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1., 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

<sup>4</sup> Corte IDH, *Idem.*, Párr. 78.

<sup>5</sup> *Idem.* Párr. 84

El derecho a formar una familia está reconocido y protegido por el artículo 62 de la Constitución, como el núcleo esencial de la Sociedad. Si bien es cierto que el art. 63 constitucional establece que el matrimonio jurídico se constituye por vínculos jurídicos entre un hombre y una mujer, no es menos cierto que, en opinión de este Tribunal, dicha norma no excluye la existencia de otras formas de conformar una familia, ni restringe la protección que el artículo 62 le da a todo tipo de familia.

Máxime si dentro el ordenamiento jurídico del Estado, el Código de las familias no establece esta exclusión para la conformación de las familias y más aún reconoce su diversidad, al señalar: *“Las familias, desde su pluralidad, se conforman por personas naturales que deben interactuar de manera equitativa y armoniosa, y se unen por relaciones afectivas emocionales y de parentesco por consanguinidad, adopción, afinidad u otras formas, por un periodo indefinido de tiempo, protegido por el Estado, bajo los principios y valores previstos en la Constitución Política del Estado”* (art. 2), diversidad que debe ser protegida por el Estado conforme determina el Ar. 4.I del mismo cuerpo legal: *“El Estado está obligado a proteger a las familias, respetando su diversidad y procurando su integración, estabilidad, bienestar, desarrollo social, cultural y económico para el efectivo cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos de todas y todos sus miembros.”*

Nótese que el texto constitucional no establece un tipo de familia específico, esto en gran medida por la gran variedad de tipos de familia que existen en la Sociedad boliviana. Por ejemplo, ante el fenómeno de la migración, muchas familias están conformadas por niños que se han quedado en Bolivia al cuidado de sus abuelos o tíos, mientras los padres se encuentran en el exterior. La Constitución, brinda igual protección y reconocimiento a este tipo de familia, al igual que a otros tipos de familia que podrían considerarse más comunes o “tradicionales”.

Respecto a los derechos de las familias, la [Sentencia Constitucional 0041/2013-L](#) de 3 de marzo estableció que: *“(…) toda violación, supresión o desconocimiento de derechos familiares, se encuentra prohibido por mandato constitucional, incluso por el marco normativo que forma parte del bloque de constitucionalidad.”*

Cabe señalar que, con relación a los derechos humanos, la Constitución contiene normas para una efectiva protección; así en su art. 410.II, prevé que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos forman parte del [Bloque de Constitucionalidad](#); y en el art. 256.I dispone la aplicación preferente de las normas de los tratados y convenciones internacionales que declaren derechos más favorables que la Constitución; y los arts. 13.IV y 256.II prevén la interpretación de la Constitución y las leyes conforme a los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos.



Bajo ese marco normativo constitucional en el ámbito interamericano, la Corte IDH estableció en primer lugar que la [CADH](#) cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria. Así, dicha Corte IDH ha considerado que las posibles vulneraciones a este bien jurídico tutelado, deben analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, según el artículo [11.2 de la CADH](#), sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo [17.1](#) del mismo cuerpo legal. Ninguna de las normas citadas contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por “familia”. Sobre el particular, la Corte IDH ha señalado que en la Convención no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma.<sup>6</sup>

Con mayor claridad y contundencia, la Corte IDH ha establecido en su [O.C. 24/17](#) que una familia puede estar constituida por personas de diversa identidad de género u orientación sexual, y que de igual manera merecen protección y respeto. Así, textualmente señala que:

*“(…) una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. Todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado, pues como fue mencionado con anterioridad (supra párr. 174), la Convención no protege un modelo único o determinado de familia.”<sup>7</sup>*

En la misma [Opinión Consultiva 24/17](#), la Corte IDH ha determinado que una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención que es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, sin distinción alguna.<sup>8</sup> De esa manera, concluyó que

*“(…) [l]a Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la*

<sup>6</sup> Cfr. [Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile](#). Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 142, y 172. En ese mismo sentido, véase Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 13; Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, 20 de septiembre de 2006, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, párrs. 15 y 19; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 2, y Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988). Derecho a la intimidad (artículo 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 5

<sup>7</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 de 24 de noviembre de 2017, “Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1., 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Párr. 179.

<sup>8</sup> Ídem. Párr. 189

*protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo.” y que “(...) deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (...)”, esta obligación internacional “(...) se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.”<sup>9</sup>*

Cabe recordar que estos estándares mínimos internacionales tienen su efecto vinculante en el Estado boliviano, conforme ha establecido la [Sentencia Constitucional 110/2010-R](#) de 10 de mayo, al determinar que las mismas forman parte del bloque de constitucionalidad.

Sobre la implicancia en los derechos del niño del reconocimiento de la categoría de familia al vínculo familiar de personas del mismo sexo, cabe señalar que la Corte IDH entiende que “(...) indiscutiblemente la adopción es una institución social que permite que, en determinadas circunstancias, dos o más personas que no se conocen se conviertan en familia.” Por su parte, el vivir y crecer dentro de una familia adoptiva, ha sido reconocido por la Constitución, en su art. 59, como un derecho del niño cuando este no puede hacerlo dentro de su familia de origen; la norma constitucional referida además establece que únicamente se podrá disponer que el niño crezca en una familia sustituta, que no sea la de origen o adoptiva en virtud del interés superior del niño.

Respecto a ese aspecto (interés superior del niño) en relación con la orientación sexual de quienes están al cuidado de los niños, es aplicable la jurisprudencia establecida por la Corte IDH en el caso [Atala Riffo y niñas vs Chile](#)<sup>10</sup>. El Estado alegó el interés superior de las tres niñas, hijas de la Sra. Atala, para justificar el retiro del cuidado y custodia de sus hijas. La Corte IDH afirmó que

*“(...) la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad (...)”, configurándose en una medida que si bien in abstracto tiene una finalidad legítima, “(...) era inadecuada y desproporcionada para cumplir este fin, por cuanto los tribunales chilenos tendrían que haberse limitado a estudiar conductas parentales -que podían ser parte de la vida privada- pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala”.<sup>11</sup>*

<sup>9</sup> Idem. Párr. 199.

<sup>10</sup> [Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile](#). Fondo, reparaciones y Costas, sentencia de 24 de febrero de 2012.

<sup>11</sup> [Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile](#). Fondo, reparaciones y Costas, sentencia de 24 de febrero de 2012. Párr. 166 -167.



### III. Constatación de un trato diferenciado

La adopción no significa solamente dar un hogar al menor, sino de proporcionarle una familia que pueda cumplir con un mínimo de condiciones que aseguren, en la medida de lo posible, su óptimo desarrollo. Ello significa que toda persona independientemente de su orientación sexual debe cumplir con los requisitos que la Ley le impone para poder adoptar. Si se cumple con todos los requisitos previstos por Ley, estaríamos hablando de que la orientación sexual es el elemento que decide la capacidad de brindar hogar a un menor de edad.

### IV. Justificación de un trato diferenciado

Los accionantes cuestionan la Ley “Y” en su inciso c), porque sería incompatible con la Constitución, en razón a que vulneraría el derecho de las parejas del mismo sexo a ser tratados en condiciones de igualdad con relación al instituto de la adopción, el cual estaría reservado exclusivamente a parejas heterosexuales. Por otro lado, indican que dicha disposición normativa sería incompatible con el derecho de los niños a formar una familia, ya que estos se verían impedidos de acceder a una, debido a la limitante que existe para muchas parejas del mismo sexo que desean conformar una familia mediante la adopción. Por último, es necesario atender a los argumentos de los escritos presentados en calidad de *Amicus Curiae*, los cuales refieren que la norma cuestionada se erige como una limitante permitida con base en el interés superior de los niños, y “(...) algunos conceptos de expertos en los que se concluye que el beneficio familiar de los menores está dado principalmente por la compañía de una figura masculina y otra femenina en la etapa de formación”.

Ahora bien, la Ley “Y” ha determinado ciertas condiciones de legitimación para adoptar, entre las cuales se encuentra el hecho de tener un vínculo de pareja, el cual debe ser exclusivamente entre un hombre y una mujer. Esta condicionante o requisito, suprime en su totalidad la posibilidad de que parejas del mismo sexo que tengan un vínculo afectivo puedan tener la oportunidad de adoptar. De acuerdo con ello, sin lugar a dudas, la norma impugnada establece un trato diferenciado con base en la orientación sexual de las parejas que pretenden la adopción, sin que existan suficientes y razonables razones jurídicas para ello; al contrario, se trata de un trato diferenciado que infringe lo previsto por la Constitución y los estándares interamericanos.

Establecido lo anterior y, tomando en cuenta que la posibilidad de adoptar se encuentra como una prerrogativa a disposición de las parejas heterosexuales, sin fundamento jurídico razonable y suficiente; es resguardo del derecho a la igualdad y no discriminación, se entiende que la misma debería encontrarse también a disposición de las parejas del mismo sexo.

Entonces queda claro que, al realizarse una exigencia que importa diferenciación entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo, cuando pretenden adoptar, con base en un motivo prohibido por la Constitución y la CADH, sin exponer los suficientes y razonables fundamentos jurídicos que justifiquen ese trato diferenciado, constituye discriminación y violación del derecho a conformar una familia, por ende, resulta inconstitucional.

Cabe la necesidad de pronunciarse sobre los argumentos relacionados con el interés superior del niño y que estos constituyen una motivación suficiente como para implementar la diferenciación argumentada en la Acción, en virtud de ciertos pronunciamientos de expertos sobre un mayor beneficio familiar para el niño o niña al encontrarse con figuras maternas y paternas en las etapas tempranas de formación.

Este Tribunal debe realizar el test de igualdad para determinar si esta diferenciación o limitante se encuentra en consonancia con el art. [32.2 de la CADH](#) y por ende es razonable. Esto consiste en determinar si, el trato diferente constituye una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la [Convención](#), sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de [proporcionalidad](#) en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma.<sup>12</sup>

Como ya se ha citado en el subtítulo II de este fallo, si bien la protección del interés superior del niño puede ser *in abstracto* un fin legítimo en el marco de la Convención, empero no existe una necesidad de privar a las parejas del mismo sexo del derecho igualitario que tienen de adoptar al igual que las parejas heterosexuales, puesto que “(...) *la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad (...)*” [[caso Atala Riffo y niñas vs Chile](#)]. Los pronunciamientos de expertos, además de no ser unánimes, se relacionan con un supuesto mayor beneficio que no puede ser generalizado a todas las parejas, puesto que concurren varios elementos de diferente índole que deberán ser analizados caso por caso al momento de otorgar la adopción. Nuevamente, negar este derecho con base simplemente en la orientación sexual, no logra superar el test de igualdad.

<sup>12</sup> Cfr. [Caso I.V. Vs. Bolivia](#). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 241.

La [razonabilidad](#) es la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que establezcan trato diferente entre los seres humanos, a condición de que el criterio empleado sea razonable. No cabe duda que no puede desconocerse el interés superior del menor y si este se ve afectado al ser adoptado por dos personas del mismo sexo; al formar parte de un hogar conformado por padre y madre el menor tiene plena armonización en cuanto a su entorno familiar y los roles que desempeña cada miembro de la familia, más aún si consideramos que en nuestro contexto aún tradicional, padre y madre son seres por naturaleza pilares del hogar, y que en los problemas jurídicos entorno a los niños o adolescentes, se ha identificado que muchas veces esos conflictos derivan a causa de la ausencia de alguna de estas figuras parentales; asimismo, es interés del Estado velar por que el ejercicio a la dignidad humana misma del menor no se vea afectada por no contar con una de estas figuras.

Lo que se debe garantizar es que en el proceso de adopción, como una forma reconocida por Ley para conformar una familia, es lograr el pleno respeto de los derechos de los niños para garantizar su mejor opción de vida, ello es independiente de la orientación sexual de la persona que le ofrezca obtener esta mejor opción de vida, es decir, si se trata de un matrimonio heterosexual o de parejas del mismo sexo.

El conflicto se resume en la siguiente pregunta: ¿si se prohíbe la adopción a parejas homosexuales a razón de su orientación sexual, se estaría respetando el interés superior del niño? Es precisamente la garantía del interés superior del menor lo que justifica la aceptación de diversos modelos de familia, que se encarguen de brindar la crianza y cuidado necesario a niños que día a día se encuentran en necesidad de contar con un entorno de cuidado y protección, toda vez que la adopción no beneficia a los padres adoptantes, sino especialmente al menor adoptado; no existe expresamente el derecho a adoptar, empero, si existe el derecho de los menores a contar con una familia, ya sea ésta a partir de la adopción y convivir en un ambiente de respeto y tolerancia; de esta manera, el debate jurídico sobre la adopción homoparental debe versar, inicialmente, sobre la posibilidad que los menores puedan hacer parte de una familia y desarrollarse plenamente en un entorno de hogar.

Cabe recordar que, según la jurisprudencia constitucional establecida en la Sentencia [SCP 2164/2013 de 21 de noviembre](#), un conflicto o antinomia de derechos debe resolverse aplicando tres criterios: 1) definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los derechos; 2) definir la importancia de la satisfacción del derecho que juega en sentido contrario; y, 3) definir si la importancia de la satisfacción del derecho contrario justifica la afectación del otro”.

En este caso, es necesario dilucidar la necesidad de salvaguardar los derechos de las personas homosexuales a poder acceder a la adopción frente al interés superior del niño, a partir de la aplicación del principio de igualdad, como fundamento de la adopción homoparental.

Con relación al primer criterio, no permitir a las personas homosexuales acceder a constituir una familia a partir de la adopción, vulnera su derecho a la igualdad y no discriminación; además la prohibición constitucional de no discriminación en razón a su orientación sexual. En cuanto al segundo criterio, es deber del Estado la protección de los derechos de un grupo vulnerable de la sociedad, como es la niñez, y más aún si se encuentran en situación de abandono; todos los niños tienen derecho a tener una familia, se debe optimizar las condiciones que permitan al niño crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material que permita el desarrollo de su personalidad, los niños tienen derecho a una vida digna dentro del seno de una familia, derecho que implica tener un nombre o un hogar, protegiéndolo, asegurando una correcta educación y desarrollo, velando por su salud y seguridad. Es decir, es derecho de todo niño o niña poder crecer dentro un ámbito de protección familiar optimizando sus condiciones de una mejor calidad de vida y este derecho se ve más afectado cuando se restringen sus condiciones de acceso a un hogar.

Finalmente, en cuanto al tercer criterio, la satisfacción del interés superior no contraviene el derecho de acceso a la adopción por parte de las personas del mismo sexo, más al contrario, se complementan, el interés superior del menor no es vulnerado por la orientación sexual de los padres, sino todo lo contrario, se genera un déficit cuando se niega a un menor en condición de adoptabilidad tener una familia; por lo tanto, cuando se excluye a parejas del mismo sexo de la posibilidad de conformar una familia a partir del instituto de la adopción, se genera un desconocimiento al interés superior del menor en cuanto a su derecho a tener una familia, ya que la adopción es una medida de protección que garantiza el derecho de los menores en estado de abandono.

Dentro del marco del derecho a la igualdad, este derecho es inherente a ambos sectores, es decir, tanto al derecho de las parejas del mismo sexo a constituir una familia a través del vínculo de la adopción, y el derecho de los niños a la protección de su interés superior mediante en el derecho fundamental a tener una familia, negar la posibilidad de que los menores sean adoptados por parejas del mismo sexo significa una afectación no sólo del derecho a la igualdad sino, su derecho a tener una familia.

Si bien se ha analizado la probabilidad de afectación de este interés superior del niño de no contar con la figura tradicional paterna – materna y que esta puede ser motivo de discriminación en cuanto a su entorno social; no es menos cierto que no se debe desconocer el carácter progresivo de los

derechos humanos así como las nuevas formas de conformación de las familias, lo que quiere decir que resulta necesario implementar programas de educación orientadas a la enseñanza de la diversidad sexual y de género, pero que en definitiva no puede ser concebido la idea de que la orientación sexual de una persona determine su capacidad para adoptar.

## V. Decisión

La Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional, en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado y el art. 12.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, resuelve declarar:

1° La **INCONSTITUCIONALIDAD** de la Ley Y en su inciso c) específicamente en sus frases: “(...) *entre un hombre y una mujer* (...)”.

2° Se deberá interpretar la frase “(...) *ya sea por unión de hecho, solemne o matrimonial* (...)”, en un sentido amplio que no restrinja el derecho de las parejas del mismo sexo a demostrar este mismo vínculo afectivo de otras maneras, en tanto la Asamblea Legislativa Plurinacional emita una Ley que, realizando un control de convencionalidad, reconozca el matrimonio y uniones de hecho a parejas del mismo sexo.