

SEÑOR PRESIDENTE Y MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

**EXPEDIENTE 16831-2016-34-AIA, "MAIDA PAZ CALLAU Y OTROS,
DIPUTADOS Y SENADORES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA
PLURINACIONAL DE BOLIVIA".**

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ABSTRACTA CONTRA LA LEY
807 DE 21 DE MAYO DE 2016, DENOMINADA "LEY DE IDENTIDAD DE
GÉNERO"**

Otrosíes.-

**MONS. AURELIO PESOA RIBERA, OFM en representation de LA CONFERENCIA
EPISCOPAL BOLIVIANA, en su calidad de SECRETARIO GENERAL ADJUNTO, Y
PR. FRANCISCO MIGUEL MACHACA MONRROY, con C.I. 2640451 L.P., en representation
de IGLESIAS EVANGELICAS UNIDAS en su condición de PRESIDENTE, ambos
transitoriamente en esta, mayores de edad y hábiles por derecho, dentro del recurso
abstracto de inconstitucionalidad contra la ley 807 de 21 de mayo de 2016 "Ley de
Identidad de Género", a instancia de la DIP. MAIDA PAZ CALLAU Y OTROS; ante vuestras
autoridades con las debidas consideraciones de respeto.**

1. APERSONAMIENTO Y OBJETO DE ESTA PRESENTACION

Por los Poderes Notariales adjuntos, que fueron conferidos mediante Escritura Pública se tiene:

- **DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL BOLIVIANA**, Testimonio Nº 794/2015 de fecha 18 de noviembre de 2015, otorgado por ante Notario de Fe Publica Dr. Dennys Tapia Crespo, Poder de General de Administración y Representación Legal que confiere S.E.R. Mons. Ricardo Ernesto Centellas Guzmán en su calidad de Presidente de la Conferencia Episcopal Boliviana, a favor de S.E.R. Mons. Aurelio Pesoa Ribera, OFM. Dejándose constancia de que la representación del R.P. José Fuentes Cano persiste y puede ser ejercida conjunta o indistintamente.

- **DE IGLESIAS EVANGELICAS UNIDAS**, Testimonio N° 4438/2017 de fecha 16 de junio de 2017, labrada por ante Notario de Fe Publica Dr. Freddy Eraclio Ticona Zuñiga, Poder General Amplio y Suficiente de Representación y Administración.

Ambas Instituciones se apersonan en representación de sus poder conferentes y admitido que sea, les haga conocer ulteriores resoluciones.

En cumplimiento de lo solicitado por el Tribunal Constitucional Plurinacional mediante su resolución firmada en Sucre el 3 de abril de 2017, la Conferencia Episcopal

Boliviana se dirige a los señores Magistrados con la finalidad de expresar su opinión acerca del caso tramitado en el Expediente 16831-2016-34-AIA, “Maida Paz Callau y otros, Diputados y Senadores de la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia”. Acción de inconstitucionalidad abstracta contra la ley 807 de 21 de mayo de 2016, denominada “Ley de identidad de género”.

SUMARIO DE ESTA PRESENTACIÓN.

1. APERSONAMIENTO Y OBJETO DE ESTA PRESENTACIÓN	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
2. SÍNTESIS DEL CASO	4
3. LA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS ASUMIDA EN ESTE DOCUMENTO	7
3.1. <i>¿Cuál es el sentido textual de los conceptos “hombre” y “mujer” utilizados en los artículos 63 y 64 CPE?: la disyuntiva entre inventar o determinar los conceptos constitucionales (primer argumento a favor de la acción iniciada, infra §4.1.).....</i>	7
3.2. <i>¿Cuál es el sentido jurídico de los conceptos “hombre” y “mujer” utilizados en los artículos 63 y 64 CPE?: si la Constitución no es inteligible, no hay Constitución (argumentos segundo, tercero y cuarto a favor de la acción iniciada, infra §4.2, 4.3 y 4.4).....</i>	8
3.2.1. <i>¿Qué perspectiva de interpretación semántica se ajusta mejor a los valores jurídicos constitucionales y convencionales? ¿Una perspectiva constructivista o una perspectiva realista?: el constructivismo radical es incompatible con los derechos humanos (cfr. argumentos segundo y tercero a favor de la acción iniciada, infra §4.2 y 4.3).....</i>	8
3.2.2. <i>¿Qué bienes humanos realiza el matrimonio como institución antropológica, y de qué manera impacta sobre los valores jurídicos fundamentales?: el constituyente ha perseguido bienes jurídicos concretos, determinables (cuarto argumento a favor de la acción iniciada, infra §4.4)</i>	10
a) <i>¿Afecta el contenido esencial del derecho humano a la igualdad la regulación constitucional del matrimonio en los términos de los artículos 63 y 64 CPE?: como se verá, la interpretación propuesta de la CPE no viola el derecho a la igualdad, porque distinguir no siempre es discriminar (cuarto argumento, primera derivación, infra §4.4.1.).....</i>	11
b) <i>¿Es contraria al valor jurídico del pluralismo moral y religioso la regulación constitucional del matrimonio en los términos de los artículos 63 y 64 CPE?: la</i>	

naturaleza pública de la argumentación que se desarrollará a lo largo de este documento (cuarto argumento, segunda derivación, <i>infra 4.4.2.</i>).....	11
3.3. <i>La proporcionalidad y razonabilidad de los artículos 62, 63 y 64 CPE: la opción efectuada por el constituyente en los arts. 62, 63 y 64 CPE es intrínsecamente razonable (quinto argumento, infra 4.5.)</i>	12
4. DESARROLLO DE LOS ARGUMENTOS	13
4.1 <i>Primer argumento: la alternativa entre inventar o determinar los conceptos constitucionales (perspectiva de género constructivista o perspectiva de género realista) pone en juego la razón de ser del Tribunal Constitucional Plurinacional. El sentido ordinario de los conceptos de “hombre” y “mujer” utilizados en los artículos 63 y 64 de la CPE</i>	13
4.2. <i>Segundo argumento: interpretar la Constitución no consiste en hacerle decir lo que al intérprete le plazca. El sentido jurídico constitucional de los conceptos de “hombre” y “mujer” utilizados en los artículos 63 y 64 de la CPE</i>	17
4.3. <i>Tercer argumento: hacia una interpretación genuina del constituyente. La perspectiva de género realista como resultado de la interpretación teleológica sistemática</i>	18
4.3.1. La perspectiva de género radical es incompatible con la proyección universal e inter-cultural de los principios iusfundamentales, y con el igual valor de las culturas (artículo 9 CPE)	18
4.3.2. La perspectiva de género radical es incompatible con la jerarquía de los derechos fundamentales (artículo 9 CPE).....	20
4.3.3. Una semántica realista implicada en el deber del Estado de promover el valor constitucional del diálogo inter-cultural (artículo 9 CPE)	22
4.4. <i>Cuarto argumento. la interpretación teleológico-sistématica de la regulación jurídica del matrimonio: identificación de bienes jurídicos implicados</i>	24
4.4.1. Cuarto argumento, primera derivación: la CPE no viola el derecho a la igualdad.....	29
4.4.2. Cuarto argumento, segunda derivación: la naturaleza pública de la argumentación desarrollada	34
4.5. <i>Quinto argumento: la interpretación efectuada en la ley 807 de la opción adoptada por el constituyente en los arts. 63 y 64 CPE es irrazonable o</i>	

<i>desproporcionada. Nuevamente sobre la razonabilidad intrínseca de la opción elegida por el Constituyente.....</i>	36
5. FUNDAMENTO Y SOLICITUD. CONCLUSIÓN GENERAL DE ESTE ESCRITO: LA LEY 807 NO RESPETA LA CPE	37

2. SÍNTESIS DEL CASO.

El caso que dio lugar al expediente en el que se inserta este documento surgió a raíz del dictado de la ley 807, de 21 de mayo de 2016, denominada “Ley de identidad de género”, cuyo objeto fue, según se dijo en su primer artículo:

“... establecer el procedimiento para el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen de personas transexuales y transgénero en toda documentación pública y privada vinculada a su identidad, permitiéndoles ejercer de forma plena el derecho a la identidad de género” (ley 807, art. 1).

En la disposición final primera de la norma se dejó claro que: “la presente Ley se sujet a lo establecido en el Artículo 63 de la Constitución Política del Estado y en la Ley N° 045 de 8 de octubre de 2010, Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación”.

Con esa finalidad y en ese contexto se estableció en el art. 11 lo siguiente:

I. Todas las instituciones públicas y privadas a solo requerimiento de la o el solicitante y presentación de certificado de nacimiento o cédula de identidad resultante de la Resolución Administrativa, deberán realizar el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, en todos los documentos emitidos en los que exista registro de identidad de la o el titular, manteniéndose los otros datos consignados en su documentación, apellidos y número de identificación personal.

II. El cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales, así como las obligaciones inherentes a la identidad de género asumida.

III. La titularidad de la persona que cambió de nombre propio, dato de sexo e imagen, persiste en todas las resoluciones y decisiones emitidas por los diferentes niveles de gobierno y Órganos del Estado.

IV. El cumplimiento de obligaciones y autorizaciones para con los descendientes menores de edad de las personas que realizaron el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, procederá con la presentación del certificado de nacimiento o cédula de identidad ante las instituciones correspondientes”.

Antes, en el art. 3, la ley ofreció el siguiente glosario (con un sentido preciso, como se verá luego: el de deconstruir y reconstruir el lenguaje constitucional):

1. Género. Es la construcción social de roles, comportamientos, usos, ideas, vestimentas, prácticas o características culturales y otras costumbres para el hombre y la mujer.
2. Identidad de Género. Es la vivencia individual del género tal como cada persona la siente, la vive y la ejerce ante la sociedad, la cual puede corresponder o no al sexo asignado al momento del nacimiento. Incluye la vivencia personal del cuerpo que puede implicar la modificación de la apariencia corporal libremente elegida, por medios médicos, quirúrgicos o de otra índole.
3. Sexo. Condición biológica, orgánica y genética que distingue a mujeres de hombres.
4. Dato de Sexo. Diferencia entre mujer u hombre inscrita como femenino o masculino en los documentos de registro de identidad públicos o privados, que puede o no coincidir con el sexo al momento de nacer.
5. Transexual. Personas que se sienten como pertenecientes al género opuesto al que se les asignó al nacer y que optan por una intervención médica para adecuar su apariencia física biológica a su realidad psíquica y social.
6. Transgénero. Hombre o mujer cuya identidad de género no corresponde con su sexo asignado al momento del nacimiento, sin que esto implique intervención médica de modificación corporal”.

Entre otras cosas, en la ley se establece que: “queda prohibido el uso de documentos que consignen la identidad anterior al cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen en trámites públicos o privados y en cualquier otro acto jurídico, se constituirá en delito contra la fe pública, pudiendo ser sancionado por la vía civil y/o administrativa. Se exceptúa esta prohibición cuando se trate de sentencias ejecutoriadas, actos administrativos firmes, procesos judiciales y administrativos en curso” (art. 12.I), que “el proceso administrativo de cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen es confidencial” (art. 10.I) y que “los documentos señalados en el Artículo 8 de la presente Ley presentados como requisitos y la Resolución Administrativa no podrán ser exhibidos, ni se podrá entregar testimonio, certificación, copia simple o legalizada a terceras personas, a menos que exista Orden Judicial o Requerimiento Fiscal” art. 12.II).

Contra la ley 807 se interpuso una acción de inconstitucionalidad abstracta, en cuyo contexto se inserta el presente documento. Se sostuvo en la presentación que la norma

viola lo establecido por la Constitución Política del Estado (en adelante, CPE), en particular, aunque no exclusivamente, lo establecido en los artículos 63 y 64, en los que se dispuso lo siguiente:

Art. 63. I. El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. II. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas.

Art. 64. I. Los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad.II. El Estado protegerá y asistirá a quienes sean responsables de las familias en el ejercicio de sus obligaciones.

Los dos artículos transcriptos se relacionan de modo directo con lo establecido inmediatamente antes de ellos, en el artículo 62:

Art. 62. El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades.

El eje del cuestionamiento a la ley consistió en afirmar que su texto viola lo establecido en la CPE porque mediante una argucia carente de justificación —concretamente, la reconstrucción de una serie de conceptos— desconoce que la Constitución Política del Estado Plurinacional, prevé que en el sistema jurídico boliviano el matrimonio es entre un hombre y una mujer (arg. arts. 63 y 64 CPE), y que el Estado Plurinacional debe reconocer y proteger a las familias que surjan de esas uniones (arg. art. 62 CPE), e incurre así en el error de importar modas extranjeras y extranjerizantes que no hacen otra cosa que distorsionar el sentido y alcance de lo que el pueblo boliviano estableció soberanamente en el texto de 2008.Más específicamente, la acción se dirigió en contra de los Arts. 1, 3 en su numeral 4, arts. 7, 8, 9 en lo que respecta a la frase cambio de datos de sexo (art. 3, inc.4), y la totalidad de los arts. 10, 11 numeral II, 12 numeral I y disposición final primera de la Ley 807, en atención a que contraviene

frontalmente con el Arts. 9 numeral 2, 14 apdo I, II y IV, 58, 59, 60, 63, 64, 66 y 116 de la Constitución Política del Estado (CPE).

En el apartado siguiente de este escrito expondremos una síntesis de las razones que nos conducen a afirmar que las objeciones a lo establecido en la ley son acertadas (§3). Luego, un poco más adelante, se desarrollará esa síntesis (§4 y ss.) mediante el estudio de cinco argumentos (§4.1. a 4.5). Dicho de modo muy breve, en el presente documento expresaremos que, según nuestra opinión, cuando la Constitución se refiere al matrimonio lo hace entendiendo que sólo lo es aquella unión que se celebra entre un hombre y una mujer, que la negación de relevancia a la realidad biológica subyacente a la masculinidad y a la femineidad de cara a la atribución de carácter de hombre o mujer que se lleva a cabo en la Ley 807 es incompatible con el texto constitucional, que el texto constitucional no viola el derecho a la igualdad, respeta las exigencias de la razón pública y es intrínsecamente razonable, y que por todo esto el TCP debe hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad a la que se ha hecho referencia, sin dejarse llevar por modas foráneas ajenas a lo que el pueblo boliviano decidió soberanamente en su Constitución.

3. LA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS ASUMIDA EN ESTE DOCUMENTO

Esta presentación se focalizará en la coherencia entre los artículos 3 incs. 2-4, 8 inc. 2, de la Ley 807 y las normas relacionadas con ellos, por un lado, y los artículos 62, 63, 64 y concordantes con ellos de la CPE, por otro, con vistas a resolver y argumentar las siguientes cuestiones (que aquí simplemente se enunciarán):

3.1. ¿CUÁL ES EL SENTIDO TEXTUAL DE LOS CONCEPTOS “HOMBRE” Y “MUJER” UTILIZADOS EN LOS ARTÍCULOS 63 Y 64 CPE?: LA DISYUNTIVA ENTRE INVENTAR O DETERMINAR LOS CONCEPTOS CONSTITUCIONALES (PRIMER ARGUMENTO A FAVOR DE LA ACCIÓN INICIADA, INFRA §4.1.)

El primer problema al que debemos enfrentarnos consiste en averiguar cuál es la referencia de los conceptos “hombre” y “mujer” utilizados en los enunciados constitucionales desde la perspectiva del uso ordinario del lenguaje. ¿Es esa referencia la pura subjetividad del intérprete, un mero producto cultural, o hay una referencia objetiva a la que el intérprete debe atenerse y que en todo caso requiere determinación? Esos conceptos, ¿son interpretables de cualquier modo, o hay límites que provienen de una referencia objetiva subyacente al texto?

Optar por una u otra alternativa dependerá de que se asuma una perspectiva semántica constructivista — como la que se encuentra en el trasfondo de lo establecido en los artículos de la ley 807 que se cuestionaron en la acción que dio lugar a este

proceso— o, contrariamente, una perspectiva semántica realista. Sin embargo, debe tenerse muy presente que la elección de cuál de estas dos respuestas se adecua mejor al texto constitucional no puede fundarse en el análisis del uso ordinario del lenguaje —que no resuelve este problema, sino que más bien lo plantea—, sino en el análisis del uso jurídico del lenguaje constitucional y del lenguaje del derecho internacional de los derechos humanos. Dicho con otras palabras, desde el lenguaje ordinario una y otra alternativa son igualmente posibles, y por esola perspectiva que interesa no es ésa (no nos conduce a ningún sitio), sino el de la Constitución como práctica colectiva y democrática: ¿qué punto de vista adopta la Constitución cuando se refiere a “hombre” y “mujer” y cuando propone reconocer y proteger a la familia como “el núcleo fundamental de la sociedad” en los preceptos mencionados?

Las preguntas que se expondrán a continuación en este punto 3 del documento y que se desarrollarán luego, en el punto 4, se dirigen en última instancia a clarificar las diferentes aristas de estecuestión y a explicar cuál es la solución más acorde con la práctica constitucional boliviana. Criticaremos la perspectiva semántica constructivista adoptada por la ley 807, según la cual —repetimos— la definición de mujer y hombre a la que se refiere la Constitución es el resultado de una construcción; la crítica se hará sobre la base de que esa perspectiva pone en peligro el sentido mismo de los derechos humanos, la defensa de las minorías y la propia Constitución. Propondremos, en cambio, como alternativa superadora, una semántica realista, que asigna primacía a la referencia por sobre el significado: según esta última, el legislador ordinario no crea los conceptos constitucionales sino que los determina y en esa tarea de determinación (de regulación, reglamentación o limitación, se dice en el constitucionalismo actual) está vinculado por ellos y obligado a respetar lo que el constituyente haya establecido. En caso de que no lo haga, los tribunales con competencia constitucional tienen la obligación de ejercer con firmeza el control de constitucionalidad. Si esto último no ocurre, la Constitución acaba perdiendo su sentido.

3.2. ¿CUÁL ES EL SENTIDO JURÍDICO DE LOS CONCEPTOS “HOMBRE” Y “MUJER” UTILIZADOS EN LOS ARTÍCULOS 63 Y 64 CPE?: SI LA CONSTITUCIÓN NO ES INTELIGIBLE, NO HAY CONSTITUCIÓN (ARGUMENTOS SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO A FAVOR DE LA ACCIÓN INICIADA, INFRA §4.2, 4.3 Y 4.4)

3.2.1. *¿Qué perspectiva de interpretación semántica se ajusta mejor a los valores jurídicos constitucionales y convencionales? ¿Una perspectiva constructivista o una*

perspectiva realista?: el constructivismo radical es incompatible con los derechos humanos (cfr. argumentos segundo y tercero a favor de la acción iniciada, infra §4.2 y 4.3)

La determinación del sentido propiamente jurídico de los enunciados constitucionales supone integrar su interpretación textual a una lectura o interpretación teleológica-sistématica. Sólo a partir de esta integración se podrá resolver la cuestión que quedó irresuelta en la interpretación textual, acerca de la asunción constitucional de una perspectiva de género realista o, en cambio, una perspectiva de género constructivista (como la que subyace a la ley 807). Dicho con otras palabras: la dramática disyuntiva entre construir los conceptos constitucionales exnihilo o determinar su sentido entendiendo que hay en la Constitución un sentido que puede ser captado no puede resolverse si no es atendiendo a todo lo que la Constitución dice y a lo que la sociedad persigue mediante el Derecho como práctica social (sin una mirada, repetimos, sistemática y teleológica).

Como se verá en las líneas que siguen, la perspectiva de género radical, que se basa en un constructivismo epistemológico, es incompatible con el artículo 9.II de la CPE, y más concretamente, con la proyección universal e intercultural de los principios iusfundamentales; con el igual valor de las culturas que habitan el suelo boliviano; con la normatividad de los derechos constitucionales y su prevalencia sobre intereses mayoritarios y con el deber del Estado boliviano de fomentar el diálogo intercultural.

Se concluirá, sobre esta base, que únicamente una perspectiva de género realista es compatible con la naturaleza intercultural, contra-mayoritaria y categórica de los derechos humanos reconocidos en la CPE y en los tratados internacionales. Si la perspectiva de interpretación realista es la única compatible con el sentido global de los derechos constitucionales, la realidad humana a la cual hacen referencia los principios establecidos en la Constitución es la clave de su inteligibilidad o comprehensibilidad. Se impone pues indagar en la naturaleza del matrimonio como institución antropológica, y en su impacto sobre los valores jurídicos fundamentales que justifican a todo sistema constitucional, y al sistema constitucional boliviano en particular, para luego, a partir de allí examinar si lo establecido en la Ley 807 respeta o no la propuesta constitucional. Esta indagación se concreta en la siguiente cuestión.

3.2.2. ¿Qué bienes humanos realiza el matrimonio como institución antropológica, y de qué manera impacta sobre los valores jurídicos fundamentales?: el constituyente ha perseguido bienes jurídicos concretos, determinables (cuarto argumento a favor de la acción iniciada, infra §4.4)

Se propondrá en respuesta a esta pregunta que el matrimonio es la comunión corporal entre hombre y mujer orientada al cuidado mutuo, a la procreación y a la educación de los hijos; que es un bien humano básico intrínsecamente intelígerible¹; y que como tal constituye una parte esencial del desarrollo integral de la persona. El desarrollo integral de la personalidad de los cónyuges y de la familia es, en fin, el principal valor jurídico implicado en la regulación jurídica del matrimonio.

La institución jurídico-positiva del matrimonio entre una mujer y un hombre se justifica, desde esta perspectiva, por su adecuación y necesidad para cumplir con el mandato constitucional dirigido al Estado boliviano de respetar y promover el desarrollo integral de la personalidad de los cónyuges y de la familia (arts. 14, II y 62 CPE). Esta necesidad y adecuación no es sin embargo suficiente para justificar la constitucionalidad de la interpretación que propondremos aquí del artículo 63 CPE. En segundo lugar, es preciso argumentar que esa interpretación es respetuosa del contenido esencial de los derechos fundamentales de las partes que de alguna manera se ven afectadas por ella.

La ley 807 establece en la disposición final primera que se inserta en el marco de lo dispuesto en la Ley 045 contra el racismo y toda forma de discriminación. Cabe pues, en primer término, evaluar si una interpretación del concepto constitucional de matrimonio que excluya a las uniones entre personas del mismo sexo biológico, es o no violatoria del derecho fundamental a la igualdad (art. 8.II CPE, Ley 045).

Por otra parte, teniendo en cuenta que esta presentación se hace en nombre de la Conferencia Episcopal Boliviana e Iglesias Evangélicas Unidas, es preciso determinar si los argumentos aquí vertidos se ajustan al valor del pluralismo cultural, moral y religioso (art. 1 CPE). Dicho de otro modo, la interpretación aquí propuesta, ¿viola el contenido esencial

¹ Para el matrimonio como bien humano básico puede consultarse, entre otros, Finnis, John, *Sex and Marriage: Some Myths and Reasons, The Collected Essays*, Oxford, 1997, pp. 353-354, Oxford University Press, 2011, vol. III y Finnis, John, *Marriage: a basic and exigent good, The collected essays*, Oxford, 2008, p. 319, Oxford, Oxford University Press, 2011, vol. 3. En cuanto a su inteligibilidad, resulta interesante Finnis, John, *Aquinas*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 151 y 152.

del derecho a la igualdad o el pluralismo cultural, moral y religioso que reconocen la Constitución?

Si alguno de los dos argumentos fuera cierto (es decir, si la interpretación propugnada fuera violatoria del derecho a la igualdad o del pluralismo cultural, moral y religioso) habría entonces una razón de peso para volver sobre nuestros pasos, y optar por una perspectiva de género constructivista en la interpretación jurídica de los conceptos “hombre” y “mujer”. Se comprende entonces la necesidad de analizar ambos contra-argumentos de forma específica:

a) ¿Afecta el contenido esencial del derecho *humano* a la igualdad la regulación constitucional del matrimonio en los términos de los artículos 63 y 64 CPE?: como se verá, la interpretación propuesta de la CPE no viola el derecho a la igualdad, porque distinguir no siempre es discriminar (cuarto argumento, primera derivación, *infra* §4.4.1.)

b) ¿Es contraria al valor jurídico del pluralismo moral y religioso la regulación constitucional del matrimonio en los términos de los artículos 63 y 64 CPE?: la naturaleza pública de la argumentación que se desarrollará a lo largo de este documento (cuarto argumento, segunda derivación, *infra* 4.4.2.)

Las respuestas a las dos cuestiones fundamentales enunciadas (§3.1 y 3.2), a las que se llegará en los apartados posteriores de este documento, permitirán concluir que la interpretación teleológica-sistématica de los artículos 63 y 64 CPE según la cual la distinción “hombre” y “mujer” incluye como elemento esencial la distinción de sexo biológico es la única interpretación fiel a los valores y principios jurídicos constitucionales del desarrollo integral de la personalidad, la igualdad y el pluralismo moral y religioso, y que lo establecido en la ley 807 contraviniendo esa interpretación debe ser declarado inconstitucional².

Una conclusión similar a la anterior surge luego de un examen de la razonabilidad de los artículos 63 y 64 CPE. Veamos:

²Resulta interesante destacar la complementariedad sexual como nota esencial como se hace por ejemplo en George, Robert, *The meaning of marriage: family, state, market and morals*, Dallas, 2006, p.151, Spence Publishing Company o en Grisez, Germain, "The Christian Family as Fulfillment of Sacramental Marriage", *Studies in Christian Ethics* 9.1 (Spring 1996) 23-33. El libro de José Gabriel Martínez de Aguirre *El matrimonio invertebrado* también tiene apuntes interesantes en este mismo sentido.

3.3. LA PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 62, 63Y 64 CPE: LA OPCIÓN EFECTUADA POR EL CONSTITUYENTE EN LOS ARTS. 62, 63 Y 64 CPE ES INTRÍNSECAMENTE RAZONABLE (QUINTO ARGUMENTO, *INFRA 4.5.*)

El principio de proporcionalidad opera en buena parte de los sistemas constitucionales contemporáneos como criterio para la evaluación de la validez constitucional de las normas infra-constitucionales. De acuerdo con este principio, una norma es proporcionada o razonable cuando cumple con tres estándares: a) las acciones imperadas por la norma son adecuadas para la actualización de un fin o valor constitucional; b) las restricciones a la libertad implicadas en la norma son necesarias, además de adecuadas, para la realización del fin o valor constitucional; c) ninguna de estas restricciones afecta el contenido esencial de ningún derecho fundamental.

El principio es igualmente aplicable a la evaluación de la validez de una determinada opción interpretativa de la Constitución (proporcionalidad o razonabilidad en la interpretación de la ley o Constitución). Desde esta perspectiva, puede decirse que una interpretación constitucional es válida únicamente si: a) es adecuada a la realización de los valores o fines constitucionales integralmente considerados; b) las restricciones a la libertad implicadas en la interpretación son necesarias; c) las restricciones son respetuosas del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Se verá un poco más adelante que la interpretación teleológica-sistématica de los artículos 62, 63y 64 CPE en perspectiva de género realista supera los tres estándares de razonabilidad, mientras que la interpretación en perspectiva de género constructivista falla en el primero y, consecuentemente, también en los dos restantes. Este razonamiento permite concluir que la ley 807 es violatoria de los artículos 63y 64 CPE.

Este razonamiento permite concluir que la Ley 807 es violatoria de los artículos 63 y 64 CPE, interpretados sistemática y teleológicamente con el conjunto de las normas constitucionales que prescriben la obligación del Estado plurinacional boliviano de respetar y fomentar el desarrollo integral de la persona (artículo 9, inc.2) y de la familia (artículo 62), la igual dignidad de las culturas, y el diálogo intercultural (artículo 9, inc.2).

Como ya se ha dicho reiteradamente, en las páginas siguientes se procurará profundizar y ampliar cada uno de los puntos hasta aquí sólo enunciados, llegando de este modo a una mejor fundamentación de las conclusiones que se acaban de anticipar.

4. DESARROLLO DE LOS ARGUMENTOS

4.1 PRIMER ARGUMENTO: LA ALTERNATIVA ENTRE INVENTAR O DETERMINAR LOS CONCEPTOS CONSTITUCIONALES (PERSPECTIVA DE GÉNERO CONSTRUCTIVISTA O PERSPECTIVA DE GÉNERO REALISTA) PONE EN JUEGO LA RAZÓN DE SER DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. EL SENTIDO ORDINARIO DE LOS CONCEPTOS DE “HOMBRE” Y “MUJER” UTILIZADOS EN LOS ARTÍCULOS 63 Y 64 DE LA CPE

Entre muchas otras definiciones posibles del concepto “interpretar”, explica Massini que se trata de la “actividad o proceso por el cual se capta o aprehende el significado de un texto determinado”³. Esta actividad o proceso es esencialmente —aunque no únicamente— cognoscitiva. No se propone construir *ex novo* una realidad, sino más bien conocerla o re-conocerla con la intermediación del lenguaje. Si no hubiera conocimiento o reconocimiento no habría propiamente nada que interpretar, cualquier representación de lo presuntamente interpretado sería un mero invento, un puro ejercicio de fuerza. Lo sería no sólo la interpretación constitucional, sino también la lectura de cualquier texto (como este documento). E incluso más: llevando el argumento hasta el final (pero sin apartarnos ápice de lo que exige la consistencia argumentativa) si el lenguaje fuera puro producto de la voluntad del intérprete no habría propiamente lenguaje ni comunicación posible.

Si esto es cierto para toda interpretación, lo es aún más en relación al texto constitucional que, por definición, se propone limitar y guiar al mismo tiempo tanto la actividad legislativa como la judicial. Mal podría ningún texto guiar la acción de los operadores jurídicos si pudiera ser reconstruido indefinidamente por el intérprete. Toda interpretación constitucional se propone pues identificar —no construir *ex nihilo*— una guía o pauta de acción para el conjunto de los operadores jurídicos. La fidelidad de la interpretación al sentido del texto constitucional depende de que se ajuste a dos parámetros: de una parte, el sentido ordinario del lenguaje constitucional, que opera como “piso” o paso inicial de toda interpretación; de otra parte, al conjunto de valores que justifican a la práctica constitucional en su conjunto⁴.

El intérprete responde pues a la exigencia de fidelidad, ajustando su interpretación al sentido ordinario del lenguaje de los principios constitucionales, que debe luego ser integrado en una lectura teleológica-sistémica del texto y de la práctica en su conjunto.

³ Massini, C.I.(2008), 41.

⁴Ver Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2009, 57 ss.

Si esto es así, el primero paso de la interpretación es utilizar las reglas semánticas y sintácticas del uso ordinario del lenguaje, para determinar provisionalmente su sentido⁵. En este caso, el texto en cuestión es el del artículo 63 CPE, que establece la siguiente definición constitucional del matrimonio:

“El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges”.

Se trata en esta primera etapa interpretativa de dilucidar cuál es el significado de “hombre” y “mujer”, a la luz de las reglas semánticas que gobiernan el uso ordinario del lenguaje. Ahora bien, aun cuando el uso “ordinario” del lenguaje se reconoce en términos generales a partir de su definición lexicográfica —las definiciones contenidas en los diccionarios oficiales de la lengua—, lo cierto es que el proceso de generación del significado ordinario de los términos es inverso al de su identificación: el significado lexicográfico no genera las reglas de uso del lenguaje, sino que se limita a ponerlas de manifiesto. Dicho con otras palabras, son las reglas de uso del idioma las que generan la información recopilada en los diccionarios, y no al revés.

Se comprende entonces que la pregunta por el sentido ordinario de los términos no puede agotarse con una consulta al diccionario, sino que exige también consultar otras fuentes de conocimiento de su significado *usual*. Estas consideraciones son especialmente relevantes una vez que se advierte que la “perspectiva de género” ha penetrado y permeabilizado en poco tiempo el uso ordinario del lenguaje, generando nuevas acepciones para los conceptos de hombre-mujer que, en lo que aquí concierne, plantean al menos dos alternativas interpretativas:

- a) Una primera alternativa (perspectiva de género realista), según la cual la distinción hombre-mujer incluye como elemento necesario la distinción sexual biológica.
- b) Una segunda alternativa (perspectiva de género radical), según la cual la distinción varón-mujer se funda de forma exclusiva y excluyente en la identidad sexual psicológica⁶.

⁵ Ver Zambrano, Pilar, «Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación», en *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre la teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, (Cianciardo, J., y otros, eds.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, 53-73, 60.

⁶Sobre estas dos alternativas (y defendiendo a la primera de ellas) se puede consultar Aparisi, Ángela, *Persona y género*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 22, 24, 30. Cfr. también, de la misma autora, *Ideología de género: de la naturaleza a la cultura*.

La perspectiva de género realista coincide con la perspectiva radical en asignar a la cultura la distribución de los roles sociales propios a cada sexo, tal como establece el artículo 3º, inciso 1º de la Ley 807, al definir al género como:

“construcción social de roles, comportamientos, usos, ideas, vestimentas o características culturales y otras costumbres para el hombre y la mujer”.

Sin embargo, una y otra perspectiva difieren en un aspecto decisivo: la perspectiva realista reconoce la dimensión fundamentalmente cultural de la distribución de roles sociales entre los dos sexos pero afirma al mismo tiempo que la razonabilidad de esa distribución cultural de roles depende de su adecuación a la distinción previa, originaria, entre dos formas complementarias de desarrollo de la personalidad humana: mujer y hombre. Estas dos formas no son una *pura* construcción social o personal. Son abstracciones hechas a partir de la contemplación de modos igualmente dignos de darse una naturaleza personal común⁷.

Las posibilidades de desarrollo de las dos modalidades complementarias hombre-mujer, no son pues puramente culturales. Una cultura justa construye sus distinciones de género sobre la base de la distinción previa, originaria e intrínsecamente inteligible, entre la condición sexuada-biológica de mujer, y la complementaria condición sexuada-biológica de hombre. Es precisamente esta distinción fundamental, originaria e intrínsecamente inteligible, en fin, la que sirve de parámetro objetivo para distinguir entre diferencias de género justas e injustas, arbitrarias o irrazonables.

En la perspectiva de género radical, la distinción conceptual hombre-mujer carece de toda referencia a una distinción originaria e intrínsecamente inteligible. No existen otras diferencias entre el hombre y la mujer que la diferencia de roles que cada cultura, determinados sectores de una cultura, o determinados momentos históricos de una cultura, asigna a cada sexo. Una vez desaparecida toda referencia a diferencias intrínsecamente inteligibles entre hombre y mujer, la distribución de roles sociales carece de todo fundamento real. No queda pues otro parámetro posible de legitimación de los roles culturalmente distribuidos que su aceptación por parte de las personas a quienes les son asignados.

Se comprende entonces que la perspectiva género radical no propugne modificar roles —que carecen en esta visión de todo parámetro de justicia o injusticia—, sino

⁷Cfr. Natalia López Moratalla, “Una aproximación científica a la ideología de género: cerebro de mujer, cerebro de varón”, en Ángela Aparisi, *Persona y género*, cit.

ofrecer a cada persona la posibilidad de elegir el haz de roles —obligaciones y derechos— con el cual desea actuar en el plano político-jurídico, con total independencia de su condición sexuada biológica. El deseo personal desplaza entonces a la realidad biológico-antropológica, como parámetro primario, originario y fundamental de distinción entre los conceptos de hombre y mujer y, por extensión, se transforma en el parámetro único de determinación de la identidad sexual de las personas.

Esta perspectiva de género radical es asumida por la Ley 807 de forma indubitable en el artículo 3ro, inciso 2º, donde se define a la “**identidad de género**” como

“**vivencia individual** del género tal como cada persona la siente, la vive y la ejerce ante la sociedad, *la cual puede corresponder o no al sexo asignado al momento del nacimiento*”.

Además de reafirmar que los roles propios de cada sexo son construcciones culturales puras, sin ninguna referencia a distinciones antropológicas originarias, la norma explícitamente los separa de la condición sexuada biológica. Esta perspectiva de género radical acaba de consolidarse en el artículo 11, que en su numeral II dispone que el cambio de identidad reglamentado en la ley permite a las personas ejercer todos los derechos fundamentales políticos, laborales, civiles, económicos y sociales, así como las obligaciones inherentes a la identidad de género asumida.

Se plantea en este estadio pues, de forma ineludible, la siguiente cuestión: ¿Es la incorporación jurídica de la perspectiva de género radical compatible con el artículo 63 de la CPE? ¿También la CPE incorpora al ordenamiento jurídico boliviano el sentido de identidad sexual constructivista, para todos los efectos jurídicos, y para el matrimonio en particular?

El hecho de que el texto constitucional haga referencia explícita a la distinción hombre-mujer sin mencionar la identidad de género es una razón de peso para interpretar que la CPE incorpora el primer modo de uso de ordinario del lenguaje. Esto es, utiliza la perspectiva de género realista, según la cual la distinción de sexo biológico es una dimensión esencial de la identidad sexual y del modelo de matrimonio que la Constitución Política del Estado incorpora, y obliga a proteger y promover. Corresponde al TCP la dilucidación de este tema, de indudable trascendencia institucional. Por las razones que se expondrán a continuación, si el tribunal optara por un constructivismo radical, acabaría disolviendo la Constitución y, con ella, difuminaría su propia función institucional.

4.2. SEGUNDO ARGUMENTO: INTERPRETAR LA CONSTITUCIÓN NO CONSISTE EN HACERLE DECIR LO QUE AL INTÉRPRETE LE PLAZCA. EL SENTIDO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE LOS CONCEPTOS DE “HOMBRE” Y “MUJER” UTILIZADOS EN LOS ARTÍCULOS 63 Y 64 DE LA CPE

El sentido propiamente jurídico-constitucional de los conceptos de hombre y mujer utilizados en la CPE no se manifiesta de forma acabada en una lectura sectorial de la Constitución. Como se señala de modo prácticamente unánime desde la teoría constitucional actual, la interpretación sectorial es un paso necesario pero no suficiente para la determinación del sentido jurídico de los conceptos y enunciados constitucionales. Ofrece pues, una respuesta provisional, que en nuestro caso exige ser validada mediante su confrontación con los valores y principios que el orden constitucional boliviano se propone realizar de forma sistemática e integral.

Desde esta perspectiva, la primera cuestión a resolver es la siguiente: ¿es compatible la perspectiva de género realista con los valores y principios que toda constitución y, en particular, la CPE, se propone respetar, garantizar y promover? Esta pregunta puede, a su vez, ser desglosada en dos preguntas más específicas. La primera, ¿qué concepción semántica se ajusta al sentido final de cualquier constitución?; la segunda: ¿una concepción semántica de tipo puramente convencional, o una concepción semántica realista?⁸

La perspectiva de género radical asume una concepción semántica puramente convencional, según la cual los conceptos —en nuestro caso, los conceptos de “hombre” y “mujer”— son puras construcciones sociales. La perspectiva de género realista, en cambio, asume una concepción semántica realista, según la cual todos los conceptos, y los conceptos de “hombre” y “mujer” en particular, son expresiones de un orden previo intrínsecamente inteligible. Las distinciones conceptuales son pues distinciones que reflejan distinciones reales.

La respuesta a la pregunta por el tipo de semántica que mejor se ajusta a los propósitos y valores constitucionales, permitirá determinar cuál de los sentidos literales/ordinarios de los conceptos hombre-mujer está receptado en la Constitución. Por ello, sólo una vez que hayamos respondido esta primera cuestión preliminar, pero fundamental, podremos avanzar sobre la segunda cuestión: ¿cuál es la concepción de

⁸ Sobre estas dos perspectivas semánticas, y el efecto de su asunción en la interpretación constitucional, ver Zambrano, Pilar, «Principios fundamentales e inteligibilidad del Derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva de la acción», *Dikaion*, V. 23 (2014), 423-445.

identidad sexual y matrimonio recogida en el texto constitucional, interpretado en forma teleológica-sistématica? Antes de avanzar vale la pena dejar claro lo siguiente (sin perjuicio de que continuaremos profundizando este argumento): si lo que establecen las cláusulas constitucionales depende exclusivamente de quien las interpreta (en el caso, el legislador a través de la Ley 807), entonces la Constitución misma carece de sentido, es impotente en su pretensión de poner un marco o límite al poder por ella constituido.

4.3. TERCER ARGUMENTO: HACIA UNA INTERPRETACIÓN GENUINA DEL CONSTITUYENTE. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO REALISTA COMO RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA SISTEMÁTICA

4.3.1. La perspectiva de género radical es incompatible con la proyección universal e inter-cultural de los principios iusfundamentales, y con el igual valor de las culturas (artículo 9 CPE)

Cualquier teoría semántica que sostenga que tanto el significado de los enunciados como su referencia se construyen convencionalmente es una teoría parroquial o local. Esto es, una teoría que limita el significado de los conceptos (y no sólo el significado de los términos) a la comunidad lingüística dentro de la cual las convenciones lingüísticas son válidas. Esta limitación es incompatible con la proyección universal e inter-cultural de los principios fundamentales.

La proyección universal de los principios fundamentales se nombra en algunos textos de modo explícito, y en otros de modo algo menos directo, a través de la referencia a proposiciones morales autoevidentes. Ejemplo de lo primero es el preámbulo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece que la dignidad es inherente a todos los miembros de la familia humana, y que los Estados se comprometen a cooperar en la promoción del respeto universal por los derechos humanos⁹.

La proyección universal de los principios fundamentales es asimismo el fundamento y el marco del reconocimiento del igual valor de las diversas culturas que habitan el suelo Boliviano, y de su postulación como un valor fundamental que el Estado está obligado a realizar en cada una de sus acciones de gobierno. Esta proyección universal no es pues solamente una teoría dogmática constitucional ampliamente consensuada. **Es también la concepción interpretativa asumida en el artículo 9 CPE para toda la CPE**, desde el momento en que postula el deber del Estado de garantizar la dignidad de las personas —y

⁹ Cfr. Zambrano, Pilar, "Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho...", *op. cit.*, 430 ss.

por extensión, de sus derechos fundamentales— como marco, límite y condición de posibilidad del diálogo intercultural.

En este sentido, el artículo 9 de la CPE establece:

“Son fines y funciones esenciales del Estado además de los que establece la Constitución y la ley:

Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe”.

Esta norma no se limita a imperar el respeto y más aún la garantía de la igual dignidad de las personas —y por extensión, de sus derechos—, sino que impera también el respeto y la garantía de la igual dignidad de las culturas. El reconocimiento del igual valor de cada una de las culturas que habitan el territorio boliviano no es, insistimos, un mero límite para el ejercicio de la libertad personal. Es también un fin que el Estado está obligado a respetar y promover. Sin embargo, la teoría semántica puramente convencional implicada en la perspectiva de género radical niega la existencia de conceptos intrínsecamente inteligibles, cuya fuente de comprensión trascienda las diferencias culturales.

Al negar la existencia de conceptos intrínsecamente inteligibles, la perspectiva de género radical asume y a la vez promueve la ineludible necesidad de circunscribir el significado de los conceptos constitucionales a una concreta perspectiva cultural. En el caso de la Ley 807, ya no se privilegia una cultura, sino un sector y un momento histórico —el correspondiente a los últimos diez años— de la cultura moral y política de algunas democracias occidentales contemporáneas¹⁰.

Se concluye, en primer término, que la perspectiva de género radical asumida en la Ley 807 descansa sobre una comprensión puramente cultural de los conceptos y valores constitucionales, que **es incompatible con la proyección universal de los principios fundamentales constitucionales e internacionales**. Por esta misma razón, y en segundo término, **la asunción de una comprensión puramente cultural, sectorial e histórica de los conceptos de hombre y mujer, así como de todas las instituciones jurídicas que implican esta distinción conceptual —fundamentalmente la familia y el matrimonio—, es incompatible con el deber del Estado Boliviano de proteger y fomentar el valor de la**

¹⁰ Sobre el paso del “feminismo de la igualdad” al “postfeminismo de género”, cfr. José López Guzmán, “Nuevas tecnologías reproductivas y postfeminismo de género”, en Ángela Aparisi, *Persona y género*, p. 268 *et seq.*

igualdad de las culturas —en el marco de respeto a la igual dignidad de la personas— receptado en el artículo 9, inc.2 de la CPE¹¹.

4.3.2. La perspectiva de género radical es incompatible con la jerarquía de los derechos fundamentales (artículo 9CPE)

Los derechos fundamentales incorporados a la CPE son categóricos, en el sentido de que prevalecen sobre cualquier cálculo de utilidad. Si ello es así, su conceptualización no puede estar ligada a los mismos cálculos e intereses sobre los que prevalecen los derechos fundamentales¹². Cuando se utiliza la semántica convencional para la interpretación de los derechos fundamentales, se comete entonces la siguiente contradicción: la misma comunidad a cuyos intereses utilitarios se oponen los derechos, es la que define el significado y la referencia de los derechos.

Una posible respuesta a este argumento es la que propone Ronald Dworkin, quien clásicamente ha definido a los derechos fundamentales como "cartas de triunfo" contra la voluntad o los intereses de las mayorías políticas, y quien a la vez ha rechazado de forma insistente que su teoría implique una semántica realista¹³. Afirma Dworkin que, aunque el significado de la mayoría de conceptos jurídicos se fija de acuerdo con su uso dentro de cada comunidad jurídica, política y moral en su conjunto, los derechos fundamentales son una excepción. Su significado se fija *contra* un tipo especial de preferencias mayoritarias, que son las "preferencias externas" (preferencias acerca de cómo los demás deberían

¹¹ Sobre los problemas que plantea el interculturalismo, cfr. Andrés Ollero, *El derecho en teoría*, cap. X. En un sentido similar, del mismo autor, "Tolerancia e interculturalismo", en Ángela Aparisi y María Cruz Díaz de Terán *Pluralismo cultural y democracia*.

¹² Zambrano, Pilar, "Principios fundamentales e inteligibilidad ...", *op. cit.*, 432 ss.; M. MOORE, "Constitutional Interpretation and Aspirations to a Good Society. Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation", 69 (2001), pp. 2087, 2105.

¹³ Véase R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, p. 192, donde defiende la teoría del peso antimayoritario de los derechos, y pp. 162 y 176, donde rechaza cualquier tipo de compromiso realista. La naturaleza convencional de la teoría semántica presupuesta en su teoría de los derechos fue desarrollada más extensamente en trabajos posteriores y, particularmente, en R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, p. 226; *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 72-86, señalando su no realismo contra la interpretación de Michael S. Green en M. S. GREEN, "Dworkin's Fallacy or What the Philosophy of Language Can't Teach Us About the Law", *Virginia Law Review*, 89 (1897).

conducir sus vidas). De esta manera, el uso mayoritario de los conceptos jurídicos es relevante en todos los campos del derecho, excepto en el plano de los derechos fundamentales, cuyo sentido es garantizar la libertad contra la imposición de estas “preferencias externas” mayoritarias.

Pero este argumento no hace otra cosa que trasladar el poder de definir el significado de los derechos fundamentales de un sector de la comunidad política a otro. Con ello, resurge el problema consistente en decidir cuál es la comunidad de uso del lenguaje relevante para definir el uso pertinente o correcto de los conceptos, y surge una vez más, pues, la inevitable exclusión en suelo boliviano de una comunidades/culturas en favor de otras¹⁴.

El segundo problema de esta estrategia radica en que la injusticia de imponer intereses colectivos por sobre las preferencias minoritarias no es cuantitativa. No obedece al hecho de que los primeros son “colectivos” y los segundos “minoritarios”. Si este fuera el caso, todavía habría que explicar por qué las preferencias o los intereses de las culturas minoritarias son más importantes que las preferencias o los intereses de las culturas mayoritarias.

Lo cierto es que la naturaleza categórica de los derechos fundamentales se impone a cualquier cálculo consecuencialista o utilitarista, y no solo a los cálculos de una determinada mayoría cultural. Tan inconstitucional e injusto es que se imponga la comprensión de los derechos fundamentales de una cultura mayoritaria sobre el resto de las culturas, como lo contrario: que se imponga la comprensión de una cultura minoritaria por sobre la mayoritaria (si es que la hubiese).

En realidad, aunque es cierto que los derechos fundamentales prevalecen sobre los intereses colectivos, esta característica no define su significado sino que sólo expresa su peso.

Por lo dicho, la naturaleza categórica de los derechos fundamentales solo parece explicable desde una teoría semántica que independice el significado de los conceptos ius-fundamentales de todo cálculo o interés, sea mayoritario o minoritario. Esta independencia sólo puede venir asegurada por una teoría semántica que abstrae el significado de los conceptos a partir de la intrínseca inteligibilidad de la realidad a la cual los conceptos hacen referencia. Sólo entonces el reconocimiento de derechos fundamentales podrá efectivamente servir al propósito de asegurar de modo efectivo y

¹⁴ Ver Zambrano, Pilar, “Principios fundamentales e inteligibilidad, ...”, *op.cit.*, 431.

eficiente la igual dignidad de las personas, naciones, pueblos y comunidades, fomentando el diálogo intracultural e intercultural (artículo 9 CPE).

Se concluye que en la medida en que la perspectiva de género radical delega la definición del contenido esencial de los derechos fundamentales en determinados sectores de la comunidad política del Estado Boliviano, es incompatible con el deber estadual imperado en el artículo 9 CPE de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de *todas* las personas y comunidades, contra una ilegítima imposición de los intereses de una comunidad o un sector de una comunidad, sobre el resto de las personas y comunidades.

4.3.3. Una semántica realista implicada en el deber del Estado de promover el valor constitucional del diálogo inter-cultural (artículo 9 CPE)

La CPE utiliza el concepto de diálogo intercultural para hacer referencia al tipo de vínculo que se obliga resguardar y promover entre las diversas comunidades que conviven en el suelo boliviano (artículo 9 CPE).

El uso de este vocabulario no es casual. En el plano de la filosofía política se ha distinguido el interculturalismo del multiculturalismo. Mientras el multiculturalismo se concibe como una mera convivencia en mutua tolerancia; el interculturalismo se concibe, en cambio, como una convivencia en diálogo mutuamente enriquecedor. La raíz de la diferencia entre una y otra concepción no es únicamente valorativa. La diferencia es más honda: se asienta sobre la negación, en el caso del multiculturalismo, y la afirmación en el caso del interculturalismo, de la posibilidad de auténtico diálogo y encuentro entre cultural. El interculturalismo no sólo postula el valor del diálogo y la interacción cultural, sino también —y antes— su posibilidad. El multiculturalismo niega el valor intrínseco del diálogo, porque descree de su auténtica posibilidad¹⁵.

Cabe entonces en este punto preguntar: ¿cuáles son las condiciones de posibilidad de del diálogo intercultural que el Estado boliviano está obligado a garantizar en los términos del artículo 9.2 CPE?

El diálogo intercultural es el encuentro mutuamente enriquecedor entre dos comprensiones del lugar del hombre y sus creaciones en el mundo. Sin embargo, una

¹⁵Acerca de la distinción entre interculturalismo y multiculturalismo, cfr. Hugo Saúl Ramírez “Multiculturalismo y *ethos* del mestizaje” y Francesco Viola “La dimensión pública de la religión en la sociedad multicultural” en el ya citado libro *Pluralismo cultural y democracia*. Destacan las páginas 109, 111 y 118.

condición necesaria —aunque no suficiente— de éxito de cualquier comunicación, y por ende también del diálogo intercultural, es lo que genéricamente se denomina en filosofía del lenguaje “conocimiento compartido”. Aplicado al diálogo intercultural, puede afirmarse que el encuentro dialógico entre distintas culturas, sólo es posible si existen conceptos compartidos que sirvan como vehículo para expresar sus respectivas comprensiones del hombre y su creación.

El conocimiento –conceptual- compartido opera en la comunicación de dos formas principales. El primero, consiste en transmitir los conceptos/comprensiones que la cultura receptora no conoce, usando aquellos otros conceptos que sí conoce. En esta modalidad, que podríamos denominar de “traducción”, el objeto del conocimiento compartido son los conceptos que usa una de las partes en el diálogo, para definir los conceptos desconocidos por la otra. El segundo modo consiste en señalar casos/ejemplos paradigmáticos a los que se aplican los conceptos que se intentan transmitir. En este modo, lo que comparten las partes del diálogo es la identificación de las notas esenciales del caso paradigmático.

Así, si una cultura quisiera explicar a otra lo qué entiende por “mujer”, el modo de traducción consistiría en definir el concepto de “mujer”, usando los conceptos que ambas culturas comparten, tales como “sexo”, “rol social”, “cromosoma”, etc. Para que este modo de diálogo funcione, es preciso que las dos partes comparten los conceptos que se usan en la definición del concepto que *no* comparten. Si las culturas en diálogo no compartieran los conceptos de “sexo”, “cromosoma”, o “rol”, entonces la traducción se tornaría inviable.

Si se usara en cambio el modo dialógico del caso paradigmático, el diálogo se desarrollaría en torno a la señalización de un ejemplo paradigmático de mujer, que se intenta explicar. Para que este modo funcione, es preciso que ambas partes comparten una misma aprehensión de las notas que transforman al caso señalado en un caso paradigmático de “mujer”: el sexo biológico, el rol social, la información genética o, como propone la Ley 807, la identidad sexual psicológica.

Se impone en este punto resolver la siguiente cuestión: ¿es posible el conocimiento compartido intercultural cuando se afirma, al mismotempo, que todos los conceptos son creaciones culturales, tal como postula la perspectiva de género radical de la Ley 807? La respuesta está ya anticipada en la pregunta: si el conocimiento compartido entre las culturas bolivianas (que es una condición necesaria de cualquier diálogo) fuera una creación cultural pura, sin ninguna referencia a una realidad intrínsecamente inteligible,

entonces no cabría en tal caso hablar de conocimiento compartido inter-cultural, sino, en el mejor de los casos, de conocimiento compartido intracultural¹⁶.

El conocimiento compartido que posibilita el diálogo intercultural no puede ser cultural, pues en tal caso dejaría de ser compartido entre las culturas en diálogo, y no serviría como vehículo de mutua comprensión. Ha de ser, en cambio, un conocimiento compartido que no se construye culturalmente, sino que brota de la intrínseca inteligibilidad de la realidad.

Se concluye que la igualdad dignidad de las personas y sus derechos como marco del diálogo intercultural en el artículo 9 CPE, no puede lógicamente entenderse desde la perspectiva de un sector de la cultura moral y política occidental. El único modo de comprensión coherente con el propósito del diálogo intercultural, es el que refiere el concepto de dignidad al valor inherente a la persona, que por ser inherente a la persona es también intrínsecamente inteligible para toda cultura.

En la medida en que la Ley 807 asume una distinción conceptual entre “hombre” y “mujer” que es esencialmente intracultural, torna irrealizable el diálogo intercultural en todos los ámbitos de acción social que involucran esta distinción conceptual, mencionados por la misma ley en su artículo 11: político, laboral, civil, económico y social.

Se afecta así gravemente la obligación del Estado boliviano de garantizar el diálogo intercultural en los términos del artículo 9 CPE.

4.4. CUARTO ARGUMENTO. LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICO-SISTEMÁTICA DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO: IDENTIFICACIÓN DE BIENES JURÍDICOS IMPLICADOS

La Ley 807 asume una perspectiva de género radical, según la cual los conceptos en general, y los conceptos de “hombre” y “mujer” en particular, carecen de referencia a una realidad intrínsecamente inteligible. “Hombre” y “mujer” serían construcciones conceptuales que varían de cultura en cultura, de sector en sector dentro de cada cultura, e incluso de persona en persona. En vistas de la naturaleza cultural de los conceptos de hombre y mujer, la ley opta por incorporar al tráfico político y jurídico una particular construcción de la distinción referida –un modo de uso ordinario del lenguaje, entre otros existentes- según la cual el sexo es una “vivencia” individual, que a su vez se define como “sentimiento que se vive y ejerce” (artículo 3º, inciso 2º).

¹⁶Ver Zambrano, P., “Principios fundamentales e inteligibilidad...”, *op. cit.*, 434 y ss.

Se arguyó que, al negar la existencia de toda realidad y valor intrínsecamente inteligible como referencia del lenguaje constitucional, esta interpretación radicalmente cultural es incompatible con una lectura teleológico-sistemática del artículo 63 de la CPE en sintonía con el artículo 9 CPE, porque:

- a) Niega la proyección universal de los derechos fundamentales, reduciéndolos a una particular interpretación cultural.
- b) Viola el deber estadual de respetar el igualvalor de las culturas que habitan el suelo boliviano.
- c) Confunde el contenido de los derechos fundamentales con los intereses de grupo, produciendo una licuación de su fuerza obligatoria.
- d) Niega la existencia de conceptos supra-culturales, y aparta con ello toda posibilidad de auténtico diálogo intercultural.

Esta línea argumental permite concluir que únicamente una perspectiva de interpretación realista, que conecta los conceptos constitucionales con una referencia intrínsecamente inteligible es compatible con la perspectiva universal e inter-cultural asumida por la CPE, al reconocer los derechos fundamentales e imperar al Estado Boliviano la protección y el desarrollo de determinados valores humanos, personales y sociales, entre los cuales se encuentra el matrimonio entre hombre y mujer (artículo 63 CPE).

Se impone en este punto, pues, contemplar las notas esenciales del matrimonio al hace referencia el artículo 63 CPE. Se trata, más específicamente, de identificar las características específicas del tipo de relación humana a la cual hace referencia el concepto de matrimonio, que a la vez que lo distinguen de otro tipo de relaciones, lo torna intrínsecamente inteligible, para todo hombre y para toda cultura.

Esta tarea de contemplación ha de focalizarse, en fin, en el matrimonio como un bien humano básico, que como todo bien humano básico participa de las siguientes notas: a) su valor radica en sí mismo, y no en cambio en su conveniencia instrumental para la consecución de otros bienes; b) su valor es intrínsecamente inteligible, en el sentido de que puede ser comprendido por cualquier hombre que tenga uso de la razón, independientemente de su cultura; c) es una razón suficiente para justificar el conjunto de

acciones privadas o públicas que lo realizan en forma real; d) es una parte esencial del desarrollo integral de la persona¹⁷.

Puesto en términos de pregunta ¿Qué hay en la unión matrimonial entre hombre y mujer en perspectiva de género realista, que la torne valiosa en sí misma, valiosa para toda persona y toda cultura, y que dé cuenta de la razonabilidad de todas las acciones privadas y públicas dirigidas a protegerlo, promoverlo, realizarlo?

En respuesta a esta pregunta vale comenzar señalando que una nota esencial de la unión matrimonial, que incluso la perspectiva de género radical aceptaría como tal, es el deseo erótico. Con en este dato a la vista, la pregunta que intentamos responder podría reformularse en los siguientes términos: ¿Qué clase o modo de unión personal procuran las relaciones sexuales? Tollefsen responde a esta pregunta de la siguiente forma:

“el deseo erótico es un deseo de posesión, o completa identificación y unidad con otro; este deseo no es reducible a un deseo de placer sexual, aunque [está fuera de discusión que] el deseo sexual es extraño al amor erótico. Pero el agente en su fascinación [grip] desea la *totalidad* de la otra persona.

El deseo erótico ofrece entonces una orientación hacia, aunque no es idéntico a, un bien que en su naturaleza omnicomprensiva trasciende la amistad común. Y ésta forma de unión es, como la amistad, en sí misma reconocida como algo fundamental, básicamente, bueno para las personas (...). Somos capaces de reconocer el objeto del deseo erótico –un compartir completo de dos vidas- como una dimensión esencial e intrínseca de la [realización] humana” (Tollefsen: 489).

El deseo erótico, como nota esencial del matrimonio, pone de manifiesto el tipo de unión que se realiza en el matrimonio: una unión completa que involucra no un aspecto de la vida de las dos personas, ni un momento, sino la totalidad de la vida de ambas partes.

Es importante apuntar en este estadio que si bien el deseo erótico no agota el sentido de la unión matrimonial, el objeto del deseo expresa la naturaleza omnicomprensiva de la unión, entendida como entrega mutua y total de los esposos en un proyecto de vida común. Un proyecto de vida común marital que une a los esposos en varios aspectos de su existencia, y que se realiza de forma esencial y necesaria en el acto sexual:

¹⁷Ver FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, (Cristóbal Orrego, trad.), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2000, capítulo 3.

"Los esposos son deficientes en la realización del bien del matrimonio si sus caracteres no se complementan o armonizan de ninguna forma; [sus] proyectos son enteramente opuestos; o no comparten ninguna creencia (...). Pero todas estas formas de unión no nos llevan muy lejos de la amistad (...). [E]s en realidad sólo en el sexo que una pareja casada puede alcanzarla forma de unión comprehensiva única, y específica del matrimonio (...).

El compromiso marital a la unión en todos los niveles [de vida] encuentra su realización o compleción en el acto sexual conyugal, un acto en el que los esposos se unen en una forma corporal y orgánica de forma de transformarse 'en una sola carne'. "(TOLLEFSEN, CH., 490).

El matrimonio como realidad humana intrínsecamente inteligible es, en fin, un tipo especial de relación: la relación de entrega completa entre un esposo y una esposa, en el marco de un proyecto de vida común, que se realiza de forma esencial —aunque no única— en el acto sexual conyugal. Esta entrega completa, corporal y espiritual, es un bien en sí mismo. No se justifica por su utilidad para realizar otros bienes o intereses, sino por constituir una dimensión indisponible del desarrollo integral de la persona.

El acto sexual conyugal es a la vez una manifestación y el elemento esencial del tipo de unión que se realiza en el matrimonio. Con ello se afirma que no cualquier acto sexual expresa y a la vez realiza la unión matrimonial, sino únicamente los actos sexuales de tipo reproductivo, pues únicamente este tipo de actos es capaz de unir a dos personas en una única carne:

"El matrimonio considerado no como una convención legal o un artefacto cultural, sino como la comunión de las personas en una sola carne que se consuma y se actualiza por medio de actos que son de tipo reproductivo, sean o no en efecto reproductivos, o estén motivados en todo o en parte por el deseo de concebir un hijo, es un bien humano intrínseco y, precisamente como tal, proporciona más que una razón exclusivamente instrumental para la elección y la acción.

La unión corporal de los cónyuges en el acto marital es la matriz biológica de su matrimonio, considerada como una manera de compartir la vida completamente y en múltiples niveles: en otras palabras, una relación que une a los esposos en los niveles corporales (biológicos), emocionales, anímicos e incluso ... espirituales de su ser" (George, R.P., 177).

Los actos sexuales entre personas del mismo sexo biológico pueden proporcionar placer sexual y constituir una expresión de afectividad. Sin embargo, ni la intención de satisfacer el deseo de placer sexual (propio o de la otra parte), ni la intención de expresar afecto son elementos esenciales —aunque en la mayor parte de los casos conducentes a la unión matrimonial— del acto sexual conyugal. El acto sexual conyugal incluye como elemento esencial y distintivo, la elección de los esposos de unirse *completay complementariamente* en una sola carne. Ahora bien, el único tipo de actos sexuales que puede producir esta unión corporal, completa y complementaria, son los actos de tipo reproductivo: el tipo de actos que hace posible la reproducción, aunque en los casos concretos la reproducción no tenga lugar por factores independientes de la elección de los esposos.

En este sentido, concluye George,

“Aunque no todos los actos de tipo reproductivo sean maritales (...), no puede haber acto marital que no sea de tipo reproductivo”.

Sintetizando y concluyendo, puede afirmarse que:

- a) El matrimonio es la comunión completa de dos personas de distinto sexo biológico en una sola carne y en un mismo proyecto de vida que involucra, no un aspecto de la vida de los cónyuges, ni un momento, sino la totalidad de sus vidas.
- b) La comuniónmatrimonial es un bien humano básico, y como tal se justifica en sí mismo. No es un medio para realizar otros fines. Es un fin en sí mismo, que sirve como parámetro tanto de comprensión, como de justificación moral, de acciones concretas privadas y públicas que, respetando el resto de los bienes humanos básicos, se propongan actualizar la unión matrimonial. En este sentido, el matrimonio es también “una razón” válida para actuar.
- c) Porque es un bien humano básico, es intrínsecamente inteligible, para todo hombre y para toda cultura. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que la interpretación en clave de género realista del artículo 63 CPE es compatible con el artículo 9.2 CPE, que obliga al Estado Boliviano a fomentar el diálogo intercultural.
- d) Porque es un bien humano básico, es asimismo una dimensión fundamental del desarrollo integral de la persona. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que la interpretación realista del artículo 63 CPE es coherente con el artículo 9.2 que obliga al Estado boliviano a garantizar el desarrollo de la igual dignidad de la persona; y con el artículo 14 que, concretizando el tipo de acciones que el Estado boliviano está obligado a

realizar, en cumplimiento del deber genérico de garantía y respeto enunciado en el 9.2, explicita que “todo ser humano tiene derecho a la personalidad jurídica”.

e) La interpretación en clave de género realista del artículo 63 CPE, es asimismo un elemento fundamental para la interpretación del artículo 62 CPE, en cuanto obliga al Estado boliviano a *“proteger a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral”*.

La interpretación en clave de género radical del concepto constitucional de matrimonio incorporado al artículo 63 CPE, es violatoria de la obligación estatal de proteger a las familias y garantizar las condiciones sociales para su desarrollo integral.

4.4.1. Cuarto argumento, primera derivación: la CPE no viola el derecho a la igualdad

Toca analizar en este punto si el art. 63 CPE al referirse al “matrimonio entre una mujer y un hombre” y el art. 64 CPE al establecer que las “uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismo efectos que el matrimonio civil” violan el derecho a la igualdad de las personas del mismo sexo que desean contraer matrimonio o de aquellas que unidas de hecho desean que su unión sea asimilada en sus efectos al matrimonio.

El enfoque del derecho a la igualdad desde el que se suele argumentar respecto de este problema es algo simplista, y oscila entre dos extremos igualmente falsos (por parciales o unidimensionales). Por un lado, hay quienes se limitan a afirmar que la igualdad sólo exige que el legislador trate distinto lo distinto e igual lo igual. Si las cosas fuesen así, el legislador tendría vía libre para las violaciones de derechos más espantosas con el único argumento de que la violación se produce en igual grado para todos aquellos que son considerados por él iguales. Por esa razón este concepto formal de la igualdad es una cáscara vacía si no se lo complementa con algún otro principio que nos permita comparar el trato debido por la ley no con el trato dado a otras personas sino con el trato que toda persona merece por el sólo hecho de ser persona.

Por otro lado, en el otro extremo, se sostiene que ninguna discriminación es admisible. Pero esto supone negar la posibilidad de legislar porque legislar es, de modo inevitable, distinguir o discriminar. El error de esta interpretación yace en una reducción de los sentidos posibles del concepto “igualdad”.

La solución de este falso dilema tiene como punto de partida advertir que cuando se dice que una ley debe respetar el principio de igualdad, se dice que debe “tratar igual a los

casos iguales". Pero lo "igual" no se predica en la misma medida del "trato debido" por la norma a los casos iguales, y de "los casos igualados" por la norma. En el caso del trato, lo igual equivale a "exacto", "equivalente", o mejor, "idéntico". En cambio, la igualdad que se predica de los casos —a los que la ley debe tratar de modo idéntico— no es igualdad de identidad sino de analogía.

Los casos regidos por la ley no son ni pueden idénticos porque los "casos" son o bien personas singulares, o bien hechos singulares de personas singulares que la ley iguala incluyéndolos en una categoría conceptual general. Por ello, esta igualación de los casos no se justifica en virtud de una identidad previa entre los casos —que no existe—, sino en virtud de una analogía previa. Por lo mismo, lo que en verdad se predica de una ley cuando se la descalifica por su déficit de igualdad es que excluyó o incluyó demasiado en la categoría legal. En el primer supuesto, se dirá que la ley no atendió a semejanzas relevantes entre un caso o un grupo de casos y la categoría general conformada por la ley. En el segundo, que desconoció diferencias que serían, desde cierto punto de vista, más relevantes que las semejanzas.

Yendo al tema que nos ocupa, si el régimen del matrimonio no significase negar a algunos lo que se confiere a otros directamente no existiría matrimonio. En este ámbito, como en todos, siempre se distingue, y no toda distinción es discriminación. El problema no es, entonces, si el derecho a contraer matrimonio civil válido debe reconocerse a todo sujeto que lo solicite en cualquier circunstancia, sino más bien si el juicio de analogía por el cual el legislador constituyente distinguió algunas uniones entre personas (las uniones entre mujer y hombre) de otras es un juicio justificado.

Llegados a este punto —y habiendo descartado las concepciones extremas y hasta cierto punto ingenuas de igualdad— se abren varios interrogantes de cuya respuesta depende en buena medida una correcta decisión del caso. Primero, ¿quién debe probar que el juicio legal de analogía implícito en la conformación de una categoría o clase legal es errado? Segundo, ¿con qué parámetro se juzga la corrección o la incorrección del juicio de analogía? Tercero, ¿qué nivel de incorrección en el juicio de analogía torna irrazonable y por tanto inconstitucional una norma?

La opinión según la cual competiría al constituyente demostrar la razonabilidad de una norma frente a una posible anticonvencionalidad por desigualdad es difícilmente conciliable con el principio interpretativo según el cual se presume que las normas son convencionales o razonables. Salvo, claro está, que se asuma que toda discriminación

constitucional es *prima facie* anticonvencional. Pero afirmar esto implicaría tornar inviable o gravemente deficiente el gobierno de la ley pues, como se señaló, legislar es en parte construir clases o categorías, y la construcción de clases o categorías supone, por definición, discriminar o distinguir mediante un juicio de analogía.

Podría argüirse entonces que aunque el juicio de analogía que subyace a toda creación constitucional debe presumirse razonable, hay ciertos casos en los que debe presumirse lo contrario, y que sólo respecto de estos casos vale la inversión de la carga de la prueba. Esta propuesta más matizada parece acorde con la normativa ius-fundamental en materia de igualdad y con la práctica interpretativa de esta normativa. En efecto, cuando se reconoce el derecho a la igualdad se lo suele acompañar de una suerte de enumeración de los tipos de clasificaciones inadmisibles: “nadie podrá ser discriminado por razón de sexo, raza, religión...”.

La enumeración no es casual ni superflua. Recoge, en cambio, las “categorías sospechosas”, que no son otra cosa que las motivaciones aparentes, por infundadas o irrazonables, que en ocasiones son propuestas como justificación de la construcción de categorías constitucionales o legales. Desde este punto de vista, no parece errado circunscribir la inversión de la carga de la prueba a las clasificaciones constitucionales o legales que operan con estas categorías. Sin embargo, aun en este sentido limitado la regla parece precisar de alguna otra cualificación suplementaria para que sea compatible con la práctica constitucional vigente, puesto que la extensión de la regla a todas las normas que operan en conexión con las categorías sospechosas arrojaría resultados evidentemente absurdos (y contra-intuitivos): además de las reglas de discriminación positiva, serían *prima facie* anticonvencionales todas las reglas que regulan la política inmigratoria, o las políticas de salud dirigidas a prevenir o a curar enfermedades propias de uno u otro sexo, o el sistema de partidos políticos, por nombrar sólo algunos ejemplos.

Por esto último el hecho de que una norma constitucional (o legal) recoja “categorías sospechosas” no la torna *prima facie* irrazonable por violación del derecho a la igualdad.

La presunción de anti convencionalidad debe fundarse, además, en la irrazonabilidad del vínculo que la ley establece entre la categoría sospechosa y la materia regulada. Parece aceptable establecer entonces una relación de proporción indirecta entre uno y otro extremo, de forma que cuanto menos evidente sea el vínculo entre la materia regulada y la categoría legal sospechosa, mayor la responsabilidad del representante del Estado de fundar explícitamente el juicio de analogía que subyace a la norma. *Viceversa*,

cuanto mayor sea la notoriedad del vínculo o conexión entre la materia regulada y la categoría sospechosa regulada por la ley, mayor será la responsabilidad de ofrecer razones para quien pretenda cuestionar el juicio de analogía legal. Por ejemplo, si el legislador exigiese como requisito de acceso al empleo público que los empleados fuesen de una determinada raza, entonces la carga de la prueba de aquellas razones que justificarían la clasificación estaría en su cabeza, puesto que no se advierte qué conexión existe entre la categoría en juego y la materia regulada.

Aplicado todo esto al supuesto que aquí nos ocupa caben al menos dos observaciones. La primera, que la orientación sexual no debe ser considerada una categoría sospechosa, como ha demostrado en varios trabajos, sobre la base de su tesis doctoral, la profesora argentina María Marta Didier¹⁸, más allá de la cuestión está doctrinalmente controvertida. La segunda, que, teniendo en cuenta lo dicho, incluso si por vía de hipótesis se considerase que aquí está en juego el sexo (que sí es una categoría legal sospechosa) y no la orientación sexual, la inversión de la carga de la prueba no se justificaría de modo automático. Habría que examinar si el vínculo establecido por la ley entre el sexo de los contrayentes (categoría sospechosa) y el matrimonio (materia regulada por la ley) es notablemente irrazonable (o no). Una respuesta negativa se impone, al menos luego de más de cien años de convivencia pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia entre la garantía de la igualdad y el requisito esencial de la disparidad de sexo entre los contrayentes (que es, dicho sea de paso, uno de los requisitos, no el único). Entonces, en el caso (hipotético, por lo ya dicho) que estamos considerando (es decir, si se considere que en los hechos que se debaten está en juego el sexo y no la orientación sexual), la carga de probar la irrazonabilidad de la clasificación se encuentra en cabeza de quien cuestiona la norma.

Queda por resolver la cuestión de fondo acerca de si las razones para circunscribir el matrimonio a (un tipo de) uniones entre personas de distinto sexo son o no convencional y/o constitucionalmente aceptables. Más específicamente, y desde la perspectiva de la igualdad desde la que se ha planteado el caso, lo que se discute es si el juicio de analogía plasmado en la CPE, que igualó un tipo especial de uniones heterosexuales y las distinguió

¹⁸Cfr. María Marta Didier, *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Madrid, Marcial Pons, 2012, *passim*.

de otro tipo de uniones afectivas —entre las cuales están las uniones homosexuales—, es un juicio compatible con el respeto debido a la dignidad de las personas involucradas. La pregunta podría desglosarse así: centrar la mirada en las diferencias y no en las semejanzas entre una y otra clase de uniones, ¿supone valorar menos unas uniones que otras? Y valorar menos unas uniones que otras, ¿supone valorar menos unas personas que otras?

La Constitución Política del Estado valora más un tipo de unión que otro tipo de uniones (integrado, este último, por un amplio abanico de uniones heterosexuales y por las uniones homosexuales). Esa mayor valoración se traduce en una mayor tutela y promoción, sin que se deje de reconocer y tutelar de distintos modos y con acentos también diferentes (no con el “paraguas” del régimen matrimonial) al segundo grupo de uniones. Sin embargo, esto no supone una discriminación —en el sentido inconstitucional del término— entre personas. Hay por lo menos tres razones que justifican una valoración especial del tipo de unión heterosexual al que se reconoce como matrimonio: la complementariedad entre varón y mujer (que favorece la estabilidad afectiva de la unión heterosexual); la apertura a la procreación; la optimización de la educación en la afectividad de los hijos, que según diversos estudios psicológicos se favorece con una vivencia personal y próxima de la femineidad y la masculinidad.

Puede cuestionarse que estas tres razones justifiquen un tratamiento jurídico distinto entre un tipo de uniones heterosexuales y otro tipo de uniones (repetimos, heterosexuales que no reúnen otros de los requisitos que se exigen al matrimonio, y homosexuales). Dicho de otro modo, puede ponerse en duda el carácter valioso de los valores que la ley actual persigue. Sin embargo: a) no parece haber buenas razones para negar la razonabilidad (al menos *prima facie*) de esos valores, salvo que se apele a un punto de vista antropológico y moral radicalmente distinto al que subyace a la legislación y a la tradición jurídica actual; b) si bien el debate acerca de si conviene o no desprender al Derecho de la cosmovisión moral y antropológica que lo inspira y que lo ha tornado inteligible y razonable hasta nuestros días es un debate posible, debe tenerse presente que no es estrictamente un debate jurídico sino moral y político que el constituyente resolvió en un sentido concreto y tangible, tal como se plasmó en los arts. 62, 63, 64 y concs. de la CPE.

4.4.2. Cuarto argumento, segunda derivación: la naturaleza pública de la argumentación desarrollada¹⁹

Como se argumentó precedentemente, el deber del Estado boliviano de fomentar el diálogo intercultural sólo es realizable sobre la base de la afirmación de derechos y valores que puedan ser reconocidos como tales por todas las comunidades culturales que habitan el suelo boliviano. Esto significa que cualquier argumentación jurídica ha de ser “pública”, y que sea pública implica, entre otras cosas, que no pueden esgrimirse argumentos de fe, esto es, argumentos que dependen de modo necesario de la aceptación previa de un determinado credo. Vale pues la pena preguntarse, en primer lugar, qué lugar ocupan en este debate las convicciones religiosas de sus participantes, y qué lugar deberían ocupar para que los argumentos que se introduzcan en el debate sean legítimos.

Lo primero que conviene apuntar, es que un argumento de fe no es en sí mismo legítimo en el debate público de una sociedad organizada en torno al principio constitucional receptado en el artículo 9.2, de respeto a la igualdad. Los argumentos de fe no son legítimos porque no se adecuan al principio de la publicidad de los actos de gobierno.

En efecto, la publicidad de los actos de gobierno no se limita a exigir que el poder público haga conocer sus actos, sino que exige más. Exige que haga conocer las razones de sus actos, y todavía más: que estas razones sean genuinas razones. Esto es, argumentos o motivaciones comprensibles para cualquier hombre a la luz de la razón, independientemente de cuál sea la fe que profese. Un argumento de fe, en cambio, es un argumento que se acepta, no porque se comprende, sino por respeto a la autoridad (divina, religiosa o humana).

Pues bien, si en una sociedad liberal los actos de gobierno deben ser “razonables”, esto significa que los argumentos de fe no son legítimos si sólo son argumentos de fe. En otras palabras, si no hay otros motivos para aceptarlos que el respeto o sometimiento libre a una autoridad religiosa.

Dicho esto, es preciso apuntar que la profesión pública de un credo no descalifica en sí misma los argumentos que se proponen en el debate público. Si así fuera, se ejercería una nueva forma de discriminación: sólo tendrían derecho a la libertad de expresión

¹⁹ El contenido desarrollado en este epígrafe está inspirado en ZAMBRANO, PILAR, «Las condiciones de inteligibilidad de las prácticas constitucionales. Una aproximación a partir del caso del aborto», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 138 (2013), 1111-1147.

quienes no tengan ninguna convicción religiosa; es decir, sólo podrían opinar respecto de temas que indudablemente poseen interés público aquellos que asuman como convicción personal el ateísmo o el agnosticismo.

Otras veces la descalificación es más disimulada y, por lo mismo, más astuta. No se ataca directamente a los participantes en el debate, lo cual es más bien tosco, sino al argumento en sí mismo por su estrecha vinculación con las implicancias morales de un credo religioso. En nuestro caso, este ataque procedería más o menos del siguiente modo: "La oposición al matrimonio entre personas del mismo sexo biológico en el ámbito civil es una imposición ilegítima del concepto cristiano de matrimonio".

Sobre este argumento vale la pena reconsiderar qué es exactamente lo que torna "público" un argumento, y lo distingue de un argumento religioso. John Rawls, quizá el exponente del pensamiento político liberal más importante del siglo XX, explica que un argumento no queda descalificado por el mero hecho de que tenga alguna relación con convicciones religiosas. Si así fuera, habría que rehacer completamente el Código Penal, en todas sus partes, porque de un modo u otro recepta los diez mandamientos de la ley judeo-cristiana. El homicidio, el robo, la violación, son todos hechos condenados por la ley moral de la mayoría de los credos religiosos, y también por la mayoría, sino todos, los códigos penales del mundo.

Esta es pues la clave para discriminar entre argumentos legítimos y argumentos ilegítimos en el debate público de una sociedad respetuosa de la diversidad de credos y la libertad religiosa: que los argumentos expresen o formulen razones que sean comprensibles para cualquiera en forma independiente de cuál sea su fe religiosa. Si la fe religiosa acompaña estos argumentos de razón, no es motivo para descalificarlos, pues su pasaporte de entrada al debate público no ha sido su dependencia de la fe, sino su intrínseca razonabilidad. Menos motivo hay aún para descalificar un argumento porque quien lo sostiene profese una fe. Aceptar estos dos motivos de descalificación sería una contradicción pragmática: se hace lo contrario de lo que se dice. En nombre del pluralismo y la igualdad, se destruyen los mismos valores que se pretenden defender. ¿Pues qué ha de esperarse de un Estado donde la profesión de fe debe esconderse, ocultarse, negarse, para ser oído?

Los únicos argumentos que quedan descalificados son los argumentos que se fundamentan de forma exclusiva y excluyente en la fe, o en la convicción atea. Ni uno ni

otro extremo constituye un principio válido para la conformación de un debate público legítimo en una sociedad republicana y democrática²⁰.

Un debate público es, en fin, un debate de razones como las que se han propuesto en esta presentación. Esto es, razones intrínsecamente inteligibles para todo hombre que tenga uso de razón, y que si reflexiona con sinceridad, es capaz de reconocer como dimensiones indiscutibles de una auténtica realización humana.

Es probable que la opinión pública no acompañe en toda su extensión la identificación de cuáles son las dimensiones de la realización humana real, auténtica. Pero la ausencia de un consenso unánime no es fundamento suficiente, quizás ni siquiera fundamento necesario, para negar la validez constitucional de ningún valor o interpretación. Más aun, si algún sentido tiene la diversidad cultural reconocida como valor en el artículo 9.2 CPE, *en el marco del respeto a la igual dignidad de las personas*, es la referencia a una razón práctica universal, que permite reconocer bienes intrínsecamente inteligibles, y que trasciende a las culturas y a intereses de grupos o ideologías potencialmente volátiles.

4.5. QUINTO ARGUMENTO: LA INTERPRETACIÓN EFECTUADA EN LA LEY 807 DE LA OPCIÓN ADOPTADA POR EL CONSTITUYENTE EN LOS ARTS. 63 Y 64 CPE ES IRRAZONABLE O DESPROPORCIONADA. NUEVAMENTE SOBRE LA RAZONABILIDAD INTRÍNSECA DE LA OPCIÓN ELEGIDA POR EL CONSTITUYENTE

En todo Estado de Derecho se prohíbe la arbitrariedad. Hay arbitrariedad cuando las decisiones políticas carecen de razones que las respalden, o tienen razones que las respaldan pero esas razones son derrotables por razones más atractivas y potentes. Las leyes que dicta el congreso son decisiones políticas que se enmarcan en la Constitución, a la que deben respetar (regulan, reglamentan o limitan derechos constitucionales).

Presuponen, por ello, una interpretación o lectura de la Constitución que es seleccionada por el legislador entre otras interpretaciones o lecturas disponibles (hay pluralidad de métodos de interpretación, y pluralidad de resultados a los que potencialmente conduce cada uno de los métodos disponibles). La disponibilidad entre varias lecturas es siempre relativa o limitada: el legislador no puede hacer de la Constitución lo que le dé la gana, no puede reconstruirla al punto de privarla de sentido, de transformarla en un instrumento que utiliza a su antojo.

²⁰ Cfr. J. Habermas y J. Ratzinger, "Las bases morales prepolíticas del Estado Liberal", *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo* 18 (2005), pp. 75-91.

Teniendo en cuenta el contexto precedente, la conclusión que se deriva es que la ley 807 regula lo establecido en los arts. 63 y 64 de la CPE de un modo arbitrario o irrazonable, puesto que al reconstruir los conceptos de hombre y mujer priva por completo a la norma de su sentido y frustra el logro del fin para el cual fue pensada. El constitucionalismo ha supuesto, entre otras cosas, que el legislador está sujeto en su actuación por lo que establece la Constitución. Normas como las que aquí se debaten son, en la práctica, una peligrosa inversión de estos términos: el legislador acaba transformándose en control de lo establecido por el constituyente. Corresponde al TCP hacer cumplir la Constitución y asegurar el respeto de la voluntad del pueblo boliviano tal como se expresó soberanamente en ella.

5. FUNDAMENTO Y SOLICITUD. CONCLUSIÓN GENERAL DE ESTE ESCRITO: LA LEY 807 NO RESPETA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL

En suma, retornando sobre lo dicho al comienzo, en nuestra opinión la acción de inconstitucionalidad que dio lugar a este expediente debe ser acogida y, en consecuencia, la Ley 807 debe ser declarada inconstitucional por el TCP. Las razones, tal como hemos expresado, son en apretada síntesis las siguientes: a) cuando la Constitución se refiere al matrimonio lo hace entendiendo que sólo lo es aquella unión que se celebra entre un hombre y una mujer (*ut supra* §4.1 y 4.2); b) la negación de relevancia a la realidad biológica subyacente a la masculinidad y a la femineidad de cara a la atribución de carácter de hombre o mujer que se lleva a cabo en la Ley 807 implica la reducción del sentido de los derechos constitucionales y de los derechos reconocidos en los tratados internacionales a una perspectiva cultural, y por lo mismo, una afectación al igual valor de las culturas, a la jerarquía suprema de tales categorías de derechos, y a la obligación estadual de fomentar el diálogo intercultural (artículo 9.2 CPE) (*ut supra* §4.3); c) La Ley 807 es contraria al deber estadual de garantizar y proteger a la familia, (artículo 62 CPE), pues incorpora a la práctica jurídica un concepto de familia propio de un sector limitado y de un momento de la cultura occidental, contrario al concepto de familia recogido en la Constitución (*ut supra* 4.3); d) la obligación estadual de proteger la institución del matrimonio y la familia, tal como se los ha interpretado en esta presentación, no viola el derecho a la igualdad, ni de las personas, ni de las comunidades culturales (*ut supra* 4.4.1); d) el texto constitucional tal como ha sido interpretado a lo largo de este escrito respeta las exigencias de la razón pública (*ut supra* §4.4.2), y e) el texto constitucional tal como se lo ha interpretado a lo largo de este escrito es intrínsecamente razonable (*ut supra* §4.5).

Otrosí 1.- Por otra parte, conforme establece el Estatuto de la Conferencia Episcopal Boliviana aprobado conforme determinan las normas canónicas adoptadas por el Estado Plurinacional de Bolivia a través de Ley 1644, los Obispos de Bolivia se reúnen ordinariamente dos veces al año, siendo la primera reunión del presente, del 27 de abril al 2 de mayo. Teniendo en cuenta esto último y, sobre todo, la complejidad de la cuestión que ha sido objeto de la consulta recibida nos animamos a solicitar al TCP una nueva oportunidad para expresarnos en el futuro próximo mediante un nuevo documento en el que se ampliarán —si ustedes así lo autorizan— los fundamentos científicos y filosóficos de la opinión que se ha vertido en el presente escrito.

Otrosí 2.- Adjuntan poderes

Otrosí 3.- Para fines legales y de comunicaciones procesales; señalan domicilio:

- **CONFERENCIA EPISCOPAL BOLIVIANA**, calle Potosí N° 814 Piso 1, casi esq. Genaro Sanjinés, Zona central de la ciudad de La Paz
- **IGLESIAS EVANGELICAS UNIDAS**, calle Yanacocha N° , Planta Baja Of. , lado Colegio de Abogados, Zona Central de la ciudad de La Paz

DEFERIR LO IMPETRADO SERA UN ALTO ACTO DE JUSTICIA

Sucre, 19 de junio de 2017

Mons. Aurelio Pesoa

OBISPO AUXILIAR DE LA PAZ

SECRETARIO GENERAL

CONFERENCIA EPISCOPAL BOLIVIANA

Pr. Francisco Machaca Monroy

PRESIDENTE

IGLESIAS EVANGELICAS UNIDAS