

Facultad de Derecho
Sede Rodrigo Facio
Universidad de Costa Rica



Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

**“LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO
EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COSTARRICENSE”**

José Antonio Ventura Jiménez

Carné: B06803

San José, Costa Rica 2016



06 de octubre de 2016
FD-AI-721-2016

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: José Antonio Ventura Jiménez, carné B06803 denominado: "Los efectos jurídicos de las uniones de personas del mismo sexo en el Derecho Internacional Privado Costarricense" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Juan José Obando Peralta
Presidente	Dr. Gonzalo Monge Núñez
Secretario	Lic. Hernán Esquivel Salas
Miembro	Dr. Jorge Sáenz Carbonell
Miembro	Lic. Miguel Villegas Arce

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **14 de noviembre del 2016**, a las 6: p.m. en el primer piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



lcv
Cc: arch. expediente



San José, 16 de setiembre de 2016

Señor Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica
Presente

Estimado don Ricardo:

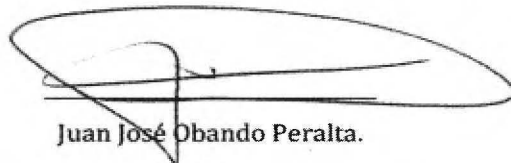
El suscrito, JUAN JOSÉ OBANDO PERALTA, en mi condición de Director de Tesis y miembro del Comité Asesor del egresado JOSÉ ANTONIO VENTURA JIMÉNEZ, carné B06803, manifiesto haber terminado la revisión del trabajo final de graduación titulado "LOS EFECTOS DE LAS UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COSTARRICENSE", en el cual se analiza por medio de tres casos hipotéticos de Derecho Internacional Privado, los efectos que tienen las uniones de personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico costarricense.

A través del trabajo de investigación, el autor estudia y analiza detalladamente el desarrollo histórico y jurídico de las figuras de la familia y el matrimonio en el Derecho, así como también los principales conceptos del Derecho Internacional Privado, entre ellos el de orden público internacional. De igual forma, investiga los hechos reciente y la jurisprudencia más relevante relacionados con el reconocimiento de los derechos de las uniones del mismo sexo en Costa Rica.

Asimismo, el proyecto de investigación cumple con los objetivos propuestos y prueba la parcialmente cierta la hipótesis planteada al inicio. Además, la presente tesis cumple con el orden y la estructura requerida para un trabajo final de graduación, así como también constituye en un importante y novedoso aporte a doctrina en la materia, y a la lucha por el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo.

Según lo anteriormente expuesto, es un gusto aprobar, sin reservas, la tesis del estudiante JOSÉ ANTONIO VENTURA JIMÉNEZ para que pueda defenderla en la etapa de réplica.

Saludos cordiales,



Juan José Obando Peralta.
Director.

San José, 16 de setiembre de 2016

Señor Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica
Presente

Estimado don Ricardo:

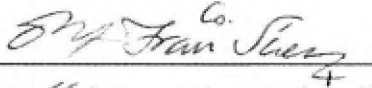
El suscrito, JORGE SÁENZ CARBONELL, en mi condición de lector de tesis y miembro del Comité Asesor del egresado JOSÉ ANTONIO VENTURA JIMÉNEZ, carné B06803, manifiesto haber terminado la revisión del trabajo final de graduación titulado "LOS EFECTOS DE LAS UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COSTARRICENSE".

El presente trabajo de investigación estudia ampliamente el desarrollo histórico y jurídico de las figuras de la familia y el matrimonio en el Derecho, así como también expone claramente los principales conceptos del Derecho Internacional Privado. Asimismo, investiga los hechos, declaratorias y jurisprudencia más reciente relacionada con el reconocimiento de derechos de personas del mismo sexo en Costa Rica. Lo anterior con la finalidad de analizar, a través de tres casos hipotéticos de Derecho Internacional Privado, los efectos de las uniones de personas del mismo sexo en el orden público internacional y en el ordenamiento jurídico costarricense.

Este tema de tesis resulta novedoso y reciente, así como un aporte relevante a la doctrina en esta materia. De igual forma, también cumple con todos los requisitos necesarios para su aprobación.

Por lo expuesto anteriormente, se aprueba, sin reserva alguna, la tesis del estudiante JOSÉ ANTONIO VENTURA JIMÉNEZ para que pueda defenderla en la etapa de réplica.

Saludos cordiales,


Licenciado Jorge Sáenz Carbonell
Lector

San José, 21 de setiembre de 2016

Señor

Dr. Ricardo Salas Porras

Director Área de Investigación

Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

Presente

Estimado don Ricardo:

He fungido como lector del trabajo final de graduación titulado: "LOS EFECTOS DE LAS UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COSTARRICENSE", del estudiante egresado JOSÉ ANTONIO VENTURA JIMÉNEZ, carné B06803.

La presente investigación estudia los conceptos de la familia y el matrimonio en el Derecho, así como también los reconocimientos de derechos de parejas del mismo sexo en Costa Rica, con la finalidad de analizar, a través de tres casos hipotéticos de Derecho Internacional Privado, los efectos de las uniones de personas del mismo sexo en el orden público internacional y en el ordenamiento jurídico costarricense.

Este proyecto final de graduación resulta novedoso, y es un aporte relevante a la doctrina en la materia. Asimismo, cumple con todos los requisitos necesarios para su aprobación.

Por lo expuesto anteriormente, se aprueba, sin reserva alguna, la tesis del estudiante JOSÉ ANTONIO VENTURA JIMÉNEZ para que pueda defenderla en la etapa de réplica.

Atentamente,



Miguel Villegas Arce

Lector

San José, 22 de setiembre de 2016

Doctor
Ricardo Salas Porras,
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.

Quien suscribe, en mi condición de filóloga, he leído y corregido el trabajo final de graduación denominado: **“Los efectos jurídicos de las uniones de personas del mismo sexo en el derecho internacional privado costarricense”**, elaborado por el estudiante José Antonio Ventura Jiménez, con el fin de optar por el grado académico de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Hago constar que he revisado el trabajo de investigación mencionado en todos los aspectos de redacción (cacofonía, repeticiones, queísmos, dequeísmos, anfibología), así como la ortografía y ofrecerle cadencia al texto y fluidez léxica.

Atentamente,


Grettel Hernández Valdés
Carné 168



A la población LGBT de Costa Rica y a la lucha por el reconocimiento de sus derechos.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar quisiera agradecerle profundamente a mi Director de Tesis, Juan José Obando, quien me ha guiado he impulsado con la elaboración de este proyecto, desde incluso cuando era estudiante suyo en el curso de Derecho Internacional Privado. Sin su apoyo y dedicación a este trabajo, no hubiera podido haberlo elaborado. De la misma manera, quisiera extenderle mis sinceros agradecimientos a Don Miguel Villegas y a Don Jorge Sáenz Carbonell por sus aportes y por el tiempo dedicado, y a Don Jorge especialmente por haberme dado un segundo aire para finalizar esta investigación.

Quisiera también darle las gracias a mis papas y a mis hermanos, quienes estuvieron presentes durante toda mi carrera en la Facultad de Derecho en la Universidad. A mis papas especialmente quisiera agradecerles el apoyo tanto económico como emocional que me han dado desde la escuela, por nunca ponerme un límite en mi aprendizaje, y por siempre ayudarme a enfocarme en lograr mis metas. Sin ellos no tengo dudas que no hubiera logrado terminar esta tesis de graduación.

Asimismo quisiera darle un agradecimiento a todos mis compañeros de carrera, por todos los momentos tan agradable que vivimos durante el desarrollo de la misma, y por la ayuda y el apoyo que me ofrecieron y me extendieron en momentos difíciles o de gran estrés. En especial le agradezco a Roberto, a Fabiola y a Viviana. De igual forma le extiendo mi agradecimiento a Karima, quien fue mi primera tutora en la Facultad y me guió durante mi primer año y primer trabajo. Sus libros donados y sus aportes intelectuales y consejos profesionales los agradeceré siempre.

Finalmente quisiera darle las gracias a Felipe por ser el impulso más grande para entender que debo apoyar la lucha por los derechos de las personas LGBT. Sin su amor y paciencia no sería la persona que soy en día y no estaría aportando mi grano de arena a la gran lucha que han librado otros por la igualdad y el respeto a la diversidad.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	vii
RESUMEN.....	viii
FICHA BIBLIOGRÁFICA.....	x
INTRODUCCIÓN	1
I. Planteamiento y justificación.....	1
II. Hipótesis y objetivos.....	3
A. Hipótesis	3
B. Objetivos.....	3
1. General	3
2. Especificos	3
III. Metodología.....	4
A. Análisis histórico y doctrinario	4
B. Análisis legal y reglamentario	4
C. Análisis jurisprudencial.....	5
CAPÍTULO PRIMERO: Desarrollo general de la figura de las uniones familiares y su concepción en el Derecho Internacional Privado	6
I. Desarrollo conceptual de las principales figuras jurídicas de uniones familiares en el Derecho	6
A. Familia	6
B. Matrimonio.....	10
C. Unión de hecho.....	13
D. Uniones de personas del mismo sexo	15
II. Evolución histórica de las relaciones familiares.....	17
A. Familia y su inmensa variedad según las culturas y épocas.....	18
B. El matrimonio monogámico indisoluble.....	20
C. El matrimonio monogámico disoluble.....	22
D. Uniones de hecho protegida por ley	23
E. Uniones de personas del mismo sexo	25

III. Concepción de las uniones familiares en el Derecho Internacional Privado	28
A. El Derecho Internacional Privado	28
1. Concepto y contenido.....	28
2. Desarrollo histórico.....	30
3. Las relaciones jurídicas según Savigny	31
B. Conceptos básicos del Derecho Internacional Privado y de los problemas de adaptación	32
1. La norma en conflicto	32
2. Exequátur	34
3. Orden público.....	35
C. Los conflictos de leyes de matrimonio en el Derecho Internacional Privado	38

CAPÍTULO SEGUNDO: Las uniones familiares en el ordenamiento jurídico costarricense y en el Derecho Internacional Privado costarricense

I. Desarrollo de la figura jurídica del matrimonio en Costa Rica	44
A. Las culturas indígenas de Costa Rica	44
1. Culturas del área mesoamericana	45
2. Culturas del área intermedia	46
B. El matrimonio español: monogámico y religioso.....	47
C. El matrimonio civil	48
D. La unión de hecho.....	51
E. Proyectos de ley de uniones de personas del mismo sexo	53
II. El Derecho Internacional Privado costarricense	55
A. Desarrollo general del DIPr. en Costa Rica	56
B. Fuentes.....	57
1. La Constitución Política y los Derechos Humanos	57
2. Las convenciones internacionales	58
3. La ley costarricense.....	58
4. La jurisprudencia	61
5. Usos y costumbres internacionales	61
6. Derecho Internacional Público.....	62
7. La ley centroamericana	62
8. Las doctrina.....	63
C. Normativa.....	63
1. Código Civil.....	63

2. Código Procesal Civil.....	69
III. Las uniones de personas del mismo sexo en el orden público internacional	
costarricense	73
A. Derecho comparado.....	74
1. España	74
2. Argentina.....	77
B. Jurisprudencia	78
1. Internacional	78
2. Nacional.....	87
C. Conquistas institucionales de la población LGBT en Costa Rica.....	94
D. Casos de uniones de personas del mismo sexo en el Registro Civil de Costa Rica	96
CAPÍTULO TERCERO: Análisis de los casos hipotéticos planteados y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico costarricense	98
I. Cuestiones preliminares.....	98
II. Presentación del problema.....	99
A. Primer caso.....	99
B. Segundo caso	102
III. Replanteamiento de la hipótesis desde dos puntos opuestas	104
A. Tesis 1: Las uniones de personas del mismo sexo son contrarias al orden público internacional costarricense	104
1. Tercer caso	107
B. Tesis 2: Las uniones de personas del mismo sexo NO son contrarias al orden público internacional costarricense	109
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	112
I. Objetivos específicos	112
II. Hipótesis y objetivo general	123
III. Recomendaciones.....	124
BIBLIOGRAFÍA.....	127

ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CCSS	Caja Costarricense del Seguro Social
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CF	Código de Familia
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Convención Interamericana	Convención Interamericana de Derechos Humanos
Corte Suprema	Corte Suprema de los Estados Unidos de América
CP	Constitución Política de la República de Costa Rica
CPC	Código Procesal Civil
DIPr.	Derecho Internacional Privado
Sala Constitucional	Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica
OPI	Orden público internacional

RESUMEN

La sociedad humana, a través de la historia, ha estado sujeta a grandes cambios sociales que han transformado hasta sus bases más esenciales como la familia. En la actualidad, en Costa Rica y en el mundo entero, los institutos socio jurídicos de la familia y el matrimonio están atravesando un importante periodo de cambio con la aparición de las parejas homoparentales. Una gran cantidad de países americanos y europeas han legalizado las uniones de personas del mismo sexo y debido a esto, Costa Rica se encuentra en una situación jurídica muy particular.

¿Qué sucedería si una pareja homosexual extranjera casada en su país legalmente se viniera por los motivos que fuera a vivir a Costa Rica? ¿Se les reconocería su unión? El Derecho Internacional Privado es una vía que permite resolver este tipo de casos en donde hay un choque entre dos ordenamientos jurídicos distintos para una situación en particular. Asimismo, para este tema en específico, ofrece, por medio del concepto de orden público internacional, una manera de analizar las uniones de parejas del mismo sexo a la luz de los principios constitucionales costarricenses.

Este proyecto de investigación pretende entonces determinar a través del DIPr. costarricense si las uniones de personas del mismo sexo son contrarias al orden público internacional costarricense.

Como hipótesis central de la investigación se establece que en Costa Rica el OPI con respecto a este tipo uniones cambió en los últimos años debido a los grandes reconocimientos que se han llevado a cabo en el país a nivel institucional y jurídico. Hoy en día, el DIPr. costarricense, demuestra que estas uniones homosexuales deben de reconocerse en nuestro ordenamiento jurídico y regularse como tal.

Por otra parte, como objetivo general de la investigación se determina la necesidad de determinar los cambios que ha sufrido el orden público internacional en Costa Rica y la implicación de ello en el ordenamiento jurídico costarricense.

Para poder responder la hipótesis plantea y satisfacer el objetivo general establecido, se utiliza una metodología jurídica basada en el análisis de tres casos hipotéticos de Derecho Internacional

Privado. De igual forma, también se emplea una metodología descriptiva analítica basada en análisis históricos y doctrinarios, legales y reglamentarios, y jurisprudenciales.

Con base en estas herramientas se realiza el estudio correspondiente del tema y se concluye que en efecto, ha habido un cambio en las percepciones de las uniones de parejas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico pero no necesariamente el establecido en la hipótesis. Se demuestra que si bien no se puede probar propiamente que las uniones de personas del mismo sexo son reconocidas por el orden público internacional costarricense, si se puede afirmar que los efectos que de estas uniones se derivan no son contrarias al OPI.

De igual forma, también se establece que si bien tampoco se puede alegar plenamente que el DIPr. costarricense demuestra que estas uniones deben de reconocerse en el ordenamiento, si se prueba la necesidad que existe de regularlas para evitar situaciones contrarias a los principios y valores inconstitucionales.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Ventura Jiménez, José Antonio. Los efectos de las uniones de personas del mismo sexo en el Derecho Internacional Privado costarricense. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2016. x y 132.

Director: Juan José Obando Peralta

Palabras claves: familia, matrimonio, unión civil, unión de hecho, uniones de personas del mismo sexo, competencia judicial internacional, derecho aplicable, relaciones jurídicas, autonomía de la voluntad, norma de conflicto, exequátur, orden público internacional.

INTRODUCCIÓN

I. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo final de graduación se titula *“Los efectos jurídicos de las uniones de personas del mismo sexo en el derecho internacional privado costarricense”*. Esta investigación analizará, por medio del Derecho Internacional Privado, los efectos de las uniones de personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico costarricense.

El motivo principal que origina el estudio de este tema y, a su vez, justifica el presente trabajo de investigación, son los vacíos legales existentes en el ordenamiento jurídico costarricense, con respecto a los derechos de las parejas homosexuales.

Uno de los valores esenciales que inspira al derecho costarricense es la seguridad jurídica. El derecho busca siempre tener una respuesta para cualquier situación que se pueda presentar. De ahí la existencia de vacíos legales y el objetivo y la necesidad del derecho de sanear y ofrecer una respuesta a los mismos, así se adaptan a la realidad humana.

La sociedad, por medio de la historia de la humanidad, ha estado sujeta a grandes cambios sociales, los cuales han afectado su organización, estructura, institutos y costumbres. Dichos cambios han variado entre las diferentes culturas, pero debido al fenómeno de la globalización, hoy se podría afirmar que se está ante una sociedad mundial, en donde luchas sociales que se libran en un país son noticia en otro en tan solo unos cuantos minutos. Sin duda alguna, esto ha afectado las luchas sociales del siglo XXI y, como claro ejemplo de esto, está el reciente fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Obergefell vs. Hodges*, donde legalizó el matrimonio en todos los estados de los Estados Unidos y, en tan solo cuestión de minutos, le dio la vuelta al mundo, se convirtió en un impulso de gran importancia para el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo en muchos países distintos.

De igual forma que la sociedad ha evolucionado por medio de la historia, los institutos jurídicos que la conforman se han adaptado a las necesidades surgidas. Como lo indica Jorge Sáenz Carbonell, en *Elementos de Historia del Derecho*, las *“instituciones jurídicas no son estáticas, ni los conceptos tienen en Derecho significados unívocos. Una*

institución jurídica, aunque se llame igual, puede tener diferentes perfiles según la época, el lugar y los patrones culturales de que se trate” (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 36). Actualmente, en Costa Rica, al igual que en muchos países, los institutos de la familia y el matrimonio sufren un cambio importante por las luchas sociales que se están librando en favor de los derechos de los homosexuales.

Debido a que en muchos países europeos y el continente americano se han legalizado las uniones de parejas del mismo sexo, Costa Rica está envuelta en una situación muy similar a la que tuvieron muchos estados de los Estados Unidos, cuando en las jurisdicciones de algunos estados se habían reconocido las uniones homosexuales pero en otras no. Cuando una pareja homosexual que se había casado en una jurisdicción que reconocía su unión, se mudaba a otro estado en donde no se les reconocían sus derechos, se generaba una situación de inseguridad jurídica; pues no existía normativa alguna que regulara dicha realidad social.

El Derecho Internacional Privado es una vía para resolver este tipo de situaciones, en donde se presenta un choque entre dos ordenamientos jurídicos para un caso particular; también ofrece una forma de analizar las uniones de parejas del mismo sexo, a la luz de los principios constitucionales costarricenses, por medio de la figura del orden público internacional.

Este trabajo de investigación pretende por medio del DIPr., ofrecer un análisis detallado sobre las uniones de las parejas homosexuales en el ordenamiento jurídico costarricense, particularmente lo que estas implican una vez analizadas a la luz de los principios constitucionales, con el fin de brindar un posible camino para resolver la situación de inseguridad jurídica que dichas lagunas generan en el ordenamiento jurídico costarricense.

II. HIPÓTESIS Y OBJETIVOS

I. HIPÓTESIS

En Costa Rica el orden público internacional con respecto a las uniones de personas del mismo sexo cambió en los últimos años, debido a los grandes reconocimientos que se han llevado a cabo en el país a nivel institucional y jurídico. Hoy, el Derecho Internacional Privado costarricense, demuestra que estas uniones homosexuales deben reconocerse en nuestro ordenamiento jurídico y regularse como tal.

II. OBJETIVOS

A. GENERAL

- Determinar los cambios que ha sufrido el orden público internacional en Costa Rica y la implicación de ello en el ordenamiento jurídico costarricense.

B. ESPECÍFICOS

- Investigar el desarrollo histórico de las relaciones familiares en la sociedad y el derecho.
- Analizar el desarrollo de la figura del matrimonio en el derecho costarricense y el derecho internacional privado.
- Identificar los conceptos necesarios del derecho internacional privado para el desarrollo del tema.
- Definir propiamente que se entiende por orden público internacional en el Derecho Internacional Privado.
- Examinar la jurisprudencia de tribunales internacionales sobre la materia.
- Identificar la normativa y los reconocimientos institucionales de derechos de las parejas de personas del mismo sexo en Costa Rica
- Resolver propiamente, según lo que establece el Derecho Internacional Privado costarricense, los tres casos hipotéticos que se plantearán en la metodología del presente trabajo de investigación.

III. METODOLOGÍA

El método de investigación jurídica sobre el cual este trabajo final de graduación se basará, principalmente es en el análisis de los siguientes tres casos hipotéticos: 1) una pareja de mujeres españolas, casadas en España, se separan y una de ellas se viene a vivir a Costa Rica. La que permanece en España, decide demandar; 2) una pareja de hombres estadounidenses, casados en el estado de Massachusetts, se divorcian en los Estados Unidos y, en la sentencia de divorcio, el juez declara una serie de bienes ligados con Costa Rica, entre ellos una propiedad en Hacienda Pinilla, como bienes gananciales, y 3) una pareja de hombres argentinos contraen matrimonio en Argentina y se mudan a Costa Rica, ya establecidos en el país, deciden divorciarse.

Asimismo, se utilizará una metodología descriptiva analítica que se apoya en los siguientes métodos de trabajo:

A. Análisis histórico y doctrinario

Este se realizará con base en el estudio de lo que han aportado, sobre la materia, los autores que mayor desarrollo han ofrecido al tema en cuestión. Con base en esto, se tendrá una amplia perspectiva sobre lo que implican los conceptos de familia y matrimonio, al comprender su desarrollo histórico y, específicamente, lo que los términos implican en la actualidad. Además, también se utilizará el análisis doctrinario para estudiar y exponer los principales conceptos del derecho internacional privado, los cuales se requerirán para profundizar y analizar el tema. Finalmente, las fuentes que se utilizarán para este análisis serán libros, revistas, artículos e información fiable encontrada en Internet como lo son documentos electrónicos.

B. Análisis legal y reglamentario

El análisis legal donde se basará este proyecto, será sobre las siguientes leyes: Constitución Política de Costa Rica, Código de Familia, Código Civil, particularmente su capítulo de normas de Derecho Internacional Privado, Código Penal y Ley General de la Persona Joven.

También se utilizarán para esta investigación tratados internacionales, especialmente los relacionados con Derechos Humanos, tal y como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José y la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, así como también otros tratados ratificados por Costa Rica en materia de Derecho Internacional Privado, como el Código de Bustamante. Para finalizar, también se analizarán reglamentos y directrices emitidos por entes e instituciones públicas tal y como la Caja Costarricense del Seguro Social y el Poder Ejecutivo.

C. Análisis jurisprudencial

Este se basará en un estudio analítico de una serie de fallos emitidos por tribunales nacionales e internacionales. En primer lugar, se analizarán varios fallos de la Sala Constitucional, así como también un fallo reciente del Juzgado de Familia de Goicochea. Por otro lado, se examinarán, de igual forma con amplio detalle, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Atala Rifo vs. Chile*, la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Obergefell vs. Hodges*, entre otras de tribunales como la Corte Europea de Derechos Humanos.

CAPÍTULO PRIMERO:

DESARROLLO GENERAL DE LA FIGURA DE LAS UNIONES FAMILIARES Y SU CONCEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Previo a iniciar el desarrollo del tema de investigación, resulta indispensable tener claro una serie de conceptos jurídicos básicos relacionados con las uniones familiares.

I. DESARROLLO CONCEPTUAL DE LAS PRINCIPALES FIGURAS JURÍDICAS DE UNIONES FAMILIARES EN EL DERECHO

Sin duda alguna, para profundizar en un tema relacionado con las uniones familiares, se debe definir la figura esencial de estas: la familia. Asimismo, surgen otros conceptos jurídicos pertinentes en la presente discusión, como: matrimonio, uniones de hecho y relaciones de personas del mismo sexo, conceptos que también son necesarios exponerlos antes de analizar a fondo el asunto.

A. FAMILIA

Tradicionalmente, se ha dicho que familia es la que comprende a todos los sujetos vinculados por parentesco o por matrimonio (Bossert 2011, 328-329). Sin embargo, el término familia es un concepto muy amplio y no existe como tal, una definición absoluta del mismo; pues familia tiene distintos significados, según la materia o el punto de vista desde la cual se discuta o estudie. Para los propósitos de esta investigación, se estudiará el concepto de familia, en primer lugar, en sentido amplio. Luego, se analizará desde las disciplinas de la sociología, la psicología, y la teología, en este caso, católica y, para finalizar, desde la jurídica.

La Real Academia Española define a la familia como un “*grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*”, un “*conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje*”, o un “*conjunto de personas que comparten alguna condición*”, entre otras definiciones (Real Academia Española *n.d.*).

Según Belluscio, se señalan tres conceptos distintos de familia. En primer lugar, está la familia en sentido amplio, la cual se refiere al conjunto de personas con las cuales existe una relación de parentesco. Luego, en segundo lugar, se encuentra la familia en sentido restringido, la agrupación formada por padre o la madre y los hijos que viven con ellos. Por último, está la familia en sentido intermedio, el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad de su dueño (Belluscio 1996, 5).

Modernamente, sin embargo, se ha argumentado que las definiciones de familia basadas en la capacidad, aunque sea esta abstracta, de procreación o socialización de la prole, dejan de lado aspectos importantes, los cuales forman parte de las relaciones familiares (Medina 2001, 20-21).

La familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales en conjunto. Es la comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, la cual promueve una determinada distribución o división del trabajo interno, en cuanto a las actividades materiales que permiten la subsistencia, desarrollo y comodidades de los miembros del grupo familia referido. De esa misma forma, también implica el intercambio solidario fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral afectivo, para procurar así la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno de sus miembros (Medina 2001, 21).

Se considera que, por familia, hoy se entiende una pareja o agrupación de personas permanente, estable, comprometidos, como resultado de una unión voluntaria y amorosa, que cumpla con la función de proteger a sus integrantes y transformarlos en una sola entidad solidaria para sus tratos con la sociedad (Medina 2001, 21).

Resultaría erróneo entonces restringir en la actualidad el concepto de familia al grupo humano que tiene en común vínculos parentales o matrimoniales; pues por ejemplo, esto excluiría las familias extramaritales sin hijos, las cuales son relaciones que han venido a ser reconocidas a nivel legislativo y jurisprudencial por la figura de unión de hecho en virtud de las exigencias reales de la sociedad (Medina 2001, 23).

Por su parte, la sociología ha entendido el concepto familia como el “*conjunto de personas unidas por lazos de parentesco. Los lazos principales son de dos tipos: vínculos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente, como el matrimonio y vínculos de consanguineidad, como la filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre*”. (Barboza Topping 1997, 109).

Asimismo, la sociología también considera que la familia es el marco donde se realiza la primera socialización del individuo en una sociedad y, además, funciona como el fundamento de la misma. Para la sociología, la familia no es un ente aislado, ni una estructura rígida, sino más bien una figura flexible y vulnerable a cambios sociales. “*Es la emanación a nivel social, de aquellos requisitos naturales sin los cuales no podría existir la sociedad y en consecuencia, tampoco la humanidad*”. (Rodríguez Corrales and Segnini Cabezas 2009, 55).

Por otro lado, para la psicología, familia es “*un grupo básico creado por vínculos de parentesco o matrimonio presente en todas las sociedades*” (Rodríguez Hidalgo 2008). Es una imagen y un ejercicio de la vida humana que debe caracterizarse por sus relaciones de intimidad, solidaridad, tolerancia y duración; por lo tanto, se establece como agente estabilizador. Considera la psicología que también representa un factor de causa, predisposición y contribución para el desarrollo emocional e intelectual de sus miembros (Wong Quiros 2012, 37).

En cuanto a la teología cristiana, “*la familia cristiana está fundada en el sacramento del matrimonio, entre un varón y una mujer, signo del amor de Dios por la humanidad y de la entrega de Cristo por su esposa la Iglesia* (V conferencia general del Episcopado Latinoamérica y del Caribe 2007).” Además “*la familia es el fundamento de nuestra sociedad, al ser las relaciones entre familia y la sociedad sumamente estrechas; en estas relaciones se da la formación moral, cultural y religiosa de los hijos. La familia es una unidad espiritual, es un orden sacral, íntimo, en el que el marido y la esposa no se pertenecen a sí mismo sino que la familia le pertenece a Dios*”. (León Mora and Saénz Umaña 1997, 126).

Finalmente, desde el punto de vista jurídico, familia ha tenido diversos significados y es un concepto que ha evolucionado y cambiado para reflejar los cambios sociales y culturales en cada sociedad.

Alberto Brenes Córdoba, citando a Carbonnier señala que familia es el “*conjunto de personas ligadas por el matrimonio o la filiación, o bien como individuos vinculados por lazos de consanguinidad o afinidad resultantes a la vez de las relaciones matrimoniales o paterno filiales*”. (Brenes Córdoba 1984, 11). Por otro lado, Mounier ha definido la institución de la familia en el derecho como “*una comida natural de personas; es pues superior al Estado, que no es más que un poder de jurisdicción. Sus derechos, posteriores a los de sus miembros, son anteriores a los del Estado en todo lo que respeta a su existencia como comunidad y al bien de sus miembros como personas*”. (Wong Quiros 2012, 37-38).

Como ya se indicó anteriormente, el concepto familia ha evolucionado de su significado tradicional y la legislación y jurisprudencia, tanto en Costa Rica como en otras jurisdicciones, lo han reflejado; por ello han extendido y ampliado el alcance de esta y la protección que merece por parte del Estado y el ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Argentina ha señalado que la protección de la familia alcanza a los núcleos familiares no surgidos del matrimonio. De la misma forma los tratados de derechos humanos, así como las normas constitucionales, indican que la protección de la familia debe estar enfocada en la familia real; es decir, a la que funciona como tal en la sociedad y puede tener o no origen en el matrimonio (Bossert 2011, 328-329).

En España, por otro lado, la exposición de motivos de la proposición de Ley de medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho, dice lo siguiente: “*El artículo 39 de la Constitución española indica la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En este artículo no existe referencia a un modelo de familia determinado ni predominantes, lo que hace necesario una interpretación amplia de lo que debe entenderse por familia consecuentemente con la realidad social actual y con el resto del artículo constitucional referido a la persona*”. En este contexto, la libertad significaría permitir que los individuos puedan optar, para

formar una familia, por cualquier medio que les permita el libre desarrollo de su personalidad (Medina 2001, 21-22).

Los órganos jurídicos de los Estados Unidos, por su parte, también han reflejado esta evolución del concepto jurídico de familia. Un fallo dictado en marzo de 1999 por la Corte Civil de Nueva York, señala cuáles son los factores relevantes que se deben tener en cuenta para determinar si existen relaciones familiares entre dos personas: “a) *la longevidad de la relación; b) el compartir los gastos hogareños y otras expensas; c) el hecho de que las finanzas se encuentren confundidas por cuentas bancarias conjuntas, copropiedad sobre bienes personales o reales, o tarjetas de crédito; el hecho de que realicen actividades familiares, que dividan sus roles en la familia, y que se muestren públicamente como tal; e) el hecho de que formalicen obligaciones legales recíprocas por medio de testamento, poderes, pólizas de seguros, o el realizar declaraciones que evidencian su calidad de pareja doméstica; f) el hecho de que se ocupen de los familiares de su pareja como si ellos fueran su familia por afinidad*”. (Medina 2001, 22).

Por último, cabe mencionar que en Costa Rica, como posteriormente se analizará, la legislación y la jurisprudencia han reflejado también estos cambios sociales que han hecho que el significado de familia haya evolucionado. Sin duda alguna, el ejemplo más claro de esto sería el surgimiento de la figura jurídica de la unión de hecho, la cual regula a las parejas extramatrimoniales, quienes a pesar de no estar casadas, el legislador y la jurisprudencia, consideraron que son familias y, por ende, merecen la cobija del Estado y la Ley.

En virtud de todo lo anterior y para efectos de esta investigación, se entenderá por familia como el grupo de personas que conviven en una relación que se caracteriza por la solidaridad, en la función de afectividades y lazos emocionales, así como también en las actividades materiales que permiten la subsistencia, el desarrollo y la comodidad de sus miembros.

B. MATRIMONIO

La Real Academia Española define el matrimonio de distintas formas, según el tema dentro del cual se estudie. En primer lugar, lo establece como la “*unión de hombre y*

mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses". Por otro, desde el punto de vista católico, agrega que el matrimonio es el "sacramento por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la iglesia". Por último, también define matrimonio como el que "en determinadas legislaciones, [es la] unión de dos personas del mismo sexo concertada mediante ciertos ritos o formalidad legales para establecer y mantener una comunidad de vida e interés". (Real Academia Española n.d.).

Más allá de una definición específica para matrimonio, para este proyecto de investigación lo que más interesa es comprender la naturaleza del mismo. Adame Goddard en su obra *La Naturaleza y la Justicia del Matrimonio*, considera la figura del matrimonio como una unión resultante de una amistad entre varón y mujer, que como alianza pública y en virtud de su justicia, propone y exige deberes recíprocos a cada cónyuge (Adame Goddard 2006, 1).

El matrimonio, para todo efecto, es una relación entre personas y como toda relación está compuesta por una serie de comportamientos voluntarios, libres y recíprocos entre las personas que componen dicha relación (Adame Goddard 2006, 2).

Según Aristóteles, resulta esencialmente una amistad natural entre varón y mujer, ya que todo matrimonio implica una voluntad benevolente recíproca de hacerse bien uno a otro (Adame Goddard 2006, 5). Esta amistad matrimonial procura entonces el bien integral del otro, como forma de amistad superior, la cual implica que se reconozca a la otra persona como una individuo con la misma dignidad que la propia, de modo que merece ser amado por sí mismo (Adame Goddard 2006, 6).

Sin embargo, no se puede definir el matrimonio solamente como una relación; pues este también significa una unión como el resultado de la amistad que se genera entre hombre y mujer y cuyo fin, es el bien pleno del otro (Adame Goddard 2006, 8). Esta perspectiva del matrimonio como unión fue la que prevaleció en la antigüedad hasta la Edad Moderna. Autores de la época utilizaron esta concepción, tal y como Ulpiano en su obra el Digesto, o Santo Tomas de Aquino, quien se refirió a esta como la esencia misma del matrimonio (Adame Goddard 2006, 9).

Además de ser una unión como fruto de una amistad entre los cónyuges, también se dice que el matrimonio es una alianza pública, la cual se celebra mediante una ceremonia formal, en donde tanto el varón como la mujer manifiestan públicamente su voluntad de casarse y presentarse como esposos ante la comunidad. Esta publicidad tiene la finalidad de asegurar la voluntad de los individuos de entregarse uno al otro, para asumir así un compromiso tanto con el consorte como con la comunidad, quien debe su interés al matrimonio, por la naturaleza propia del mismo y su capacidad procreadora, la cual implica el futuro de la comunidad. (Adame Goddard 2006, 10).

Asimismo, desde la perspectiva del matrimonio como alianza pública, se generan deberes recíprocos con la comunidad, así como también entre los cónyuges. La pervivencia de la unión matrimonial es de interés de la comunidad, por ser este la manifestación de amistad más plena, modelo de toda armonía y solidaridad social, así como también por la procreación y formación de los hijos de los cuales depende el futuro de la comunidad (Adame Goddard 2006, 11).

Ahora bien, en cuanto a los deberes entre los cónyuges y con la comunidad, estos responden a un ideal de justicia del cual naturalmente está imbuido el matrimonio. Estos deberes se identifican de dos formas distintas. En primer lugar, están los deberes de justicia natural, como por ejemplo la comprensión que debe tenerse entre esposos. Mientras, por otro lado, surgen los deberes reconocidos por el ordenamiento jurídico, los cuales son judicialmente exigibles como por ejemplo el pago de alimentos (Adame Goddard 2006, 11).

En virtud de lo anterior y de acuerdo con Augusto Cesar Bulluscio, se podría establecer las características del matrimonio como las siguientes:

- i) **unidad**, dada por la comunidad de vida sometida a los esposos, el vínculo matrimonial;
- ii) **monogamia**, unión de un solo hombre con una sola mujer;
- iii) **permanencia**, se contrae con la intención de mantenerse, perdurar y tener la estabilidad asegurada por la ley, y
- iv) **legalidad**, desde dos aspectos, desde la celebración del matrimonio según la forma establecida por la ley, o bien por los derechos y deberes

que de él surgen para forma un estatuto legal forzoso, del cual no se pueden apartar (Bulluscio 1979).

Continúa Bulluscio al señalar que para la celebración del matrimonio entonces es necesario cumplir con una serie de requisitos de validez y legalidad, entre ellos la diversidad de sexo de los contrayentes, el consentimiento de los mismos y la expresión de este último ante la autoridad oficial (Adame Goddard 2006).

C. UNIÓN DE HECHO

Tradicionalmente, a la unión de hecho o unión extramatrimonial, se le ha conocido como concubinato, según el Diccionario de la lengua española, significa comunicación o trato de un hombre con su concubina, esta es la manceba o mujer que vive o cohabita con un hombre como si este fuera su marido (Bossert 2011, 2).

Por muchos años, al concubinato y las uniones de hecho se les desprestigió, en buena medida, por razones religiosas; pues se consideraba que quienes las conformaban vivían en pecado. De ahí que el término concubinato ha tenido una carga peyorativa y se le ha visto como una situación inferior al matrimonio. En la actualidad, sin embargo, las uniones extramatrimoniales se reconocen y son definidas como la unión estable y permanente de dos personas que, sin estar unidos por matrimonio, mantienen comunidad de habitación y vida de modo similar a la existente entre los cónyuges en un matrimonio (Bossert 2011, 3).

La unión de convivencia o de hecho es una figura que se asemeja mucho al matrimonio, ya que comparten la mayoría de sus elementos configurantes (Lloveras and Salomón 2009, 380). Sin embargo, Alberto Brenes Córdoba señala que la diferencia básica entre la unión de hecho y el matrimonio es que esta última existe y surte efectos desde el momento cuando la pareja contrae nupcias hasta que estas terminen; mientras en la unión de hecho, se necesita cierta permanencia de la pareja para distinguirse de una simple relación pasajera, por lo cual no se producen efectos hasta después de cierto tiempo establecido (Wong Quiros 2012, 56).

Propiamente, se consideran como elementos integrantes del concubinato, las siguientes características:

- i) **cohabitación, comunidad de vida y de lecho:** característica principal que distingue una unión de hecho de una mera relación de circunstancia. Cohabitación implica que los individuos que conforman la unión de hecho comparten un domicilio común, en donde llevan a cabo una comunidad de vida. Es decir, posibilita que la pareja comparta la vida en todos los aspectos que determinan situaciones, las cuales requieren consideración y solución por parte del derecho, como por ejemplo, alimentos, responsabilidad entre los proveedores del hogar común, etc. (Bossert 2011, 5). Además, cuando se habla de comunidad de vida no implica que deban compartir lo que hacen los concubinos en sus actividades individuales, pero si lo que atañe a lo que en el ámbito matrimonial es común a los cónyuges (Bossert 2011, 6). Finalmente, aparte de la comunidad de vida y habitación, también debe haber comunidad de lecho; es decir, la existencia de relaciones sexuales o, al menos, la apariencia de ellas, entre los sujetos, dado el modo íntimo en que comparten la vida (Bossert 2011, 7);
- ii) **notoriedad:** la unión en comunidad de lecho, de habitación y de vida, debe ser pública notaria y no debe ser ocultada por los sujetos (Bossert 2011, 7);
- iii) **singularidad:** la totalidad de los elementos que constituyen el concubinato deben darse solamente entre los dos sujetos, pero no se destruye la singularidad por el hecho de que alguno de dichos elementos se dé entre uno de los concubinos y otro sujeto, en la medida en que ello resulte posible, como por ejemplo, no se destruye la singularidad si el concubino o concubina mantiene momentáneamente o aun en caso de ser prolongado, una relación sexual con otra persona (Bossert 2011, 9);
- iv) **permanencia:** la relación de los concubinos no puede ser momentánea, ni accidental, sino duradera a tal punto que, faltando esta modalidad, resultaría inaplicable casi la totalidad de los efectos, los cuales se pueden adjudicar a la unión de hecho (Bossert 2011, 10), y
- v) **existencia de impedimentos matrimoniales:** debe haber ausencia de impedimentos matrimoniales en los sujetos que componen la pareja. Los impedimentos matrimonial existen; pues la Ley ha tomado en cuenta tanto el interés individual de los contrayentes como también de la sociedad, ya que se

procuran evitar, por ejemplo, nacimientos de individuos con problemas o defectos físicos o mentales. Se busca, con este elemento, preservar la institución matrimonial (Bossert 2011, 13).

Por último, es importante señalar que para un sector de la doctrina, la unión de hecho se podría entender como una sociedad de hecho. Sin embargo, este concepto resulta inapropiado; pues puede generar confusiones en el régimen societario establecido por las Ley. Además, las uniones de hecho no conforman una sociedad de hecho de índole comercial, ni de tinte civil, sino son una convivencia fáctica con determinados efectos jurídicos con ciertas consecuencia en la Ley (Lloveras and Salomón 2009, 385).

D. UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Sin lugar a duda, resulta imprescindible conceptualizar las uniones de personas del mismo sexo para diferenciarlas propiamente (Medina 2001, 31). Las uniones de personas del mismo sexo, ya sea por medio de unión civil o de hecho, procuran que se reconozca a nivel social, cultural y jurídico, la relación de convivencia existente entre dos personas del mismo sexo, con los mismos requisitos y efectos que están establecidos para las uniones entre personas de sexo distinto (Cortés Hernández n.d., 24). Sin embargo, por la naturaleza propia de estas uniones y, como se observará en esta sección, las uniones de personas del mismo sexo tiene sus particularidades y especificaciones que las diferencia de las uniones heterosexuales.

Como ya fue estudiado anteriormente, la diferencia básica entre las uniones de hecho y el matrimonio o las uniones civiles, es que estas últimas surten efecto desde el momento en que se contraen; mientras en las uniones de hecho resulta necesario que un determinado periodo transcurra para iniciar el proceso de reconocimiento.

Asimismo, también cabe recordar que la existencia o el reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo ha sido negada por muchos años, por parte de los distintos sistemas legales de diferentes países. Es reciente que dichas uniones se han reconocido jurídicamente en algunos ordenamientos jurídicos. Debido a esto, este tipo de relaciones por mucho tiempo han existido solamente de hecho, sin ningún tipo de reconocimiento legal. Por ello, para efectos de esta sección, se estudiarán las uniones de personas del

mismo sexo desde la unión de hecho, la única diferencia entre esta y la civil, es la aportada por Brenes Córdoba anteriormente.

Una de las primeras definiciones de las uniones de hecho que comprendía a las parejas homosexuales surgió en el Parlamento de Cataluña en 1994, por el Partido Iniciativa por Cataluña y el Grupo Socialista, cuando presentaron un proyecto de ley que pretendía regular las uniones de hecho homo y heterosexuales. En él se refirieron a la unión de hecho como aquella “*formada por aquellas personas que conviven maritalmente o en una relación análoga de afectividad con otra persona*”. (Medina 2001, 38).

La unión de hecho homosexual comparte con la heterosexual los cinco caracteres que conforman esta: estabilidad, publicidad, comunidad de vida o cohabitación, singularidad e inexistencia de impedimentos de matrimonio. La diferencia principal y natural entre estas dos figuras es que las uniones heterosexuales pueden engendrar naturalmente hijos biológicos de ambos miembros de la pareja, salvo excepciones, mientras que las homosexuales no (Medina 2001, 39).

Ahora bien, en cuanto a la característica de publicidad, cabe señalar que en las uniones de hecho homosexuales, esta puede que no sea tan explícita o abierta como los concubinatos heterosexuales, en virtud de los estigmas sociales que acarrea (Medina 2001, 47).

Asimismo, en el caso de la característica de inexistencia de impedimento de parentesco entre los individuos que conforman la unión; resulta importante aclarar que en el Derecho existe una gran polémica sobre si el concubinato puede celebrarse entre personas que tienen impedimentos para contraer matrimonio, o si solo existe concubinato cuando no existen dichos impedimentos (Medina 2001, 50), la mayoría de la doctrina y las leyes existentes sobre uniones homosexuales, tal y como los PACS en Francia, prohíben que estas uniones se den cuando existen impedimentos matrimoniales. En el caso de los PACS, estos indican que no puede reconocerse una unión de hecho homosexual entre individuos que son ascendientes y descendientes en línea recta, entre afines, en línea directa y entra colaterales hasta el tercer grado incluso, entre dos personas de las cuales al menos una esté comprometida en los vínculos de matrimonio y entre dos personas de

las cuales al menos una esté comprometida por un pacto civil de solidaridad (PACS) (Medina 2001, 51).

Aparte de las cinco características que las uniones de hecho homosexuales comparten con las heterosexuales, existen otras características propias:

- i) **imposibilidad de engendrar hijos comunes:** la pareja homosexual si bien puede tener lazos de afecto, solidaridad, estabilidad y cohabitación iguales a las de heterosexuales, no puede, biológicamente hablando, engendrar hijos comunes. De hecho, podrían concebir hijos con otras personas, o mediante técnicas de reproducción humana asistida, pero nunca van a poder tener hijos biológicos de ambos miembros (Medina 2001, 52);
- ii) **incapacidad para educar hijos con los roles de hombre y mujer diferenciados:** si bien está científicamente comprobado que la preferencia sexual no les impide a los homosexuales ejercer su rol paterno y materno, la pareja homosexual no puede brindar al niño los roles de padre y madre propios de una relación heterosexual (Medina 2001, 52-53), e
- iii) **incapacidad de la unión para la continuación de la especie:** como resultado de su incapacidad para engendrar hijos, la unión homosexual no tiene la aptitud para la continuación de la especie; pues esta se limita a la satisfacción de sus miembros en el desarrollo de su personalidad individual, pero no contribuye a la continuación de la especie en cuanto al hecho de que no pueden procrearse entre ellos (Medina 2001, 54).

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS RELACIONES FAMILIARES

Para entrar a desarrollar a fondo el tema del orden público internacional en materia de relaciones familiares, en especial a uniones de personas del mismo sexo se refiere, resulta imprescindible que se efectúe un análisis de cómo las relaciones familiares han evolucionado y se han desarrollado por medio de la historia de la humanidad, si se toma en cuenta que estas surgen prácticamente desde la aparición de la raza humana, hasta la época contemporánea.

A. FAMILIA Y SU INMENSA VARIEDAD SEGÚN LAS CULTURAS Y ÉPOCAS

“Las instituciones jurídicas no son estáticas, ni los conceptos tienen en Derecho significados unívocos”. (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 36). Un instituto jurídico, aunque tenga el mismo nombre, puede tener distintos significados según la época, el lugar o la cultura. La familia es un ejemplo claro de esto; pues es una figura universal para la raza humana, la cual tiene distintos significados y modalidades según la visión desde donde se estudie (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 36).

Asimismo, según lo plantea Yuval Harari en su libro *Sapiens*, los institutos y las jerarquías sociopolíticas no se han desarrollado con base en la lógica o la biología de la especie humana, sino que son una consolidación de una serie de eventos y necesidades respaldadas por los mitos y las creencias de cada época (Harari 2011, 161). Para entonces entender el desarrollo de la historia humana y sus institutos más esenciales, como las uniones familiares, resulta indispensable estudiar detalladamente los eventos, circunstancias y relaciones de poder que han transformado las estructuras sociales de cada época.

Sáenz Carbonell, en su libro *Elementos de Historia del Derecho*, cita la hipótesis planteada por el abogado y antropólogo Lewis H. Morgan y luego reproducida y desarrollada por el filósofo alemán Friedrich Engels, quien establecía que a partir de una época primigenia de plena comunidad sexual, el surgimiento de sucesivos tabúes llevó a que aparecieron diferentes tipos de familia (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 36-37).

El ser humano, a diferencia de otros animales, desde su aparición tuvo que acostumbrarse a vivir en comunidad para protegerse de otros animales. Debido a esto, desde épocas remotas, los humanos varones adultos debieron tener tolerancia recíproca entre ellos y evitar los celos. En aquellas épocas, todos los varones pertenecían a todas las mujeres y viceversa, sin importar si biológicamente eran padres, hijos, nietos, hermanos, ente otros (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 37). En aquel entonces, no existían relaciones de parentesco y prevalecía una **comunidad sexual obligatoria**; pues los miembros de la manada no podían negarse si eran escogidos por una persona como

compañeros sexuales. De ahí que entonces comportamientos que buscaban monopolizar sexualmente a unas personas eran rechazados por considerárselos contrarios a la supervivencia del grupo (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 37-38).

Eventualmente, la plena comunidad social fue rota por la aparición de un tabú en cuanto a las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes. Morgan definió a este tipo de familia como el primer tipo y la denominó **consanguínea**. En este tipo de familia, los grupos “conyugales” se clasificaban por generaciones y una persona solo tenía tres tipos de parientes: los antepasados, los descendientes y los hermanos-cónyuges. Las relaciones sexuales solo se permitían y eran obligatorias entre los hermanos o miembros de una misma generación, al igual que con la plena comunidad sexual (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 38).

Posteriormente, surgió otro tabú, esta vez con respecto a la relación sexual entre hermanos nacidos de una misma madre. A partir de entonces, las madres empezaron a distinguir a sus hijos biológicos y con el tiempo este tabú se extendió a todos los cognados o parientes que por vía uterina tuvieran antepasados en común. A este tipo de familia se le llamó **punalúa** (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 39) y con su aparición, surgió la gens matriarcal, que era el conjunto de descendientes por vía cognática de una antepasada común y, por ende, las herencias se efectuaban solamente por esta vía. De ahí que cuando un hombre moría, sus hijos no heredaban sus bienes, sino sus hermanas o los hijos de estas (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 40).

Conforme las familias y las manadas fueron aumentando su tamaño, empezaron a formarse parejas más o menos estables. Esto dio pie a un nuevo tipo de familia, llamado la familia **sindiásmica**. Usualmente, la convivencia de estas parejas empezaba por mutuo acuerdo de los interesados o sus familias. No había un rito especial o formal y las relaciones tendían a ser duraderas. Además, se podían disolver fácilmente, ya fuera por mutuo acuerdo o incluso por la mera voluntad de alguno de los convivientes (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 42). Cuando una pareja se disolvía, cada uno se queda con sus bienes personales y la mujer con los hijos; pues el parentesco

seguía siendo cognático y no existía interés alguno por determinar la paternidad biológica (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 42-43).

B. EL MATRIMONIO MONOGÁMICO INDISOLUBLE

Con la aparición y el desarrollo de la agricultura, la ganadería y la metalurgia, la importancia económica del hombre aumentó en forma desproporcionada; pues usualmente era el dueño de los animales, los esclavos y las herramientas, mientras que la mujer se mantuvo con los mismos bienes, tal y como los utensilios de cocina, los vestidos y los hijos. Sin embargo, como la línea hereditaria que se utilizaba era la cognática, los bienes del varón no se podían heredar a sus hijos, ya que no pertenecían a su gens según el modelo de familia sindiásmica. Quienes heredaban entonces eran sus hermanas o sus sobrinos (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 45).

Para poder cambiar esta situación, algunos grupos desarrollaron un sistema patriarcal, fundamentado en relaciones de agnación, o de parentesco basado exclusivamente en líneas masculinas. Debido a esto, surgió un nuevo tipo de gens llamada la gens agnática, la cual estaba formada por agnados o descendientes de un antepasado común por vía masculina solamente (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 45).

Este sistema patriarcal de parentesco impuso la monogamia femenina, con el propósito de asegurar la filiación de los futuros herederos; pues el hombre quería estar seguro que los herederos de su nombre y bienes fuesen biológicamente hijos suyos. Esto tuvo como consecuencia que la unión sindiásmica fuera reemplazada por el **matrimonio indisoluble o semindisoluble**, pero como lo que importaba era la fidelidad de la mujer, resultaba común –en este tipo de modelo familiar–, el adulterio del varón fuera autorizado o tolerado sin mayores problemas (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 46).

En la mayoría de las sociedades antiguas de esta época, las mujeres eran simple propiedad de los hombres, usualmente de sus padres, esposos o hermanos. De ahí que en el caso de una violación a una mujer, en muchos de los sistemas legales de la época, se le consideraba una violación a la propiedad y la víctima no era la mujer que sufría la violación, sino el hombre que era dueño de ella. La regla jurídica decretaba entonces que

en caso de violación, el violador debía pagar un precio de novia al padre o hermano de la mujer y comprar a la mujer que violó. (Harari 2011, 162).

Además, estas sociedades patriarcales también se caracterizaron por desarrollar un modelo dominador o androcático, en donde la autoridad se imponía no solo de varones a mujeres, sino también de varón a varón, usualmente mediante violencia física o amenazas, contribuidas en gran medida por el dominio de la metalurgia que dio pie a la fabricación de armas de hierro y el uso de caballos con fines militares (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 46).

Asimismo, este tipo de sociedades conllevaron un cambio en los valores sociales; pues se exaltaron unos como la fuerza física, la violencia “heroica”, la habilidad para la guerra, entre otros; mientras que los valores y los cultos originarios o asociados con las sociedades cognáticas o solidarias fueron erradicadas y sustituidas por credos de impronta patriarcal. Se impuso la jerarquización social, con la subordinación de la mujer al varón en primer lugar, así como también sobre otras personas y la humanidad como tal sobre otros seres vivos y la naturaleza (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 47).

En la mayoría de casos, estos cambios tomaron milenios y se llevaron a cabo en el sur de Europa, el Asia Menor, Irán y la India como consecuencia de las invasiones de los pueblos indoeuropeos (arios o kurios), que iniciaron hacia 4000 a.C. y en Canaán con la conquista hebrea hacia 1400 a.C. (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 47). Por otro lado, en China se efectuaron como resultado de fenómenos internos durante la dinastía Xia que reinó aproximadamente entre 2070 y 1600 a.C. (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 48).

En este modelo familiar era común que la decisión de contraer matrimonio la efectuarán los padres, sin la consulta del varón, en la mayoría de los casos y mucho menos de la mujer (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 48). Con la aparición de la sociedad romana, a este tipo de matrimonio monogámico se le denominó como *confarreatio* y eran uniones utilizadas y arregladas solamente por las familias patricias de la época. Se caracterizaban por ser sumamente serias, solemnes, de carácter religioso, a diferencia del *coemptio* o “compra recíproca”, la cual era el tipo de unión utilizado por

las clases plebeyas, en donde se acostumbraba que ambos esposos simulaban comprarse mutuamente con regalos y no requería de grandes gestos económicos (de Miguel n.d.). Quizás lo más interesante de estas uniones es que muchos se casaban por amor y no por imposición paterna, lo cual con la caída del Imperio Romano y el surgimiento del matrimonio católico, no se volvería a dar hasta fines del siglo IX y principio del XX (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 48).

A finales de la Edad Antigua, con la caída del Imperio Romano, la Iglesia Católica apareció como la figura principal de poder y el matrimonio sufrió algunos cambios importantes. En primer lugar, se empezó a concebir como una unión de iguales ante Dios. Se impuso la monogamia formal (a pesar de que también apareció la figura de amantes), se proscribió la consanguinidad y se reforzó su carácter indisoluble, el cual no vendría a ser verdaderamente cuestionado hasta el siglo XVI, cuando Enrique VIII de Inglaterra tuvo que crear una nueva religión para hacer su voluntad y divorciarse de su primera esposa para casarse varias veces más (de Miguel n.d.).

C. EL MATRIMONIO MONOGÁMICO DISOLUBLE

En el siglo XVI, con la reforma luterana, el matrimonio fue desacralizado y convertido en un contrato voluntario entre dos partes. Asimismo, la institución del divorcio se renovó y la figura del matrimonio indisoluble se debilitó. Posteriormente, con la Revolución Francesa y la aparición del Estado moderno, la Iglesia perdió aún mayor poderío al aparecer el Estado laico (de Miguel n.d.).

Asimismo, la aparición del modelo capitalista, la industrialización y otros fenómenos económicos, contribuyó a que el trabajo de la mujer fuera revalorado y esta adquiriera mayor independencia. Aunado a las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX que ampliaron los horizontes políticos de la época, la familia como tal sufrió grandes cambios. De ahí que en muchas sociedades occidentales, el matrimonio pasó de estar regulado exclusivamente por normas canónicas a ser normado por el Derecho estatal. Se establecieron las figuras del **matrimonio civil** y el **divorcio**, lo cual convirtió al matrimonio en **disoluble** (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 49).

A pesar de lo anterior, la sociedad capitalista y el Estado moderno continuaron siendo de naturaleza fundamentalmente androcática y de corte patriarcal (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 49).

Para finalizar, en los últimos decenios del siglo XX, se dieron grandes cambios en las estructuras familiares de las sociedades occidentales. Muchos ordenamientos jurídicos introdujeron normas para hacer más efectiva la igualdad de los cónyuges en el matrimonio, así como también se adoptaron medidas para mejorar el acceso de la mujer a funciones públicas y trabajos en condiciones similares al hombre. Asimismo, los hombres comenzaron a participar más en aspectos tradicionalmente vinculados a la mujer, como por ejemplo la crianza de los hijos o las labores del hogar (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 50).

D. UNIÓN DE HECHO PROTEGIDA POR LEY

La unión de hecho regulada por ley apareció por primera vez como concubinato en el derecho romano bajo su primer emperador, Octavio Augusto, quien buscó regular una situación frecuente en la realidad social de la época, al distinguir y despenalizar el concubinato, mediante requisitos y efectos, de las otras relaciones extramatrimoniales (Bossert 2011, 24).

Durante la época romana el concubinato se caracterizó porque debía ser entre personas solteras, o quienes no tuvieran relación de parentesco entre ellas. (Bossert 2011, 24) Asimismo, debía presentar el carácter de singularidad; pues no podía darse con más de una concubina. Se podía tomar como concubina solamente a mujeres de bajo rango y si una mujer honrada consentía a serlo, debía ser acreditado por un medio formal, en donde tenía que aceptar que perdía su posición en el medio social (Bossert 2011, 25).

A los hijos nacidos dentro del concubinato se les denominaba hijos naturales, mientras a los nacidos de otras uniones extramatrimoniales eran *spurii* o espurios y no tenían jurídicamente un padre, por lo tanto, no podían ser reconocidos (Bossert 2011, 26). Además, en tiempos de Justiniano, se legalizó el procedimiento para que los hijos naturales fueran reconocidos por el matrimonio subsiguiente de sus padres y luego, se

estableció la obligación alimentaria en su favor, así como también ciertos derechos hereditarios, incluso hasta para la concubina (Bossert 2011, 27).

Para todo efecto, el concubinato se diferenciaba del matrimonio en épocas del Imperio Romano, porque no mediaba para el surgimiento del vínculo como requisito indispensable el cumplimiento de formalidad alguna (Bossert 2011, 26).

En cuanto al derecho canónico, este siempre contempló la figura del concubinato desde su inicio; pues era una realidad social por lo cual antes de sancionarlo, se buscó regularlo, concederle efectos y, por medio de ellos, proteger la monogamia y la estabilidad de la relación de pareja (Bossert 2011, 27). Muchos doctrinarios del derecho canónico reconocieron el concubinato siempre y cuando este fuese monogámico y con carácter de perpetuidad, lo cual prohibía que el hombre tuviera más de una concubina o tuviera concubina y esposa (Bossert 2011, 27-28).

Sin embargo, a finales del siglo XV, con la pérdida del poder de la Iglesia Católica debido al movimiento renacentista de la época. En 1563, en el Concilio de Trento, el matrimonio “presunto” fue prohibido sin excepción alguna, así se buscaba la obligatoriedad de contraer matrimonio ante cura párroco, en ceremonia públicas, con dos testigos, proscribiendo el concubinato e incluso penando severamente a quienes no cesaran su relación (Bossert 2011, 29).

Con la aparición del Estado moderno en Europa durante el siglo XVIII, el concubinato, debido a la gran influencia del derecho canónico, continuó siendo invalidado. Por ejemplo, el Código Napoleón ignoró por completo el concubinato y se abstuvo de regular sus efectos. Durante el siglo XIX, en Francia, fue la jurisprudencia quien durante una lenta y compleja elaboración fue resolviendo los problemas concretos que aparecieron debido a la inexistencia de la figura del concubinato (Bossert 2011, 30).

No fue hasta que finalizó la Primera Guerra Mundial a inicios del siglo XX, cuando se empezó a promulgar leyes vinculadas con la materia, pero fue la jurisprudencia la que continuó realizando la labor más valiosa en el tema (Bossert 2011, 31).

E. UNIÓN DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Los primeros registros de relaciones entre parejas del mismo sexo datan hacia las civilizaciones antiguas de la humanidad. En la China antigua, particularmente en la provincia meridional de Fujian, el sexo entre hombres era permitido e incluso se celebraban ceremonias entre hombres y jóvenes, las cuales duraban un número limitado de años y finalizaban cuando el hombre ayudaba al más joven a elegir una esposa y formar una familia (Hinsch 1990, 24-25).

Por otro lado, en la Europa Clásica, algunas de las sociedades romanas y griegas permitieron y celebraron las relaciones entre personas del mismo sexo. En la antigua Grecia las relaciones homosexuales entre hombres no solo eran consideradas legítimas sino socialmente constructivas. En la *Ilíada*, por ejemplo, nunca se mencionada que Thetis tenía objeción alguna a la relación de su hijo Achiles con Patroclo. De igual forma, la Reina Olympia de Macedonia, quien era conocida por ser una de las mujeres más temperamentales y determinadas del mundo antiguo e incluso asesinó a su propio esposo el Rey Philip, no le molestó cuando su hijo, Alejandro Magno, trajo a su amante Hephaestion a cenar a su casa (Harari 2011, 164).

Por otro lado, existe documentación de matrimonios entre hombres en el Antiguo Imperio Romano, sin embargo, con el auge de la religión católica en el siglo IV, se prohibió el matrimonio entre personas del mismo sexo (Boswell 1995, 80-85). Siglos más tarde, durante la Europa Medieval, las relaciones homosexuales no eran tan aceptadas, aun así, existe documentación de matrimonios entre hombres. El primero de ellos fue en España en el siglo XI y el segundo en Estambul, en donde se encontró una tumba monumental de dos caballeros de la Cámara Real de Ricardo II, sir William Neville y sir John Clanvowe, quienes murieron en octubre del 1391 (de Santerre n.d.). Este tipo tumbas se utilizaban en la época para las parejas casadas, por lo cual varios historiadores especulan que estos hombres mantenían un vínculo homosexual.

En América, los primeros registros de uniones entre parejas del mismo sexo se encuentran en los siglos XVI y XVII entre bucaneros y piratas de la época, quienes se unían formalmente por medio de un contrato denominado *matelotage*. En estas uniones los hombres unificaban sus propiedades, luchaban juntos y debían cuidarse el uno al otro en

caso de enfermedad. Asimismo, si uno de ellos moría, su compañero era quien heredaba todos sus bienes (Bohannon 1996, 56).

Por otro lado, también existen registros de uniones homosexuales en las sociedades americanas nativas, las cuales eran de carácter espiritual y se celebraban de manera formal entre un hombre y un joven, usualmente con características femeninas, quien asumía las obligaciones de la mujer en la relación. Con la llegada de los europeos al continente norteamericano y la expansión de las religiones monoteístas, el concepto matrimonial entre personas del mismo sexo perdió aceptación hasta desvanecer por completo en el siglo XIX.

La primera regulación legal de las uniones homosexuales aparecería hasta finales del siglo XX, cuando en 1987 en Suecia, se legalizaron las relaciones de facto homosexuales y dos años más tardes, en 1989, cuando Dinamarca permitió el registro de parejas del mismo sexo (Scherpe 2013, 83).

Por otro parte, Francia, en 1999, introduciría una institución, vigente al día de hoy, llamada *pacte civil de solidarité*, mejor conocida como PACS y es válida tanto para parejas hetero y homosexuales. Este régimen exige que se dé una ‘vida en común’ y ‘ayuda mutua y material’ entre sus contrayentes y sus efectos son muy similares a los del matrimonio francés, incluso comparten muchos de sus impedimentos, pero también diferenciándose en otros aspectos (Díez-Picazo 2007, 5).

Asimismo, en el 2004, otros países como Alemania y el Reino Unido, tomarían un camino similar al de Francia y, en vez de legalizar el matrimonio como tal, reconocerían a las parejas del mismo sexo por medio de figuras civiles parecidas a los PACS (Díez-Picazo 2007, 6).

Sin embargo, la primera regulación del matrimonio de personas del mismo sexo como tal no sería hasta el 2001, cuando Holanda lo legalizó. En esta ocasión, se modificó el Código Civil holandés para establecer que el matrimonio podía ser contraído por dos personas de distinto sexo o del mismo sexo. Es decir, la reforma fue una apertura de la figura del matrimonio a las personas homosexuales, con la especificación de que al menos uno de

los contrayentes debería ser ciudadano holandés o residente en Holanda y con la única excepción significativa que las parejas homosexuales no podían adoptar.

Dos años más tarde, en el 2003, Bélgica legalizó el matrimonio con una ley muy similar a la holandesa y a diferencia de Holanda, solo se requería que uno de los contrayentes fuera residente de Bélgica. Además, también se les permitió a las parejas homosexuales adoptar, aunque esto fue gracias a una reforma posterior (Díez-Picazo 2007, 3). Asimismo, durante la primera década del siglo XXI, continuarían otros países europeos legalizaron el matrimonio tal y como España en el 2005, Noruega y Suecia en el 2009 e Islandia y Portugal en el 2010 (Scherpe 2013, 84).

En el continente americano, el primer país en legalizar el matrimonio homosexual fue Canadá en el 2005. La iniciativa en este caso, a diferencia de los países europeos, provino de los jueces y no de los legisladores. En el 2003, varios tribunales provinciales canadienses empezaron a considerar que la exigencia tradicional de diversidad de sexo para contraer matrimonio era discriminatoria y, por ende, inconstitucional (Díez-Picazo 2007, 3). Sin tomar en cuenta a los Estados Unidos, no sería hasta el 2010 cuando Argentina, el distrito federal de México y, posteriormente en el 2011, otros estados mexicanos, legalizaron el matrimonio homosexual, que se vería avance en la materia en el continente (Scherpe 2013, 84).

En la actualidad, los países del continente que han legalizado alguna forma de unión entre personas del mismo sexo son Canadá, Argentina, algunos estados mexicanos (entre ellos el Distrito Federal), Uruguay, Chile, los Estados Unidos y sus territorios adscritos como Puerto Rico y Colombia.

En cuanto a los Estados Unidos, la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo ha transcurrido por un proceso sumamente interesante y extenso; pues en este país, el matrimonio es competencia estatal. El primer estado en legalizarlo fue Massachusetts con la sentencia del Tribunal Supremo de Massachusetts *Goodridge vs. Department of Public Health* de 18 de noviembre de 2003, en donde se consideró discriminatorio la exigencia tradicional de diversidad de sexos en el matrimonio.

A partir de entonces, otros estados empezaron a legalizar la figura, eso sí, bajo diferentes especificaciones, como por ejemplo, el estado de New Jersey, en donde el Tribunal Supremo de New Jersey en la sentencia *Lewis vs. Harris* de 25 de octubre de 2006, aclaró que es inconstitucional negar a las parejas estables del mismo sexo los derechos que la ley otorga al matrimonio civil, pero no es constitucionalmente exigible el reconocimiento oficial de esas parejas como matrimonio (Díez-Picazo 2007, 4).

Para el 2015, treinta y seis estados de los Estados Unidos, el Distrito de Columbia y otros territorios pertenecientes como Guam, ya habían legalizado el matrimonio homosexual, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos, con la sentencia *Obergefell vs. Hodges*, legalizó a nivel federal dicha figura. En esta resolución, la Corte Suprema consideró al matrimonio como un derecho fundamental de todo ciudadano estadounidense y, además, indicó que se estaban lesionando los derechos de un sector de la población, mientras se esperaba que la figura fuera regulada por medio del proceso democrático (*Obergefell v. Hodges* 2015). Este último punto, llama la atención cuando se considera que en el continente americano, los procesos de legalización del matrimonio igualitario se han llevado a cabo por medio del sistema judicial, a diferencia de los países europeos, en donde se ha debido a la incitativa legislativa.

III. CONCEPCIÓN DE LAS UNIONES FAMILIARES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En esta sección se estudiará el Derecho Internacional Privado (en adelante también ‘DIPr.’), sus elementos básicos, así como el desarrollo del concepto de unión matrimonial en la disciplina.

A. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. CONCEPTO Y CONTENIDO

El Derecho Internacional Privado es una disciplina jurídica que involucra los ordenamientos jurídicos de diferentes países (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 16). La doctrina argentina lo define como la “*rama del Derecho Internacional que tiene por objeto el estudio y la regulación de todas aquellas*

relaciones jurídicas que tienen uno o más elementos extraños a la órbita de la soberanía legislativa nacional (Zuccherino 1976, 9)”, o como la “rama del derecho privado cuyo objeto es el estudio y regulación de las relaciones jurídicas, en las que participan uno o más elementos ajenos a la soberanía legislativa local”. (Ballestra 1988, 11).

En reiteradas ocasiones, varios autores y doctrinarios han criticado el nombre de Derecho Internacional Privado; pues consideran que esta es una rama jurídica la cual no es en realidad ni Derecho Internacional ni tampoco Derecho Privado (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 19). Sin embargo, Carlos Arellano García en su obra *Derecho Internacional Privado*, considera que el nombre responde a *“‘Internacional’ por el tipo de normas jurídicas de más de un Estado que pretenden vigencia más allá de las fronteras del Estado en el que fueron creadas y que rigen simultáneamente a una misma situación concreta en virtud de elementos de sujeción (puntos de conexión) y advirtiendo que es ‘Privado’ porque excluye las relaciones jurídicas de Estados como entidades soberanas”*. (Arellano García 2011, 57). Sobre este último punto, Carrillo Salcedo, opina que lo que caracteriza como Privado al DIPr., no son las reglas de las cuales se vale ni las materias sobre las que versa sino sus destinatarios; pues no pretende regular las relaciones privadas individuales en el plano internacional, sino la vida de las personas (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 21).

En cuanto a su contenido, en la actualidad, la doctrina se ha inclinado por una concepción tripartita del Derecho Internacional Privado. Dicha concepción tripartita incluye las siguientes materias:

- i) ***“a) la competencia judicial internacional, que consiste en determinar en qué condiciones y bajo que principios los órganos que ejercen la función jurisdiccional tienen competencia para entrar a conocer y, en consecuencia, proceder a solucionar los problemas que suscitan una determinada “situación privada internacional;***
- ii) ***b) el Derecho aplicable, es decir, la determinación de cuál es el régimen jurídico aplicable a una situación privada internacional para resolverla sobre el fondo y,***
- iii) ***c) el reconocimiento y la ejecución de actos y decisiones extranjeras, es decir, los efectos que producen en un país los actos y decisiones extranjeras***

relativas a las situaciones privadas internacional, lo cual supone tratar de ver si la fuerza de un acto o decisión extranjera es capaz de sobrepasar la frontera del Estado que emana (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 22).”

2. DESARROLLO HISTÓRICO

El Derecho Internacional Privado encuentra su punto de partida a partir de una famosa glosa de Acursio, uno de los más famosos juristas de las etapas finales de la Escuela de los Glosadores, de un texto del Código Justiniano, del cual se planteó el desafío a la territorialidad absoluta del mundo feudal (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 29). A partir de ahí, no tardó en plantearse la posibilidad que un comunidad, la cual tuviera su propio estatuto o normativa, pudiera aplicar en sus tribunales, bajo ciertas hipótesis, el estatuto u ordenamiento de una parte extranjera (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 30).

Posteriormente, el Derecho Internacional Privado continuó su desarrollo con la Escuela de Posglosadores y con la Escuela Estatutaria, Italia de los siglos XIV y XV (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 30-31). Entre los siglos XVI y XVIII, bajo la Escuela Estatutaria Francesa, Charles Dumoulin planteó por primera vez el **principio de la autonomía de la voluntad**, el cual establece que para determinar el Derecho aplicable a los contratos, debe seguirse la voluntad de las partes, expresa o presunta. Asimismo, durante este periodo, en la Escuela Estatutaria Holandesa, se empezó a utilizar la expresión ‘**conflicto de leyes**’, la cual se popularizó en el Derecho anglosajón y, al igual que el principio de la autonomía de la voluntad, es un concepto básico y esencial del DIPr. (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 31).

Durante el siglo XIX, con el proceso de codificación, se determinó que las normas de Derecho Internacional Privado debían ser contenidas en los códigos civiles de cada país (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 32). Sin embargo, el desarrollo de la materia en esta época fue sumamente escueto y gracias a la vía jurisprudencial y los aportes doctrinarios esta disciplina floreció. Uno de sus más grandes contribuyentes fue el jurista alemán Federico Carlós Von Savigny, fundador de la Escuela

Histórica del Derecho (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 33), quien con sus aportes en cuanto a la idea de la comunidad de Derecho de las naciones y el de la sede o asiento jurídico de la relación, influyó el desarrollo del DIPr., tanto en Europa como en América Latina (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 35).

A finales del siglo XIX el Derecho Internacional Privado entró a una etapa de codificación. El primer intento fue en 1874 en la primera sesión del Instituto de Derecho Internacional de Ginebra, en donde se buscó hacer obligatorias ciertas reglas del DIPr., para asegurar la decisión uniforme de los conflictos entre distintas legislaciones (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 36). En años posteriores, la codificación de la materia continuó y, sin lugar a duda, el más relevante de las resoluciones fue el Código de Bustamante de la VI Conferencia Internacional Americana, celebrado en La Habana en 1928 (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 37).

En sus últimos años de desarrollo, en el DIPr. se ha presentado, cada vez con mayor frecuencia, el fenómeno de la dispersión jurídica, la cual se aleja de los esfuerzos de formar una sola codificación; pues ha resultado imposible formular reglas uniformes aceptables para un número elevado de países (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 38).

3. LAS RELACIONES JURÍDICAS SEGÚN SAVIGNY

Savigny estableció que el concepto de **relaciones jurídicas** es fundamental para el Derecho Internacional Privado. Él partía del supuesto que todos los sistemas jurídicos de los pueblos llamados civilizados, debían ser vistos en términos de absoluta igualdad y podían ser aplicados de igual forma. Para Savigny, la labor del juez consistía en que para cada caso, se debía decidir entre esos ordenamientos. Lo más importante, según el autor alemán, era que se examinara cuidadosamente la relación jurídica existente entre las partes, así como también el lugar donde esta encontraba su asiento, a partir de la voluntad explícita o implícita de las partes de dicha relación (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 33).

Savigny explicaba que la **norma en conflicto** es el instrumento que permite al Juez aplicar este principio de fungibilidad normativa, ya que por medio de la “*declaración de aplicabilidad*” del Derecho más vinculado con una relación particular, se puede ubicar un elemento concreto de la misma. A este elemento le denominó el “*punto de conexión*”, el cual sirve para encontrar la “*sede*” o el lugar donde esta encuentra asiento y así definir si aplica el derecho del foro o el derecho extranjero. Por medio de esta declaración, se rompe entonces con la identificación estatutaria entre ámbito de aplicación y coercibilidad del Derecho privado y se crea un nuevo vínculo primario, no entre el juez con su propio derecho sustantivo, sino con su sistema conflictual (Michinel Álvarez 2011, 24).

Sin embargo, Savigny también estableció dos excepciones a sus propias reglas: a) cuando la relación jurídica correspondiera al país del propio juzgador y su ordenamiento normativo estuviera bajo la influencia de leyes positivas rigurosamente obligatorias, o b) cuando hubiera instituciones jurídicas prohibidas en un país pero admitidas en otro, o que fueras desconocidas para el juez (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 34).

B. CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DE LOS PROBLEMAS DE ADAPTACIÓN

Como cualquier otra rama del Derecho, el Derecho Internacional Privado tiene una serie de conceptos básicos y maneja una terminología propia, la cual es necesaria conocer al aplicarlo a un caso o una situación particular. Los siguientes términos son algunos elementos del Derecho Internacional Privado, fundamentales para resolver el planteamiento que propone esta investigación.

1. LA NORMA DE CONFLICTO

En la sección anterior se estudió el contenido del Derecho Internacional Privado y, como se pudo observar, uno de sus propósitos principales, sino su razón esencial de ser, es resolver los conflictos de leyes, que son los problemas de determinación de la ley aplicable (también conocida en latín como la *lex causae*) a las situaciones o relaciones de carácter privado que por estar en contacto con dos o más ordenamientos jurídicos, se

pueden calificar como internacionales. A partir de esto, nace el concepto de la norma de conflicto, que para todo efecto, es la norma que resuelve los mencionados conflictos de leyes (Obando Peralta 2013, 19).

Existen dos tipos de normas de conflicto: **unilaterales** y **multilaterales**. Las unilaterales establecen que la ley aplicable en un conflicto de leyes es únicamente la ley del foro (del latín *lex fori*), o el ordenamiento jurídico del país del tribunal ante el cual se plantea un caso de Derecho Internacional Privado (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 69); mientras las normas multilaterales establecen que la ley aplicable para un determinado conflicto de leyes puede ser la ley del foro o bien la ley extranjera. En Costa Rica, el método que prevalece en el Código Civil, es el unilateral, salvo algunas excepciones como el artículo 27 y 28, que utilizan el método multilateral (Obando Peralta 2013, 38).

En cuanto a las normas unilaterales, Obando Peralta señala que estas son incompletas, porque no dan una respuesta a situaciones reguladas por ellas cuando los actos o el contrato no fueron realizados en el territorio de la ley del foro, en este caso en Costa Rica. Esto implica que estos asuntos queden por fuera de cualquier regulación establecida; pues para todo efecto, por lo menos en el ordenamiento jurídico costarricense, no existe una norma de conflicto correspondiente, la cual le indique al juez cuál es la ley que deba aplicar. En los casos determinados donde esto ha ocurrido, la jurisprudencia ha aplicado principios generales del derecho para resolver el conflicto (Obando Peralta 2013, 38).

Por otro lado, cabe comprender que las normas de conflicto están conformadas por tres elementos fundamentales: la **categoría legal**, la cual es el objeto de la norma; el **punto de conexión** y la **ley aplicable**. El punto de conexión es el que conecta la situación de hecho con una solución legal dada por la ley que ha sido determinada como la *lex causea* (Obando Peralta 2013, 39) y, los habitualmente conocidos en las normas de DIPr., son:

- i) la **nacionalidad**, se define como el vínculo jurídico y político que une a una persona con un Estado en particular (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 62);
- ii) el **domicilio**, o a falta de este, y en determinadas circunstancias, la **residencia** (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 65-66);

- iii) la **situación**, o el ordenamiento propio del territorio donde se encuentren físicamente los bienes involucrados (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 66), y
- iv) la **voluntad**, la cual se refiere a la libre escogencia que hagan las partes, con base en el principio de autonomía de la voluntad, de la normativa que quieran aplicar a sus relaciones, siempre y cuando no esté expresamente prohibido por ley (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 67).

2. *EXEQUATUR*

Como ya se explicó anteriormente, una de las materias que el Derecho Internacional Privado comprende es la del reconocimiento y la ejecución de actos y resoluciones extranjeras. A este procedimiento se le conoce como *exequatur*, palabra latina que significa ‘*ejecútese*’ (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 98).

En Costa Rica, el *exequatur* es un proceso judicial breve realizado por la Sala Primera de la Corte Suprema y fue creado para reconocer los efectos legales de sentencias extranjeras, así como también resoluciones notariales relacionadas con procesos sucesorios y otros procesos no contenciosos similares. *A contrario sensu*, el *exequatur* en Costa Rica no aplica para decisiones administrativas, contratos privados, ni acuerdos privados de divorcio o separación (Obando Peralta 2013, 141).

Asimismo, el sistema que se utiliza en el país es el de revisión parcial; pues solo se examina si la sentencia fue dictada legalmente y si el fondo no afecta el orden público (Ortiz Martín 1969, 290).

Con respecto a que el fondo no afecte el orden público, el autor Obando critica la Sala Primera; pues señala que por medio de los años, en repetidos fallos, ha confirmado su interpretación de que esta restricción se refiere a orden público nacional y no internacional, lo cual ha causado una serie de inconvenientes, como por ejemplo: por años se ha impedido que se reconozcan en el país divorcios en el extranjero basados en causales diferentes a las del derecho del foro, en este caso sería el derecho costarricense (Obando

Peralta 2013, 142). Ya se hará referencia al tema del orden público y a esta crítica con mayor profundidad en la siguiente sección.

3. ORDEN PÚBLICO

El **orden público** es un concepto jurídico del Derecho Internacional Privado, que en determinadas circunstancias, limita la aplicación del derecho extranjero (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 80). Es un término, que por su naturaleza relativa y movediza (Ortiz Martin 1969, 23), *“no permite una definición precisa ya que su contenido es variable según las concepciones imperantes en cada comunidad, en cada tiempo y lugar”*. (Maris Biocca 2011, 125).

Savigny en su obra *El Derecho Internacional Privado* inicialmente introdujo el concepto, quien la concibió *“como una excepción al principio de la comunidad jurídica de las naciones, diciendo que la ley extranjera debe aplicarse, a menos que dicha aplicación sea contraria a las del orden social o moral, que son las leyes que él llamo prohibitivas o rigurosamente obligatorias”* (Ortiz Martin 1969, 22). Además, Savigny se refería al elemento de orden público como los límites locales a la aplicación de las reglas, límites dados por las leyes de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria, las cuales no están hechas con el único interés de las personas que sean titulares de los derechos, sino más bien tienen por base un motivo moral o de interés general (Maris Biocca 2011, 126).

De ahí entonces que la mayoría de los autores y la doctrina consideran que *“la noción de orden público es de competencia amplia y comprende no solo las normas de derecho público, sino también las que afectan los intereses generales, políticos y económicos (...)”*. (Maris Biocca 2011, 126).

Niboyet, interpretando lo establecido por Savigny, considera que el orden público es un remedio excepcional y la comunidad jurídica es un punto de partida para que surja la obligación de aplicar la ley extranjera (Maris Biocca 2011, 126). Esta aplicación requiere que no solo se dé una comunidad jurídica general o un grado de civilización similar entre los dos Estados, sino también sobre cada cuestión en particular y, respecto de cada institución, exista un mínimo de equivalencia de legislación. Como ejemplo de lo anterior, cita países que tienen una máxima comunidad jurídica entre ellos, pero que a

pesar de esto, al regular un determinado instituto como el matrimonio, no tienen el mínimo de equivalencia, tal y como en su época sucedía con el divorcio, el cual era admitido por unas legislaciones pero no por otras, hoy, como sucede con la unión legal entre personas del mismo sexo (Maris Biocca 2011, 127).

El orden público viene entonces a ser una excepción del Derecho Internacional Privado, el cual opera cuando la aplicación de un Derecho extranjero o la ejecución en un país de una decisión judicial extranjera resulta “*especialmente chocante de cara a ciertos principios y valores imperantes en el Derecho del foro, y se considera entonces contraria al orden público de este*”. (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 80).

Asimismo, como se vio anteriormente, es un concepto indeterminado que varía con el tiempo, tal y como sucedió en México, donde hasta el 2010, una adopción permitida por un Derecho extranjero a un matrimonio entre personas del mismo sexo era contraria a su orden público (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 81), pero a partir del fallo de ese año de la Corte Suprema de Justicia que declaró constitucional el derecho a las parejas del mismo sexo a adoptar, dejó de serlo (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 82).

Por otro lado, en Francia, si bien es cierto que la figura de la poligamia se considera contraria al orden público y, como consecuencia de ello, no se reconoce matrimonio alguno mientras el primero no se disuelva, el sistema jurídico francés, según el concepto de **efectos atenuados del orden público**, reconoció el derecho de la segunda cónyuge, abandonada por un musulmán polígamo, a recibir una pensión alimenticia (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 82).

Actualmente, la doctrina distingue entre normas de **orden público nacional** u **orden público internacional**. Las normas de orden público nacional son aquellas fijadas en la ley nacional, las cuales limitan la autonomía de la voluntad de las partes al celebrar actos y contratos jurídicos; mientras que las normas de orden público internacional representan los valores y principios considerados de fundamental importancia para la cohesión de una sociedad y su orden jurídico, y están contenidas en la Constitución del país que se trate y

los tratados internacionales que haya ratificado (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 82).

La autora Dreyzin de Klor en su libro *El derecho internacional de familia en la postmodernidad*, profundiza el concepto de orden público internacional y aclara que funciona bajo la hipótesis en que una norma extranjera, la cual resulta aplicable a una relación jurídica es excluida; pues de no ser así, se tendría un resultado contradictorio o inconsistente con algún principio fundamental de la ley del foro. Como ejemplo, cita el proceso que se debe llevar a cabo en un tribunal cuando se presenta una sentencia extranjera con el fin de que sea reconocida. En estos casos, el juez deberá constatar entre varios puntos y determinar que la sentencia no vulnera los principios esenciales que integran el orden público internacional del ordenamiento jurídico de dicho país (Dreyzin de Klor, 93).

Dreyzin de Klor continúa señalando que “*estos principios actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de normas e integran el derecho; informan e inspiran al legislador, orientan al juez y al interprete y fundamentan el orden jurídico. En suma, son la esencia de los respectivos derechos. Ahora bien, el orden público actúa como correctivo funcional de todos los elementos e intereses que están involucrados en el tráfico jurídico internacional y, con especial intensidad, como una defensa de la esencia de un país, de su orden social y jurídico*”. (Dreyzin de Klor, 93-94).

Finalmente, Obando Peralta en su obra *Private International Law in Costa Rica*, critica a la Sala Primera de Casación; pues considera que constantemente ha malentendido los conceptos de orden público nacional e internacional y, asimismo, ha aplicado el orden público nacional como la noción prevaleciente, de manera que sirva como excepción para aplicar normas del derecho extranjero que de otra forma serían aplicables. De este modo, la Sala Primera aplica leyes nacionales específicas, como si fueran normas imperativas, e impide directa o indirectamente la aplicación del derecho extranjero (Obando Peralta 2013, 54).

C. LOS CONFLICTOS DE LEYES DE MATRIMONIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La figura del matrimonio, en sus diversos aspectos, origina una serie de problemas en el Derecho Internacional Privado, principalmente por la diferencia de legislaciones que lo regulan en cuanto al fondo y la forma, que en múltiples ocasiones generan posiciones irreconciliables (Ortiz Martín 1969, 172). Entonces, se podría establecer que a mayor diferencia entre el Derecho material de cada Estado en relación con el matrimonio, mayor cantidad de conflictos de ley surgirán; pues resulta inevitable que las personas circulen de país en país en el mundo de hoy y, por ende, que se produzcan estos casos de indeterminación de la ley aplicable (Calvo Caravaca and Carrascosa González 2005, 25).

Estos conflictos de leyes de matrimonios internacionales no son una cuestión reciente para el DIPr.; pero lo que sí ha ido cambiando, han sido los temas sobre los cuales han versado dichos conflictos.

En el siglo XIX, por ejemplo, la mayoría de los conflictos se debían a disparidades entre legislaciones con el matrimonio civil. Para esta época, en Europa, no todos los Estados habían adoptado este tipo de unión que permitía el divorcio; más bien, mantenían únicamente vigente el matrimonio canónico. Un célebre caso que muestra esto ocurrió en la década de 1870, cuando una aristócrata con domicilio en Francia, la princesa de Bauffremont quería divorciarse de su marido francés. Como en Francia en ese entonces el divorcio no existía, se trasladó al ducado alemán de Sajonia-Alterburgo, donde este sí era permitido y se naturalizó como ciudadana del ducado. Luego, obtuvo el divorcio y se casó, en segundas nupcias, en Berlín con un príncipe rumano. Cuando intentó que en Francia le reconocieran los efectos jurídicos de este segundo matrimonio, su primer esposo se opuso y llevó el caso a las cortes francesas, las cuales declararon la pretensión de la princesa como inadmisibles, en virtud de que había cometido un fraude a la ley francesa (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 82); pues había mostrado una evidente intención de burlar la ejecución de la misma (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 83).

Por otro lado, en el siglo XX en Costa Rica, uno de los conflictos de leyes en casos de matrimonios internacionales más comunes, fueron los relacionados con causales de

divorcio. Ortiz Martín señala que en esos años, los tribunales en Costa Rica no admitían el divorcio pronunciado por tribunales extranjeros en matrimonios costarricenses, si no era por las causales que contemplaba la ley de Costa Rica de entonces. En múltiples ocasiones, esto generó por ejemplo, que no se reconocieran sentencias de divorcios de otros países en donde una de las partes eran ciudadanos costarricenses cuando la causal del divorcio no existía en el ordenamiento jurídico de Costa Rica. Ahora bien, en cuanto a los divorcios de extranjeros la regla era distinta:

“El derecho de los extranjeros de ocurrir a los tribunales del país donde están domiciliados debe ser el de que admitan las leyes del país del tribunal ante el que se sigue el litigio (lex fori) o que no estén en oposición con el orden público internacional, tal como lo entienden esas mismas leyes”. (Ortiz Martín 1969, 193).

Con respecto al punto del orden público internacional, Ortiz Martín realiza una crítica sobre la aplicación de esta restricción en los tribunales costarricenses, la cual es sumamente pertinente en la actualidad y, además, se relaciona con la ya mencionada crítica que realizó Obando Peralta sobre la confusión del término orden público nacional e internacional de la Sala Primera. Lo más interesante de esta observación de Ortiz Martín es que la hace bajo otro contexto y enfocado en el tema de *exequatur* de sentencias de divorcio, lo cual dimensiona el hecho que todavía sigue sucediendo básicamente lo mismo. Al respecto señala Ortiz Martín:

“Nos parece a nosotros que en estos casos se debería proveer legalmente a la Sala de Casación de una mayor amplitud de la apreciación del orden público, tendiente a respetar las legítimas resoluciones que otros países dictan para hacer justicia, que resultan inaplicables ante la apreciación, teñida generalmente de un extremoso sentimiento nacionalista de los tribunales, que se resisten, con reminiscencias atávicas, a dar paso a la aplicación de la ley extranjera”. (Ortiz Martín 1969, 292).

Hoy, en el DIPr, muchos de los conflictos de leyes ocurren debido al panorama legal tan disparejo existente entre las distintas regulaciones de los Estados con respecto al matrimonio de personas del mismo sexo. En Europa, principalmente entre los países de

la Unión Europea, estos conflictos han tenido gran relevancia en virtud de que se ha considerado que impiden o desmotivan la libre circulación intracomunitaria. Por ejemplo, una pareja homosexual española casada en España que se traslada a Irlanda, va a encontrarse con un ordenamiento que no le reconocerá con plenitud todos los efectos de esa unión (Calvo Caravaca and Carrascosa González 2005, 59-60). De ahí que se considera que estos conflictos tienen diferentes matices y modalidades, según sus características y particularidades y, por ello, se han propuesto diferentes soluciones las cuales vale la pena analizar.

En muchos países del continente europeo existe regulación para las uniones de parejas del mismo sexo; sin embargo, esta varía de país en país. En algunos, existe el matrimonio homosexual como tal, pero en otros fungen figuras similares a este pero con ciertas restricciones o particularidades, tal y como con los PACS en Francia o con los *Civil Partnerships* en el Reino Unido. De ahí que varios autores han sugerido que el matrimonio homosexual en otro país donde este no exista, pero surja alguna figura similar, sea 'equiparado' a la institución conocida, de forma tal que se pueda regular y admitir en el Derecho del Estado de destino (Calvo Caravaca and Carrascosa González 2005, 55). Esta solución presenta la ventaja de que evita que el matrimonio no sea 'cancelado', pero también, hasta cierto punto, 'desnaturaliza' algunos de sus efectos al equipararlo a otra figura distinta (Calvo Caravaca and Carrascosa González 2005, 56).

Otra propuesta que han aportado los autores en relación con este tema, es la del orden público internacional atenuado. Esta solución fue propuesta en forma inicial en el siglo XIX por los autores L. V. Bar y A. Pillet, quienes indicaron que las relaciones jurídicas legalmente nacidas y creadas en un país extranjero con arreglo a sus leyes, producen distintos efectos. Los efectos nucleares (la unión como tal reconocida ante el Estado) de estas situaciones jurídicas, entonces deben estimarse contrarias al orden público internacional del país cuya autoridad conocen del asunto, pero otros efectos periféricos (alimentos, pensión de viudedad, beneficios fiscales, filiación 'matrimonial' de los hijos, etc.) de dichas situaciones, no deben estimarse contrarios a tal orden público internacional.

Ciertos países, como Francia y España han acogido esta teoría y la han aplicado, especialmente en casos de matrimonios poligámicos celebrados en forma válida en otros

países (Calvo Caravaca and Carrascosa González 2005, 57). Si bien es cierto que esta propuesta presenta la ventaja de reforzar la seguridad jurídica de los particulares afectados, así como también evitar la desnaturalización de la figura al aceptar el escenario jurídico extranjero, como tal hasta donde sea posible, plantea el inconveniente de la distinción entre efectos nucleares y periféricos (Calvo Caravaca and Carrascosa González 2005, 58).

Por otro lado, cabe señalar que la normativa de muchos países, particularmente los europeos, prevén la posibilidad de que sus ciudadanos puedan contraer matrimonio ante las autoridades consulares de otro país. Este matrimonio consular solo es posible si se cumple una serie de requisitos. En el caso de España, por ejemplo, estos requisitos son: primero, uno de los contrayentes debe ostentar la nacionalidad española; segundo, al menos uno de los contrayentes esté domiciliado en la circunscripción consular correspondiente, y tercero, el Estado extranjero receptor del cónsul español no debe oponer a que este celebre matrimonios en su territorio (Calvo Caravaca and Carrascosa González 2005, 49).

A finales de 2014, un hombre inglés y un hombre dominicano contrajeron nupcias en el consulado británico en la República Dominicana. Esto como resultado de la entrada en vigor de la Ley británica "*Consular Marriage and Marriages under Foreign Law Order 2014*", la cual permite a los cónsules celebrar matrimonios, de acuerdo con la legislación británica, la cual si permite la posibilidad de que las personas del mismo sexo puedan casarse entre sí. Esta norma indica que, al menos uno de los cónyuges, debe ser británico para dar validez al matrimonio consular y los países en cuyo territorio se vaya a realizar, deben haber sido indicados previamente su anuencia con la celebración en su territorio con este tipo de uniones (Obando 2015).

En Costa Rica, la Procuraduría de la República, desde el Dictamen C-234-2014 del 11 de agosto de 2014, indicó que conforme señala la Convención de Viena, dichos matrimonios consulares y demás actos de registro civil no podrán ser realizados si se oponen o no son permitidos por el Derecho del Estado receptor, en Costa Rica no podrían realizarse este tipo de actos jurídicos, en virtud de que el matrimonio entre personas del mismo sexo no se encuentra permitido en el ordenamiento jurídico del país (Obando 2015).

Obando Peralta, en un comentario que realiza sobre la noticia y, específicamente sobre el criterio de la Procuraduría, critica la aplicación de, o mejor dicho la falta de, las normas de Derecho Internacional Privado al caso en estudio. Señala lo siguiente:

“Si bien es cierto, que el artículo 5.f de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares [citado por la Procuraduría] crea una remisión al derecho del país receptor para los actos de cónsules extranjeros, lo anterior no implica la aplicación inmediata de las normas sustantivas del Estado en cuestión. El cónsul debe además, aplicar las normas de derecho internacional privado del país, en éste caso de Costa Rica, en donde observará la solución que brindan las normas de conflicto para las situaciones privadas internacionales. Este paso fundamental para la solución apropiada del caso fue obviado por parte de la Procuraduría”. (Obando 2015).

Además, agrega que la obligatoria aplicación de las normas de conflicto del Código Civil costarricense, ofrecen una respuesta diferente a la de la Procuraduría; pues el artículo 23 establece que para el caso de extranjeros, el derecho aplicable únicamente sería el costarricense cuando los actos se celebren en Costa Rica y se vayan a ejecutar en el país, mientras que los matrimonios consulares que se pretenden realizar surtirán sus efectos en Gran Bretaña y no en Costa Rica. Finaliza Obando Peralta cuando argumenta que:

“Al ser la norma de conflicto incompleta, pues no resuelve cual derecho debe aplicarse cuando no sea pertinente utilizar las normas nacionales, es necesario realizar la llamada bilateralización de la norma de conflicto unilateral. Con ello el criterio seguido por el legislador para designar el ámbito de aplicación del propio derecho se utiliza también para la indicación de la ley extranjera aplicable. Para el caso concreto del estado y capacidad de los extranjeros, el aplicable sería con ello el derecho del lugar de ejecución del acto o contrato celebrado. Esto nos da como resultado que la ley aplicable para los matrimonios entre personas del mismo sexo realizados en consulados extranjeros será la del país enviante del Cónsul respectivo”. (Obando 2015).

Este proyecto de investigación, como ya se ha establecido con anterioridad, versa, prácticamente en toda medida, sobre estos posibles conflictos que puedan surgir en el

actual ordenamiento jurídico costarricense. Esto debido al hecho de que varios países del continente americano y Europa, han legalizado el matrimonio o las uniones de personas del mismo sexo y Costa Rica no. Como se ha podido observar, varias instituciones del sistema jurídico nacional, en repetidas ocasiones, aplican de manera errónea o no aplican, los criterios señalados por la doctrina y por otros ordenamientos jurídicos en materia de Derecho Internacional Privado. En el siguiente capítulo, en primer lugar, se estudiará el desarrollo histórico normativo de la figura de la unión matrimonial en Costa Rica, y las fuentes del Derecho Internacional Privado costarricense, con la finalidad de realizar una correcta aplicación de los criterios de esta disciplina a los casos en estudio y determinar los efectos que estos conflictos de ley tendrían en el ordenamiento jurídico costarricense.

CAPÍTULO SEGUNDO:
LAS UNIONES FAMILIARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COSTARRICENSE Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
COSTARRICENSE

Al igual que en otras partes del mundo, en Costa Rica las uniones familiares han atravesado una evolución tanto conceptual como social y jurídica. En este capítulo se estudiará el desarrollo de esta figura en el ordenamiento jurídico costarricense, así como también a la luz de las normas de Derecho Internacional Privado que rigen en el país. Luego, se analizará el orden público internacional costarricense, con respecto al tema de acuerdo con la jurisprudencia de diversos tribunales internacionales y nacionales, y a avances relevantes efectuados a nivel institucional en el país.

I. DESARROLLO DE LA FIGURA JURÍDICA DEL MATRIMONIO EN COSTA RICA

El concepto y las distintas figuras de uniones familiares en Costa Rica han variado con el tiempo. Desde previo a la llegada de la colonia española al país, atravesando el nacimiento del Estado costarricense, hasta la actualidad, el matrimonio y las uniones familiares se han visto transformadas según las costumbres y las necesidades de cada época.

A. LAS CULTURAS INDÍGENAS DE COSTA RICA

Al momento de la llegada de los españoles al territorio nacional, Costa Rica no existía como una unidad, sino que más bien estaba poblada por una variedad de pueblos independientes entre sí, cada uno con culturas diferentes con distintos grados de complejidad y desarrollo.

Los historiadores identifican que en esa época existían, de modo general, dos grandes áreas culturales. La primera se ubicaba en la península de Nicoya, en donde la mayoría de los pueblos de la zona hablaban la lengua chorotega y pertenecían al área cultural mesoamericana, la cual iniciaba en Chiapas, en la península de Yucatán y llegaba hasta las riberas del Golfo de Nicoya. Por otro lado, en el resto del territorio costarricense, predominaban las influencias de las culturas caribeñas y suramericana; por lo tanto, se le

denomina el área intermedia (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 66-67).

1. CULTURAS DEL ÁREA MESOAMERICANA

En el ordenamiento chorotega, los vínculos familiares eran de gran importancia. A pesar de que la organización social era androcática y patriarcal, la organización familiar era fundamentalmente cognática. Españoles de la época como Fernández de Oviedo y Francisco López de Gómara, describían a los chorotegas como valerosos y mandados, y muy sujetos a las voluntades de sus mujeres (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 70).

En cuanto al matrimonio, este era monogámico e indisoluble y estaba prohibido entre ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos. A pesar de esto, algunos caciques, así como personajes de alto rango tenían concubinas, pero a estas nunca se les consideraba como esposas legítimas. El matrimonio en la cultura chorotega requería una serie de ceremonias, entre ellas el compromiso de la pareja así como también la ceremonia formal de matrimonio, la cual se efectuaba en presencia del Rey o del Cacique y las familias de los novios. La mujer debía llegar virgen al matrimonio y, en caso de que no, el novio podía regresarla a la casa de sus padres, salvo que este hubiera sabido que su mujer no era virgen y aun así haya aceptado contraer nupcias con ella (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 70-71).

En cuanto al adulterio, este era castigado de formas distintas para el hombre y la mujer. Para la mujer era sancionado con una amonestación, un fuerte castigo corporal y la expulsión de su hogar; mientras que el hombre perdía sus bienes y era desterrado. Si su esposa legítima no había tenido hijos con él, esta podía contraer nuevas nupcias, pero si ya había tenido hijos no podía casarse de nuevo, pero mantenía el cuidado de sus hijos y se quedaba con los bienes del hombre.

Ahora bien, cuando la comunidad celebraba ritos de catarsis colectiva, una mujer casada, incluso de alto rango, podía tener relaciones sexuales con quien quisiera o le pagara, sin que después se presentaran escenas de celos o castigos (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 72). En cuanto a las relaciones del mismo sexo, los hombres

que incurrieran en ellas era castigados con la pena de muerte mediante apedreamiento (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 73).

2. CULTURAS DEL ÁREA INTERMEDIA

Si bien es cierto que entre las comunidades del área intermedia costarricense existían vínculos comerciales, de vasallaje o alianza, no había una sola autoridad en todo el territorio, sino más bien una pluralidad de sociedades de diversos grados de complejidad con sus respectivas culturas y costumbres (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 75). A los europeos que visitaron la zona durante esta época, les llamó mucho la atención la gran diversidad lingüística que existía entre estas distintas comunidades (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 76).

En estas culturas, las normas sobre familia y parentesco se fundamentaban en un sistema cognático, e imperaba un sistema de residencia uxoriloco, en donde el hombre se iba a vivir a la casa de sus suegros y contribuía con su trabajo al sustento común de la familia de su esposa (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 79). Asimismo, en el área intermedia prevaleció el sistema de unión conyugal sindiásmico, aunque en algunas comunidades pudieron haber existido ciertas formas de matrimonio monogámico. Al igual que con los chorotegas, la poligamia solo era permitida entre los jefes o los estratos superiores de las diferentes sociedades. Además, en algunas comunidades incluso se permitía el matrimonio entre una niña de corta edad con un joven adulto, para que se criase con él hasta el momento que se consumara la unión (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 79-80).

En cuanto a la ceremonia, esta era sencilla y de escasas formalidades, a diferencia de los chorotegas, la virginidad de la mujer no tenía gran importancia. En estas culturas la mujer parece haber tenido una posición de igualdad ante el varón y, en caso de infidelidad de alguno de los cónyuges, no se imponían castigos severos y la pareja solamente se separada de forma temporal o definitiva (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 80). Finalmente, se evidencian indicios de que las relaciones sexuales entre hombres eran permitidas, así como también la convivencia de los mismos. Fernández de Oviedo comentó que quienes mantenían este tipo de convivencias no eran despreciados ni maltratados por otros miembros de la comunidad, pero que si alguno de los convivientes

cometía adulterio, el compañero tenía el derecho de matarlo (Sáenz Carbonell, Elementos de historia del Derecho 2009, 81-82).

B. EL MATRIMONIO ESPAÑOL: MONOGÁMICO Y RELIGIOSO

Durante la época de la monarquía y hasta buena parte del siglo XIX, el matrimonio y los temas conexos se regularon en Costa Rica por el Derecho Canónico católico de rito latino; mientras que el Derecho Civil se encargaba del régimen patrimonial de la familia, así como también de la tutela, la curatela y otras materias. Por su parte, el Derecho indiano contenía muy pocas normas sobre Derecho de Familia y la normativa sobre familia vigente en Costa Rica en aquel entonces y hasta 1841, estaba contenida en el Derecho Canónico, las Siete Partidas, varias leyes de Recopilación de 1567 y algunas disposiciones de Derecho regio (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 363).

La Partida IV era la que contenía la mayoría de las regulaciones sobre los esponsales y el matrimonio, aunque fundamentalmente, estos institutos los regulaba el Derecho Canónico. El compromiso matrimonial, llamado esponsales, era un contrato exigible ante los tribunales eclesiásticos y, para su validez, resultaba necesario que ambos individuos tuvieran al menos siete años. El matrimonio como tal tenía carácter de sacramento y no existía el divorcio vincular, salvo las raras excepciones previstas por el Derecho Canónico (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 363).

En cuanto al régimen patrimonial de la familia, en ese entonces existía la sociedad o comunidad de bienes entre los cónyuges la cual surgía en matrimonio. A esta sociedad entraban los bienes gananciales, adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio y los cuales solamente podía disponer de ellos el marido, aunque las enajenaciones que efectuara podían declararse nulas si se comprobaba que eran realizadas con la intención de perjudicar a su esposa (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 364).

Por otro lado, respecto a la patria potestad sobre los hijos legítimos o legitimados, esta le correspondía exclusivamente al padre, quien tenía el usufructo de los bienes de aquellos

hasta que tuvieran la mayoría de edad, la cual estaba fijada en veinticinco años (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 365).

En 1841, se emitió el Código General del Estado, el cual realizó el gobierno de Braulio Carrillo y entró a sustituir la ley castellana e indiana que había normado desde la época de la monarquía (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 366).

En este Código, el matrimonio era un sacramento y se mantenía igual en la mayoría de sus aspectos; pues como en el Derecho indiano, era regido sustancialmente por el Derecho Canónico (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 367). Asimismo, este Código hacía una radical distinción entre el matrimonio y la unión de hecho, la cual consideraba como contraria a las buenas costumbres. En cuanto a la diversidad de sexos entre los cónyuges, este era un requisito indispensable para la existencia del matrimonio; pues esta figura en ese entonces se fundamentaba con la posibilidad de la relación sexual para la procreación y no como la mejor complementación interpersonal para convivencia entre los cónyuges como la vino a considerar la doctrina y la normativa contemporánea años después (Pérez 1976, 13).

Al igual que en las Siete Partidas, el marido debía proteger a su esposa y esta debía obedecerle. Además, si la mujer quería celebrar contratos o ejercer actos judiciales necesitaba autorización de su marido, o en defecto, de un juez. En cuanto al divorcio, este seguía siendo prohibido y solo los tribunales eclesiásticos tenían competencia para fallar sobre él de acuerdo con las causales sumamente limitadas que establecía el Derecho Canónico (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 367). Para finalizar, en cuanto a la patria potestad y el régimen patrimonial de la familia, estos se mantenían muy similares a las Siete Partidas y no sufrieron cambios significativos (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 368-369).

C. EL MATRIMONIO CIVIL

Con la entrada en vigencia del Código Civil en 1888, se reemplazó la normativa en materia de Derecho de Familia del Código General. Este Código estableció que el

matrimonio católico continuaba siendo válido para efectos de la ley civil, pero también introdujo el matrimonio civil, el divorcio vincular y la separación de cuerpos, o divorcio no vincular (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 369). Asimismo, eliminó los efectos civiles de los esponsales y estableció a los jueces civiles como los únicos competentes para conocer de demandas relativas al divorcio, la separación y la nulidad matrimonial (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 369-370).

Además, instituyó un nuevo régimen patrimonial de la familia, donde se suprimía figuras como la dote, las arras y los bienes parafernales y, en su lugar, estableció la posibilidad de realizar capitulaciones matrimoniales. También indicó que a falta de estas capitulaciones, cada uno de los cónyuges dispondría libremente de sus propios bienes durante el matrimonio, puesto que eliminó el régimen de comunidad. Dispuso que la sociedad conyugal nacería con la disolución del matrimonio y los bienes gananciales que hubieran sido adquiridos por cualquiera de los cónyuges deberían dividirse por igual (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 370).

Otro cambio importante establecido en la nueva normativa de familia del Código Civil de 1888, fue que le otorgó a la mujer casada plena capacidad de actuar sin la necesidad de una licencia del marido o el juez. En cuanto a la patria potestad, la cual se ejercía sobre hijos menores de veintiún años, el Código indicaba que le correspondía al padre pero la madre podía participar en ella con sujeción a la autoridad del hombre (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 370). En caso de un divorcio y, en virtud de que este Código regulaba la figura con casuales específicas derivadas de la conducta ilícita de alguno de los esposos, se estableció que la patria potestad le correspondía al cónyuge inocente, independientemente si este fuera el padre o la madre (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 370-371). Para finalizar, el CC también se refirió a las obligaciones alimentarias entre cónyuges, ascendiente y descendientes y las independizó del ámbito matrimonial (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 371).

La Constitución Política de 1949 introdujo una serie de principios novedosos en cuanto a la familia, como por ejemplo la igualdad de los derechos de los cónyuges o la protección de los menores. La normativa del Código Civil, a pesar de ser reformada en varias

ocasiones, resultó insuficiente para cumplir con estos nuevos parámetros y fue necesario realizar una reforma general de la materia, lo cual llevó a que se creara el Código de Familia (en adelante también 'CF'), el cual entró en vigencia en 1974 (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 371-372).

La línea del nuevo Derecho de Familia que presentó este Código continuaba dándole prevalencia a la familia constituida legalmente sobre la familia de hecho; sin embargo, presentó algunas disposiciones que atenuaban la posición tradicional del ordenamiento jurídico en relación con la familia de hecho. Un ejemplo de esto sería la posibilidad que otorgaba del ejercicio conjunto de los padres de la patria potestad sobre el hijo extramarital. Esto, sin lugar a duda, es una manifestación de una tendencia dirigida a la tutela sustancial de los componentes del grupo 'familia' sobre las exigencias, en buena medida abandonadas por este Código, de tutela de la familia formal y constituida a nivel legal (Pérez 1976, 22-23).

En cuanto al matrimonio, este Código eliminó la procreación como uno de sus fines y más bien lo definió como una forma de asociación interhumana para la plena convivencia de los individuos que la conforman. A pesar de esto, se mantuvo la diversidad de sexos como requisito del matrimonio, no en función de la procreación, sino más bien en función de la mejor complementación intersubjetiva (Pérez 1976, 25).

Asimismo, este Código presentó un evidente interés por la prevalencia de la igualdad de cónyuges y eso se reflejó en mucha de su normativa. Por ejemplo, el artículo 34 del Código establece que los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia de forma conjunta, como el manejo de asuntos domésticos y la educación de los hijos. Asimismo, indica que estos están en la obligación de respetarse, guardarse fidelidad y ayudarse mutuamente (Pérez 1976, 28-29).

Por otra parte, la normativa del CF mantuvo disposiciones como que el marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia, mientras la esposa está obligada a contribuir con ellos de forma solidaria y proporcional cuando cuente con recursos propios. Esta regla, a pesar de que a primera vista podría parecer contraria al principio de igualdad conyugal, en realidad es un reflejo de la realidad social en la cual nacionales vivían en ese entonces el mayor porcentaje de las parejas (Pérez 1976, 36).

Como se verá en el siguiente apartado acerca de la unión de hecho, este Código marcó una tendencia al buscar que las normas de Derecho de Familia reflejaran y regularan, de la mejor forma posible, la realidad social del país.

En cuanto al divorcio, la reforma del Código lo flexibilizó y lo equiparó entre los cónyuges, especialmente en cuanto al tratamiento jurídico de la infidelidad se refiere. En el sistema anterior el divorcio por infidelidad del hombre solo podría darse en caso de que hubiera habido un concubinato escandaloso, mientras en la mujer, el simple adulterio sería suficiente. Además, este Código también innovó en la materia al presentar como causal de divorcio el mutuo consentimiento (Pérez 1976, 41).

Por otra parte, este Código estableció la posibilidad de crear un régimen especial llamado patrimonio familiar sobre el inmueble destinado a la habitación de la familia para su protección (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 372). Finalmente, el CF también ha sido sujeto de varias reformas, todas con el fin de fortalecer los preceptos y los principios en materia de familia establecidos en la CP y en numerosos tratados de derechos humanos que el país ratificó, posterior a la creación del Código. Entre estas reformas, se encuentra la figura de la unión de hecho, la cual se analizará en el siguiente apartado (Sáenz Carbonell, Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica 2009, 373).

D. LA UNIÓN DE HECHO

Previo a la entrada en vigencia del Código de Familia en 1974, durante la primera mitad del siglo XX, en Costa Rica la sociedad y los tribunales consideraban a la familia de hecho o concubinato como solían denominarle, como contraria a las buenas costumbres, por lo cual las personas que vivían en concubinato no obtenían los beneficios y las obligaciones civiles que derivaban de uniones formales como el matrimonio (Wong Quiros 2012, 45-46). Sin embargo, con el paso del tiempo y en virtud de un creciente sector de la población que vivía en uniones de hecho, los legisladores y los jueces se vieron en la obligación y la necesidad de reconocer y regular este tipo de uniones (Trejos Salas 1990). A pesar de esto, para que el ordenamiento jurídico incorporara la figura de la unión de hecho al Código de Familia, resultó necesario un extenso desarrollo por parte de la Sala Constitucional y los tribunales especializados, jurisprudencia en donde se tomó

consciencia acerca de los motivos por los cuales era necesario regular este tipo de familia (Wong Quiros 2012, 46).

El primer antecedente de importancia en la jurisprudencia es una sentencia del Tribunal Superior Civil emitida en 1987 y en la cual se reconoció que de las relaciones de hecho se producen vínculos jurídicos iguales al matrimonio, así como también se estableció la existencia de bienes gananciales dentro de este tipo de relaciones (Wong Quiros 2012, 46-48).

Asimismo, durante el transcurso de 1994, en múltiples sentencias la Sala desarrolló la figura de la unión de hecho, donde estableció una serie de aspectos. En primer lugar, reconoció la necesidad jurídica de proteger a la familia de hecho e indica que este tipo de familias son un fenómeno social, para este el ordenamiento jurídico no tenía entonces un desarrollo aceptable (Wong Quiros 2012, 48-50). En segundo lugar, declaró que las uniones de hecho cumplen funciones iguales a las de la familia legalmente establecidas, y, para todo efecto, están caracterizadas de la misma forma; pues ambas son estables, públicas, singulares y se desarrollan bajo una cohabitación entre los individuos (Wong Quiros 2012, 51).

En tercer lugar, la Sala también indicó que el término familia debería ser visto de manera amplia, de modo que incluya tanto a las familias unidas por vínculos formales como aquellas unidas por lazos afectivos no formales. Finalmente, la Sala señaló que la unión de hecho es una opción que tienen los costarricenses para convivir en forma voluntaria, sin la necesidad de casarse a nivel formal y, además, no existe un impedimento legal para poder formar una familia de hecho; pues al igual que el matrimonio, esta garantiza la estabilidad para una vida familiar permanente (Wong Quiros 2012, 52).

Fue hasta 1995, con la aprobación de la ley número 7532, titulada “Adición del título VII al Código de Familia para regular la unión de hecho”, que en Costa Rica se reguló la unión de hecho formalmente, así como también todos sus efectos patrimoniales, los cuales son idénticos al matrimonio (Wong Quiros 2012, 57). En cuanto a los requisitos que esta ley estableció para contraer una unión de hecho, estos ya fueron estudiados en el capítulo anterior de este proyecto de investigación.

E. PROYECTOS DE LEY DE UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

En una sentencia de 2006, la Sala Constitucional declaró que existe una ausencia de regulación normativa apropiada para regular los efectos patrimoniales de las uniones de personas del mismo sexo y, por justicia, resulta necesario que la Asamblea Legislativa proporcione una regulación apropiada para llenar el vacío legal existente en cuanto al tema (Wong Quiros 2012, 103). A partir de esta sentencia, múltiples proyectos de ley se han discutido en el plenario del parlamento, pero a la fecha ninguno de estos ha sido aprobado.

El primer proyecto de ley titulado la “Ley de unión civil entre personas del mismo sexo” y contenido en el expediente 16390, lo presentaron los ex diputados Ana Helena Chacón, actual vicepresidenta de la República, José Merino, fundador del partido político Frente Amplio y quien ya falleció, y Carlos Manuel Gutiérrez. Este proyecto de ley tenía como objetivo que las personas homosexuales, en una relación estable, duradera y con un proyecto de vida en común, pudieran unirse civilmente, de forma tal que pudieran contar con los derechos patrimoniales y de seguridad social básicos (Wong Quiros 2012, 104-105).

Como era de esperarse, este proyecto generó gran polémica tanto dentro como fuera de la Asamblea Legislativa. Muchos diputados, en especial los que representaban a grupos y partidos políticos religiosos, así como también la Iglesia Católica y otras agrupaciones conservadoras, consideraron el proyecto de ley como inmoral y contrario a las buenas costumbres. Esto llevó a que se presentara una iniciativa ante el Tribunal Supremo de Elección para que se realizara un referéndum en el país para que el pueblo costarricense votara en favor o en contra del proyecto de ley. El Tribunal autorizó la recolección de firmas para convocar el referéndum, pero luego la Sala Constitucional, en el 2010, se pronunció al respecto y declaró la resolución del Tribunal que autorizaba la recolección de firmas como inconstitucional (Wong Quiros 2012, 106-107). Más tarde el proyecto fue archivado, pero sin duda alguna, abrió el paso para futuros proyectos de ley (Wong Quiros 2012, 109).

El segundo proyecto se halla en el expediente 16.182, titulado “Modificación del artículo 242 del Código de Familia, ley No. 5476 del 21 de diciembre de 1973 y sus reformas” y

el cual propone la modificación de dicho artículo, con la finalidad de proteger a las familias no heterosexuales en cuanto a sus derechos a bienes gananciales, a la herencia, la seguridad social, la salud, la atención médica y los beneficios familiares; así como al crédito bancario, las hipotecas y otras formas de crédito financiero. Para todo efecto, este proyecto de ley proponía erradicar la referencia que indicaba el artículo del Código que la unión de hecho es solamente entre hombre y mujer para así poder expandirlo a parejas homosexuales, las cuales podrían vivir en una unión reconocida legalmente que surtiría todos los efectos patrimoniales del matrimonio (Wong Quiros 2012, 114-116).

Este proyecto, sin embargo, recibió un dictamen negativo por parte de la mayoría de los diputados de ese periodo (2010-2014). Entre las razones principales, los diputados señalaron que el proyecto empleaba el concepto de las uniones de hecho irregulares, el cual ya había sido declarado inconstitucional por la Sala Constitucional. Asimismo, era muy general y utilizaba términos vagos como por ejemplo “*cualquier unión*”, lo cual no delimitaría a que tipo unión se refiere. En tercer lugar, se especificó que el proyecto afectaría en forma indirecta los artículos relacionados con el régimen patrimonial de la familia, así como generaría vacíos legales en la materia. Para finalizar, los diputados consideraron que al proyecto de ley le faltó abarcar no solo el artículo 242, sino que todos los artículos relacionados con las uniones de hecho (Wong Quiros 2012, 117-118).

Debido a la publicación de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Rifo vs. Chile, en junio de 2012 se presentó en la Asamblea un nuevo proyecto de ley titulado “Proyecto de ley Reforma al capítulo único del título VII del Código de Familia” del expediente 18.484. En esta propuesta, se reitera que el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales es un asunto de derechos humanos y el Estado está en la obligación de proteger los derechos humanos de cualquier persona, independientemente de su orientación sexual y en especial cuando a se refieren a las relaciones familiares. Este proyecto entonces tenía el propósito principal de otorgar a la unión de hecho de personas del mismo sexo los mismos efectos que la unión heterosexual (Wong Quiros 2012, 118-119).

El cuarto proyecto de ley presentado en la Asamblea Legislativa se encuentra en el expediente 17.844 y titulado “Ley de Regulación de las Uniones de hecho entre personas del mismo sexo”. Este proyecto propone modificar 46 leyes nacionales, con la finalidad

de regular el contenido y la extensión de los derechos y los deberes de quienes han decidido formar parejas del mismo sexo. Actualmente, este proyecto se encuentra en estudio (Wong Quiros 2012, 120, 122).

El último proyecto de ley relevante es el de Sociedades de Convivencia, el cual se desarrolló en el expediente 17.668. Los antecedentes principales de este proyecto de ley son el voto No. 7262 de 2006 de la Sala Constitucional, en donde la Sala estableció la importancia y la urgencia existente por la falta normativa en cuanto al tema y el proyecto de ley 16.390 “Ley de unión civil entre personas del mismo sexo”. Con este proyecto, los diputados que lo presentaron, entre ellos: Ana Helena Chacón, José Merino y Alberto Salom, pretendían lograr regular los efectos patrimoniales y personales de las familias del mismo sexo que viven en convivencia por medio de una figura distinta al matrimonio y a la unión de hecho (Wong Quiros 2012, 123).

El artículo 2 de este proyecto se refiere a la conformación de la sociedad de convivencia y al respecto indica de la misma que *“es la relación singular, libre y estable entre dos personas mayores de edad del mismo sexo, que han legalizado su convivencia ante notario público y la han registrado ante la autoridad administrativa competente”*. Asimismo, en este mismo artículo, prohíbe esta unión para personas casadas, con vínculos consanguíneos o por afinidad hasta el tercer grado, ni por unión de hecho regular, o bien, que mantenga sociedad de convivencia inscrita ya vigente (Wong Quiros 2012, 124).

II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COSTARRICENSE

Como cualquier otra disciplina jurídica, el DIPr. costarricense está compuesto por una serie de fuentes y normativa. En esta sección se estudiará, en primer lugar, el desarrollo de este en el ordenamiento jurídico costarricense, así como también sus fuentes y la normativa que lo componen, con la finalidad de poder realizar en secciones subsiguientes la aplicación correcta de los criterios establecidos por la ley y la jurisprudencia en los casos de estudio.

A. DESARROLLO GENERAL DEL DIPR. EN COSTA RICA

Durante la época de la colonia, en Costa Rica, las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio fueron la principal fuente de Derecho de Internacional Privado. A pesar de esto, las Siete Partidas eran sumamente escuetas en su regulación de la materia; pues adoptaban una aplicación de la ley por completo territorial. La aplicación de la ley extranjera era prohibida, salvo en los juicios entre extranjeros que hubieran celebrado un contrato en otro país, quienes refirieran a una cosa existente en otro país, o trataran sobre el régimen de bienes en el matrimonio, casos en los cuales se aplicaba la ley del país donde se hubieran celebrado dichos actos (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 39).

Con la independencia de Costa Rica en 1821 y por el desarrollo de nuevos vínculos comerciales con países europeos, así como también la llegada de inmigrantes de otros países americanos y europeos, resultó necesario el desarrollo de nuevas normas y procesos civiles (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 39). En 1841 se emitió el Código General, también conocido como el Código de Carrillo, el cual estaba inspirado en el Código de Napoleón y regulaba la gran mayoría de las disposiciones de derecho privado, salvo el matrimonio, el cual era regulado por el Derecho Canónico y por las normas del Derecho de Castilla (Obando Peralta 2013, 38). En cuanto el DIPr., el Código General, al igual que el de Napoleón, mencionaba poco sobre la materia y se limitaba a indicar en su parte civil lo siguiente:

“Artículo 3.- Los bienes inmuebles, aunque se posean por extranjeros, serán regulados por la ley costarricense.

Artículo 4.- Las leyes de policía y seguridad obligan a todos los que habitan en el territorio del Estado”. (Código General de la República de Costa Rica 1841).

Con la entrada en vigencia del Código Civil en 1888, se estableció la primera legislación nacional que definió con mayor claridad las reglas aplicables ante situaciones en donde podría utilizar normas de ordenamientos extranjeros. A la fecha, en Costa Rica, estas disposiciones continúan siendo la principal fuente normativa en materia de Derecho Internacional Privado. En el título preliminar del Código Civil, el cual en la actualidad comprende los artículos 23 a 30, se especifican los casos en los cuales resulta admisible

apartarse de la ley territorial con respeto a temas como bienes muebles, interpretación de los contratos, testamentos, matrimonio y las formas y las solemnidades externas de contratos y otros actos jurídicos (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 40). Asimismo, este título preliminar utiliza un sistema mixto, ya que contiene normas unilaterales y bilaterales, así como también otras disposiciones de fondo (Obando Peralta 2013, 15).

Finalmente, en cuanto a los convenios internacionales relacionados con el DIPr., Costa Rica ha suscrito y ratificado algunas regulaciones históricas, como por ejemplo el Tratado para establecer reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado con Perú en Lima en 1878 y el Código de Derecho Internacional Privado de Sánchez de Bustamante en la Convención Interamericana de La Habana, el cual derogó en forma tácita el anterior; pues tanto Costa Rica como Perú lo adoptaron y fue suscrito por la delegación costarricense, con una reserva general de la legislación nacional (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 41). Asimismo, el país también ha ratificado varias *Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado* y más reciente, instrumentos elaborados por la Conferencia de Hague de DIPr., entre otras convenciones (Obando Peralta 2013, 15-16).

B. FUENTES

Si bien no existen normas o leyes específicas que regulen las fuentes del Derecho Internacional Privado en Costa Rica, el país ha establecido una jerarquía para las fuentes generales del Derecho que puede ser utilizada como un punto de partida para determinarlas. La solución general para un caso de DIPr., siempre estará limitada a esta jerarquía de normas, la cual en la mayoría de situaciones referirá primero a los instrumentos internacionales existentes y, en segundo lugar, a la ley doméstica (Obando Peralta 2013, 21).

1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LOS DERECHOS HUMANOS

En esta jerarquía, el punto más alto lo ocupan la Constitución Política (en adelante también la 'Constitución' o la 'CP') y los Derechos Humanos. La Sala Constitucional ha establecido en diversas resoluciones que los convenios internacionales sobre Derechos

Humanos tienen jerarquía superior, hasta incluso de la propia CP. A criterio de la Sala, ese carácter supraconstitucional no está circunscrito a los convenios ratificados, sino que corresponde a toda normativa internacional sobre Derechos Humanos (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 50). De ahí entonces que, por ejemplo, en una sentencia para un caso de determinación de ley aplicable para una responsabilidad parental, el juez resolvió según un tratado de derechos humanos que regula materia de DIPr., a pesar de que en Costa Rica dicho instrumento no había sido ratificado (Obando Peralta 2013, 21).

2. LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

En segundo lugar, por debajo de la CP y los instrumentos de Derechos Humanos, se encuentran las convenciones internacionales. En materia de DIPr., los principales tratados son de carácter multilateral aunque también existen algunos bilaterales. Estos tratados ratificados por el país tratan distintas materias y áreas del Derecho y van desde temas específicos como comercial, procesal, de propiedad intelectual, protección de menores de edad y pensiones alimentarias, a otros más amplios que regulan el DIPr., costarricense en general, tal y como el Código de Bustamante (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 52-53).

3. LA LEY COSTARRICENSE

Dado que las convenciones internacionales que contienen reglas sobre el DIPr., ratificadas por Costa Rica están dirigidas a materia sumamente específica, las reglas generales de esta rama jurídica son principalmente las contenidas en la ley nacional, en forma particular en un capítulo específico del Código Civil (en adelante también 'CC') que abarca del artículo 23 al artículo 30 (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 53).

La mayoría de normas de este capítulo son de conflicto unilaterales, las cuales determinan la aplicación a partir de la norma costarricense. Las únicas excepciones son los artículos 27 y 28, donde son normas de conflicto bilaterales y, por ende, permiten directamente la posible aplicación de la ley extranjera. Sin embargo, debido a las limitaciones establecidas por el artículo 30 del CC, que se refieren al tratamiento como hecho de dichas

disposiciones extranjeras, rara vez son los casos de DIPr., en Costa Rica resueltos con normas de otros ordenamientos jurídicos. Asimismo, como bien lo establece el artículo 14 del CC, las normas del DIPr. se consideran supletorias para materias regidas por otras leyes y, por eso, se ha interpretado que los artículos de DIPr. del CC han de aplicarse a otras normas que regulan situaciones privadas específicas, sin la necesidad referirse en forma especial a las disposiciones de normas de conflicto (Obando Peralta 2013, 27).

Por otro lado, el artículo primero del título preliminar del CC señala expresamente la supremacía de las fuentes suscritas. A pesar de esto, también establece que la costumbre, los usos y los principios generales del derecho pueden delimitar, interpretar e integrar dichas fuentes escritas. Además, el artículo tercero aclara que los usos y las costumbres serán directamente aplicables para resolver casos en particular. Esto incluye casos internacionales, siempre y cuando no exista una solución escrita, mientras que el artículo cuarto agrega que los principios generales de la ley serán de obligatoria y directa aplicación si no existen usos o costumbres en relación con la disputa. Por último, el artículo 12, indica que se permite aplicar analógicamente normas para casos similares cuando solo uno de ellos no está regulado en forma debida (Obando Peralta 2013, 27).

En cuanto a las normas de DIPr., las cuales regulan carácter específico, aparte de las contenidas en convenios internacionales, existen otras que se hallan en distintas leyes y códigos según la materia que traten (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 54). Para este proyecto de investigación, sin embargo interesan solamente algunas de ellas.

En cuanto a las relaciones de Derecho de Familia en el DIPr., estas han sido reguladas por una variedad de instrumentos legales. En primer lugar, está el Código de Familia, el cual regula los aspectos generales del Derecho de Familia, como por ejemplo: el matrimonio, el divorcio, la filiación, la adopción y la guardia y la crianza. Asimismo, a pesar de que los casos internacionales en materia de familia son comunes, los tribunales costarricenses pocas veces han excluido la aplicación de *lex fori* debido principalmente a una falta de conocimiento de las normas de conflicto y del DIPr., como tal. Sin embargo, en distintas sentencias del Tribunal de Familia, tal y como la 00452-2009 y 00511-2009, el Tribunal ha admitido que las relaciones de familias internacionales deben ser analizadas con una perspectiva diferente a la de las familias nacionales; por lo cual han

utilizado como base para resolver casos de familias internacionales, el respeto al factor de internacional y los derechos humanos asociados a la situación en particular (Obando Peralta 2013, 32).

Según el artículo segundo del CF, los jueces de familia están en la obligación de interpretar cada caso con base en cuatro principios principales: la unidad familiar, el interés superior del menor, el interés superior de los hijos y la igualdad marital. De ahí que es común que en sentencias de familia se haga referencia a estipulaciones de derechos humanos, estén estos codificados o no, con la finalidad de poder aplicar de la mejor forma posible los principios del Derecho de Familia (Obando Peralta 2013, 32).

En cuanto a las pensiones alimentarias, en Costa Rica las regula la Ley de Pensiones Alimentarias y tribunales especializados que se encuentran en distintas partes del país resuelven los casos domésticos relacionados con el tema. Esta normativa es una política pública que aplica para todas las pensiones alimentarias, en donde los beneficiarios estén localizados en el territorio costarricense al momento en que dio inicio la acción legal (Obando Peralta 2013, 32)

Además, si bien el CC no hace referencia específica a normas de conflicto para pensiones alimentarias, si se puede diferir de su artículo 27, el cual se refiere a la ley aplicable para matrimonios, una serie de disposiciones según las condiciones del caso en concreto (Obando Peralta 2013, 32).

Por último, en cuanto a los procesos civiles para casos de DIPr., el Código Procesal Civil (en adelante también el 'CPC') incorpora una serie de regulaciones relacionadas con la determinación de la jurisdicción internacional y la competencia de los tribunales costarricenses en casos internacionales. De ahí, los artículos de interés para este proyecto de investigación son del 46 al 48, en donde se subdivide la jurisdicción de los tribunales nacionales entre exclusiva y no exclusiva y se define las reglas para la *lis pendens* internacional y los artículos 705 a 708, en los cuales se determina el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras (*exequatur*) (Obando Peralta 2013, 33). Asimismo, es importante recordar que el Gobierno actual, en diciembre de 2015 aprobó una reforma a este Código, el cual no entrará a regir hasta dentro de unos dos años y medio

aproximadamente. Las diferencias entre este Código y el actual se estudiarán en secciones subsiguientes.

4. LA JURISPRUDENCIA

En el cuarto lugar de la jerarquía de las fuentes del DIPr., se encuentra la jurisprudencia. En Costa Rica, al igual que en todos los países de Latinoamérica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, no existen precedentes vinculantes como en los sistemas de Derecho Anglosajón. La única singularidad a esto serían las resoluciones de la Sala Constitucional o en caso de que se esté ante una laguna (Obando Peralta 2013, 34).

Asimismo, como bien lo establece el artículo 9 del CC, en Costa Rica la jurisprudencia y la doctrina, cumplen un papel informativo del ordenamiento jurídico. De ahí que sea común que para la interpretación de un determinado artículo o disposición jurídica, los jueces hagan referencia a la jurisprudencia y la doctrina (Obando Peralta 2013, 34).

Por otra parte, debido a una falta en la claridad y modernización en el país de la normativa de DIPr., el papel del juez ha sido sumamente relevante en el desarrollo de perspectivas y criterios para los distintos casos y situaciones que se han presentado en la disciplina jurídica. Debido a que la mayoría de los conceptos relacionados al DIPr., no existen de manera expresa en la ley costarricense, se halla una amplia posibilidad para desarrollarlos por medio de la jurisprudencia (Obando Peralta 2013, 34).

5. USOS Y COSTUMBRES INTERNACIONALES

La importancia de los usos y las costumbres varía según el campo de DIPr., en el cual se base el análisis. Por ejemplo, en materia de comercio, esta fuente ha tenido gran desarrollo por la naturaleza de los asuntos que se generan en el intercambio comercial (Obando Peralta 2013, 34).

El Código Civil, por su parte, indica claramente en su artículo tercero que los usos y las costumbres son válidos solamente en defecto de la ley aplicable y siempre y cuando estos no sean contrarios a la moral, al orden público o una norma de carácter prohibitivo.

Asimismo, se considera que los usos y las costumbres son de una mayor jerarquía que los principios generales del derecho (Obando Peralta 2013, 34).

6. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

En cuanto al Derecho Internacional Público cabe recordar que Costa Rica es miembro de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Asimismo, el artículo 7 de la CP establece directamente la supremacía de las convenciones internacionales sobre la ley nacional y, asimismo, la Sala ha aclarado la relevancia del Derecho Internacional Público, al indicar que le da sustento a las regulaciones del DIPr. en el ordenamiento jurídico costarricense (Obando Peralta 2013, 35).

Relacionado a esta fuente, la Sala ha indicado, en materia de contratación, que las únicas restricciones a la soberanía son la Constitución Política y la ley internacional y, esta última, de ninguna forma impide y de hecho expresamente autoriza su aplicación con la ley territorial. Además, indica que el Derecho Internacional en general es claro en cuanto a las posibilidades de los Estados de regular contratos realizados en su territorio (Obando Peralta 2013, 36).

En cuanto al régimen de Derechos Humanos también se ha utilizado el Derecho Internacional Público; pues este prevalece como una fuente fundamental para resolver disputas en Costa Rica y, por ende, se ha aplicado en diversos casos de DIPr., principalmente, por la falta de normas de conflicto relacionadas con aspectos específicos, tal y como ha sucedido en casos de responsabilidad parental (Obando Peralta 2013, 36).

7. LA LEY CENTROAMERICANA

En la región centroamericana existen dos entidades internacionales que tienen como cometido desarrollar regulaciones en materia de DIPr. Costa Rica, sin embargo, no pertenece a estas entidades comunitarias, por lo tanto, no existen regulaciones o resoluciones relacionadas con el DIPr., aplicables en el país (Obando Peralta 2013, 36). A pesar de lo anterior, cabe establecer que todos los países de Centroamérica han ratificado el Código de Bustamante y han participado en diversas reuniones y

convenciones para la creación de regulaciones mutuas del DIPr., aunque estas no sean bajo el sistema comunitario (Obando Peralta 2013, 37).

8. LA DOCTRINA

Finalmente, la última fuente del DIPr. costarricense es la doctrina. En Costa Rica la doctrina no se considera una fuente formal del Derecho, pero como bien ya fue mencionado supra, según el artículo tercero del CC, esta cumple una función informativa para la interpretación y la aplicación de la ley. De ahí que en reiteradas ocasiones resulta común que los jueces costarricenses citen obras de reconocidos escritores nacionales en materia de DIPr., tal y como Gonzalo Ortiz Martín para reforzar sus argumentos y conclusiones (Obando Peralta 2013, 37).

C. NORMATIVA

Como se ha visto supra, las convenciones internacionales de Derecho Internacional Privado que Costa Rica ha ratificado están dirigidas a materias sumamente específicas, por lo cual es el Código Civil, en específico el capítulo IV del título preliminar, que incluye los artículos 23 a 30, donde se regula la parte general del DIPr. costarricense. En esta sección, se estudiará a fondo esta normativa, así como también la contenida en el Código Procesal Civil relevante para la competencia judicial del juez costarricense y los procesos de ejecución y reconocimiento de sentencias extranjeras.

1. CÓDIGO CIVIL

El artículo 23 del Código Civil establece lo siguiente:

“Las leyes de la República concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los costarricenses para todo acto jurídico o contrato que deba tener su ejecución en Costa Rica, cualquiera que sea el país de donde se ejecute o celebre el contrato, y obligan también a los extranjeros, respecto de los actos que se ejecuten o de los contratos que se celebren y que hayan de ejecutarse en Costa Rica”. (Código Civil 2011).

Diversos autores, entre ellos Brenes Córdoba, han comentado sobre la relación de este artículo con el estatuto personal, el cual se aplica para temas de capacidad de actuar y otros relacionados con el Derecho de Familia. Por otra parte, otros autores, como Caroline Schonberger han planteado la posibilidad de reformar este artículo para que se limite a señalar que el Estado y la capacidad de las personas se rija por su ley nacional, tal y como sucede en la legislación alemana. De esta forma, se evitaría que la capacidad de un extranjero tenga en su país una regulación y en Costa Rica otra. A pesar de lo anterior, esto podría generar que el extranjero tenga en su país una capacidad más limitada que en Costa Rica (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 88-89).

Ahora bien, Obando Peralta establece que el artículo no indica la solución que deba darse cuando el acto o contrato se celebra en Costa Rica, pero no se ejecuta en el territorio nacional o viceversa; sin embargo, según el autor, existe suficiente jurisprudencia según la cual en estos casos debe prevalecer la ley costarricense (Obando Peralta 2013, 44).

En cuanto al artículo 24 este establece que:

“Las leyes costarricenses rigen los bienes inmuebles situados en la República, aunque pertenezcan a extranjeros, ya se consideren dichos bienes aisladamente en sí mismos, ya en relación con los derechos del propietario como parte de una herencia o de otra universalidad”. (Código Civil 2011).

En relación con este artículo, Brenes Córdoba señala que el estatuto real tiene su fundamento en la regla de la ley territorial; pues el sentido es que las cosas se rijan conforme la ley operante en el lugar donde se hallan. Esto es consecuencia del dominio eminente que el soberano ejerce sobre todos los bienes encontrados en el territorio comprendido dentro de sus fronteras. De modo que el estatuto real se compone de las disposiciones legales que reglan la condición jurídica de los bienes, independientemente de la nacionalidad de sus propietarios (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 89).

Obando Peralta, por su parte, indica que a pesar de que el artículo 24 no señala cuál Derecho deba aplicarse a inmuebles situados en otro país, en principio resulta posible inferir la misma regla para tales casos (Obando Peralta 2013, 90).

El artículo 25 del CC dice:

“Los bienes muebles pertenecientes a los costarricenses o extranjeros domiciliados en la República se regirán como los inmuebles situados en Costa Rica; pero los muebles que pertenezcan a extranjeros no domiciliados en la República, solo se regirán por las leyes costarricenses cuando se les considere aisladamente en sí mismos”. (Código Civil 2011).

Brenes Córdoba indica que cuando el texto dice ‘*aisladamente en sí mismos*’ se refiere a la individualidad de dichos bienes; es decir, que no formen por ejemplo, parte de una universalidad de derechos, como sucede en una sucesión (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 90).

En cuanto al artículo 26 el Código Civil indica:

“La prescripción y todo lo que concierna al modo de cumplir o extinguir las obligaciones que resulten de cualquier acto jurídico o contrato que haya de ejecutarse en Costa Rica, se regirá por las leyes costarricenses, aunque los otorgantes sean extranjeros, y aunque el acto o contrato no se haya ejecutado o celebrado en la República”. (Código Civil 2011).

Por su parte el artículo 27 dice:

“Para la interpretación de un contrato y para fijar los efectos mediatos o inmediatos que de él resulten, se recurrirá a las leyes del lugar donde se hubiere celebrado el contrato; pero si los contratantes tuvieran una misma nacionalidad, se recurrirá a las leyes de su país.

En los testamentos se aplicarán las leyes del país donde tuviere su domicilio el testador.

Respecto de matrimonios, se atenderá a las leyes del lugar donde hubieren convenido en establecerse los cónyuges; y, a falta de ese convenio, a las del país donde tenga su domicilio el cónyuge demandado, o, en el caso de separación, a las del domicilio de cualquiera de ellos”. (Código Civil 2011).

Este artículo se reformó en 1986, específicamente la última parte de su tercer párrafo. El artículo original establecía que a falta de convenio entre los cónyuges, regía la ley del país en donde el marido tuviera su domicilio. Esta reforma se llevó a cabo por la necesidad de ajustar las disposiciones del artículo a la igualdad de derechos de los cónyuges consagrada en la CP y el CF (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 91).

Además, como fue mencionado en la sección anterior, a pesar de que este artículo no hace referencia específica a normas de conflicto para pensiones alimentarias, según Obando Peralta, se puede diferir de su redacción una serie de disposiciones que varían según las particularidades del caso en concreto.

En primer lugar, para pensiones entre cónyuges o para sus hijos durante el matrimonio o uniones de hecho, la obligación de soporte se considera como materia personal del matrimonio y la gobierna la ley del lugar donde los esposos acordaron establecer su mutuo domicilio. Alternativamente, si no hay un acuerdo para escoger el domicilio común, la ley de domicilio del demandando aplicará. En la sentencia número 0246-2009 del Tribunal de Familia de Desamparados se otorgó, por primera vez, el derecho de alimentos en una unión de hecho, a pesar de la inexistencia de una norma que estableciera dicha solución. En dicha resolución, el Tribunal consideró que los derechos humanos del beneficiario eran justificación suficiente para la decisión (Obando Peralta 2013, 32-33).

En segundo lugar, para las obligaciones alimentarias entre cónyuges o hijos en un divorcio las regulan la ley de cualquier domicilio de los cónyuges, al momento en que la acción legal inició.

Finalmente, en tercer lugar, en cuanto a las pensiones alimentarias para menores de edad de padres no casados, la ley aplicable es la de la residencia habitual del menor de edad. Esta disposición no está explícitamente establecida en la ley; sino más bien se infiere por una interpretación de los tribunales costarricenses, los cuales han aplicado puntos de conexión modernos para casos similares¹, así como también para alimentos debidos entre otros miembros familiares (Obando Peralta 2013, 33).

¹ Ver resolución 1045-2011 del Tribunal de Familia.

En cuanto al artículo 28, este establece lo siguiente:

“En cuanto a la forma y solemnidades externas de un contrato o de un acto jurídico que deba tener efecto en Costa Rica, el otorgante u otorgantes pueden sujetarse a las leyes costarricenses o a las del país donde el acto o contrato se ejecute o celebre.

Para los casos en que las leyes de Costa Rica exigieren instrumento público, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país donde se hubieren otorgado”. (Código Civil 2011).

En relación con este artículo, Brenes Córdoba señala que es una regla uniformemente aceptada que las leyes que rigen acerca de la forma y demás requisitos exteriores de los actos y los contratos, son las del lugar donde estos se verifican o celebran, de manera que si dichas formalidades han sido observadas en forma debida, la operación principal es válida en el lugar donde debe ejecutarse (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 93).

El artículo 29, por su cuenta, dice lo siguiente:

“El matrimonio contraído por extranjeros fuera de Costa Rica, con arreglo a las leyes del país en que se celebre, surtirá todos los efectos civiles del matrimonio legítimo, siempre que no esté comprendido entre los matrimonios que son legalmente imposibles”. (Código Civil 2011).

En relación con el tema de los matrimonios legalmente imposibles, Brenes Córdoba explica que en consideración a la gravedad de los vicios que matrimonios contraídos en semejantes condiciones tendrían en las leyes y las costumbres domésticas, es intolerable que coexistieran al lado de los efectuados usualmente. Por esto, un polígamo no puede pretender que en Costa Rica u otros países que tiene el matrimonio monogámico como base esencial de la familia y como tal la sociedad, se le consideren legítimos sus enlaces con varias mujeres contraídas en un lugar en donde si es permitido. A lo más a que tendría derecho sería a que se le reconozca el primer de esos matrimonios celebrados; pues hasta allí no existiría el inconveniente de la pluralidad de matrimonios (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 93).

Finalmente, el artículo 30 establece lo siguiente:

“El que funde su derecho en leyes extranjeras deberá probar la existencia de éstas”. (Código Civil 2011).

Tanto la Sala Primera como la Sala Segunda, han reflejado en su jurisprudencia de Casación un apego a esta norma; pues han concluido que el derecho extranjero debe ser probado por la parte interesada en las primeras etapas del proceso. Sin embargo, recientemente también ha habido ciertas resoluciones en donde la fundamentación fue realizada por el propio tribunal, mediante búsquedas en internet de los datos correspondientes al derecho extranjero relevante para el caso (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 94).

Por otra parte, también es importante analizar y estudiar los artículos 18 y 19 del Código. De estos artículos, junto con el artículo 28 de la Constitución Política, se desprende el concepto de orden público en el ordenamiento jurídico costarricense. Los artículos establecen lo siguiente:

“Artículo 18.- La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen terceros.

Artículo 19.- Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. (Código Civil 2011).

Asimismo, para estudiar el concepto de orden público en la legislación costarricense, sin duda alguna, también cabe conocer claramente lo que establece la Constitución Política en su artículo 28:

“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”. (Constitución Política de Costa Rica, 1949).

Estos artículos se refieren directamente al concepto de orden público y son su principal respaldo jurídico. Cabe señalar, eso sí, que el concepto de orden público que estos artículos se refieren es el de orden público interno costarricense y no el orden público internacional. Sin embargo, de manera particular del artículo 28 de la Constitución Política, se puede desprender el concepto de orden público internacional en la legislación costarricense, a pesar de que no se hace referencia directa a este.

2. CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El Código Procesal Civil de Costa Rica regula dos temas especialmente importantes para el desarrollo de esta investigación. En primer lugar, está la competencia internacional del juez costarricense, la cual existe en dos formas distintas: exclusiva y no exclusiva (Obando Peralta 2013, 134), y, por otro lado, están los artículos relevantes para los procesos de *exequatur*.

El artículo 46 del CPC regula la competencia no exclusiva del juez costarricense y establece lo siguiente:

“Competencia del juez costarricense. Es competente el juez costarricense en los siguientes casos:

- 1) Cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, estuviere domiciliado en Costa Rica.*
- 2) Cuando la obligación deba ser cumplida en Costa Rica.*
- 3) Cuando la pretensión se origine en un hecho ocurrido o en un acto practicado en Costa Rica.*

Para efectos de lo dicho en el inciso 1) se presume domiciliada en Costa Rica la persona jurídica extranjera que tuviere en el país agencia, filial o sucursal, pero sólo respecto de los actos o contratos celebrados por medio de la agencia, filial o sucursal”. (Código Procesal Civil 2011).

Por otro parte, en cuanto a la competencia exclusiva del juez costarricense, el artículo 47 señala:

“Competencia exclusiva. Es competente el juez costarricense, con exclusión de cualquier otro:

1) Para conocer de demandas reales o mixtas relativas a muebles e inmuebles situados en Costa Rica.

2) Para proceder al inventario y partición de bienes situados en Costa Rica, que pertenecieren a un costarricense o extranjero domiciliado fuera de la República”.

(Código Procesal Civil 2011).

Luego, en cuanto a la competencia judicial del juez nacional, el artículo 48 del CPC agrega que “[l]a demanda presentada ante juez extranjero no produce litis pendencia”. (Código Procesal Civil 2011).

Con respecto al *exequatur*, este está regulado por el CPC a partir del artículo 705. Dicho artículo establece los requisitos para el proceso de reconocimiento de sentencias extranjeras e indica lo siguiente:

“Requisitos.- Para que la sentencia, el auto con carácter de sentencia, o el laudo extranjero surtan efectos en el país, deberá reunir los siguientes requisitos:

1) Que estén debidamente autenticados.

2) Que el demandado hubiere sido emplazado, representado o declarado rebelde, con arreglo a la ley del país de origen, y que hubiere sido notificado legalmente de la sentencia, auto con carácter de sentencia o laudo.

3) Que la pretensión invocada no sea de competencia de los tribunales costarricenses.

4) Que no exista en Costa Rica un proceso en trámite, ni una sentencia ejecutoriada, por un tribunal costarricense, que produzca cosa juzgada.

5) Que sean ejecutorios en el país de su origen.

6) Que no sean contrarios al orden público”. (Código Procesal Civil 2011).

En cuanto al inciso 4), este tiene la finalidad de que en casos particulares en donde exista una sentencia firme de un tribunal nacional con autoridad de cosa juzgada o un litigio

pendiente en los tribunales nacionales, se evite la ejecución de decisiones contradictorias. A pesar de esto, resulta interesante como la Sala Primera, en algunos casos especiales, ha otorgado el *exequatur* a sentencias extranjeras de divorcio basadas en causales distintas a las existentes por la ley costarricense. (Sáenz Carbonell, Elementos de derecho internacional privado 2015, 101).

Asimismo, otro inciso de especial atención es el 6), el cual señala que la sentencia o resolución extranjera sometida al proceso no puede ser contraria al orden público. Como bien se estudió en el capítulo anterior, según autores como Obando Peralta, la Sala Primera ha confundido los dos tipos de conceptos de orden público y, para estos procesos, ha aplicado normas de orden público nacional en vez de internacional, lo cual ha generado que se rechacen resoluciones extranjeras que no son contrarias a los valores y los principios de la sociedad costarricense, tal y como ha sucedido en numerosos casos de divorcio (Obando Peralta 2013, 142-143).

El otro artículo relevante para los procesos de *exequatur* es el 707 del CPC, el cual se refiere al tribunal competente para conocer estos procesos. Establece lo siguiente:

“Tribunal competente y procedimiento:

*La ejecución de sentencias, autos con carácter de sentencia y laudos, así como de mandamientos de embargo, citaciones, pruebas y otras actuaciones, pronunciados por tribunales extranjeros, se pedirá ante la **Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.***

Tratándose de sentencias, autos con carácter de sentencia y laudos, previa traducción de la ejecutoria, si no estuviere en español, se dará audiencia a la parte contra la que se dirija, por un plazo de diez días, vencido el cual la Sala resolverá lo que corresponda.

Contra esta resolución no habrá ningún recurso”.

(Código Procesal Civil 2011).

Llama la atención de este artículo que la competencia es exclusiva de la Sala Primera, así como también que no cabe recurso alguno contra la resolución que dicho tribunal emita con respecto al proceso. A pesar de esto último, en determinadas circunstancias, la Sala

ha admitido incidentes de nulidad si el *exequatur* lesiona derechos fundamentales como el debido proceso u otros de naturaleza similar (Obando Peralta 2013, 143).

Recientemente, el actual Gobierno del Presidente Luis Guillermo Solís aprobó y firmó la reforma del Código Procesal Civil, la cual entrará a regir hasta dentro de dos años y medio aproximadamente. Dicha reforma introduce una serie de cambios significantes a los procesos de reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras. En primer lugar, las normas procesales internacionales que regulan la parte general del Código. Además, se elimina por completo el vocablo '*exequatur*' y, solamente, se le refiere al proceso como reconocimiento de sentencias y laudos extranjeras (Nuevo Código Procesal Civil versión aprobada en 2 debate 2015).

En cuanto a la normativa aplicable para estos procesos la reforma establece en su artículo 98 lo siguiente:

“Normativa aplicable.- Tratándose de cooperación judicial internacional se aplicarán las disposiciones de los tratados y los convenios internacionales vigentes y en su ausencia la normativa nacional. En ningún caso se aplicará de oficio el derecho extranjero, salvo si las partes fundan su derecho en una ley extranjera y acreditan legalmente su existencia, vigencia, contenido e interpretación. Cuando sea aplicable, el derecho extranjero deberá interpretarse como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece. Solo se podrán declarar inaplicables los preceptos de la ley extranjera, cuando estos contraríen manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional en los que el Estado asienta su individualidad jurídica. Los procesos, cualquiera que sea su naturaleza, se sujetarán al ordenamiento nacional”. (Nuevo Código Procesal Civil versión aprobada en 2 debate 2015).

De este artículo resulta interesante la referencia al concepto de orden público internacional. Actualmente, en ninguna parte de la legislación costarricense se hace una referencia expresa al concepto. Como ya se estudió supra, las referencias del Código Civil y la Constitución Política, al orden público es al orden público interno, por lo cual llama la atención que el legislador con esta reforma pretende aclarar directamente la aplicación

de esta figura en cuestiones de aplicar el derecho extranjero para un caso en particular resuelto por juez costarricense.

Por otra parte, el artículo 99 del nuevo Código Procesal Civil señala los caracteres principales del proceso de reconocimiento. El primer inciso indica que las sentencias y los laudos reconocidos, sea cual sea la materia, tendrán efecto de cosa juzgada en el territorio costarricense. El segundo inciso establece los requisitos para poder iniciar dicho proceso, los cuales son similares a los del CPC actual, salvo algunas diferencias leves². Finalmente, el tercer y último inciso de este artículo introduce el cambio más significativo para los procesos de reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros. A diferencia del proceso actual, en donde la Sala Primera es el único tribunal competente para conocer de estos procesos, “[c]orresponderá a cada una de las salas de casación, según su competencia, conocer sobre el reconocimiento y la eficacia de las sentencias y los laudos extranjeros (Nuevo Código Procesal Civil versión aprobada en 2 debate 2015).”

III. LAS UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COSTARRICENSE

Como se ha podido observar en el desarrollo de este capítulo, la regulación y la percepción social de conceptos socio-jurídicos como la familia y el matrimonio han sufrido grandes cambios a través del tiempo en Costa Rica. Asimismo, del estudio a fondo del concepto de orden público internacional, se ha podido apreciar que este no es uno fijo e inmutable; sino más bien, varía según la materia en específico a la que se refiera y de

² “99.2. Requisitos de la solicitud de reconocimiento. Para el reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros deberán cumplirse los siguientes presupuestos: 1. Se deberá presentar copia auténtica de la resolución, expedida por la autoridad judicial o el árbitro encargado de dictarla en el país de origen, en la que conste que se han cumplido los requisitos diplomáticos o consulares exigidos por el país de procedencia y Costa Rica. 2. Se adjuntará traducción oficial de la resolución, cuando el fallo se hubiera dictado en otro idioma. 3. Se deberá acreditar que en el proceso donde recayó la resolución internacional se cumplió legalmente con el emplazamiento del demandado y, en caso de rebeldía, que se le declaró como tal, conforme a la normativa del país de origen. 4. La pretensión invocada no debe ser competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales costarricenses, debe tener conexión con Costa Rica y no ser manifiestamente contraria al orden público nacional. 5. No debe existir en Costa Rica un proceso en trámite o sentencia con autoridad de cosa juzgada”. (Nuevo Código Procesal Civil versión aprobada en 2 debate 2015).

acuerdo con el tiempo y los cambios sociales e institucionales que lo hayan afectado y transformado. Dicho lo anterior, es necesario efectuar un análisis y una apreciación detallada acerca del tratamiento que han recibido las uniones de parejas del mismo sexo en el país en los últimos años, a nivel jurisprudencial e institucional, con la finalidad de determinar si el orden público internacional costarricense ha cambiado con respecto al tema en cuestión.

A. DERECHO COMPARADO

Previo a desarrollar el tratamiento de la figura de uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia e instituciones de Costa Rica, cabe investigar las uniones homosexuales en otros países, para tener un punto de comparación. Para este análisis en particular, se estudiarán los matrimonios de personas del mismo sexo en España y Argentina por tener estos dos países ordenamientos jurídicos sumamente similares a los de Costa Rica.

1. ESPAÑA

En España, el matrimonio entre personas del mismo sexo fue legalizado mediante la ley 13/2005 de julio de 2005. Esta ley fue una modificación del Código Civil español, en donde se cambiaron varias leyes en materia de derecho a contraer matrimonio. Al respecto, la ley establece lo siguiente:

“Pero tampoco en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo

emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho. Esta percepción no sólo se produce en la sociedad española, sino también en ámbitos más amplios, como se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio”. (Ley 13/2005 2005).

“La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta.

Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta. Desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se instaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de

los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja. En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción. Asimismo, se ha procedido a una imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes. En primer lugar, las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes. En virtud de la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil, la acepción jurídica de cónyuge o de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo. Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales. Por otra parte, y como resultado de la disposición adicional primera de la presente ley, todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo”. (Ley 13/2005 2005).

En cuanto a la modificación propiamente del artículo 44 del Código Civil español, este establece lo siguiente:

“El Código Civil se modifica en los siguientes términos: Uno. Se añade un segundo párrafo al artículo 44, con la siguiente redacción:

«El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.»”. (Ley 13/2005 2005)

Como se puede observar de las citas anteriores, en España los matrimonios del mismo sexo tienen para toda particularidad los mismos requisitos y efectos que un matrimonio de personas de distinto sexo. Esto implica que los cónyuges pueden, por ejemplo, adoptar, deberse alimentos, heredarse, asegurarse, entre otros trámites y condiciones que implica un matrimonio como tal.

2. ARGENTINA

En el caso de Argentina, los matrimonios del mismo sexo fueron legalizados mediante la ley número 26.618, al igual que en España, es una modificación del Código Civil argentino. Esta ley, principalmente, se enfoca en detallar artículo por artículo en los cuales la redacción cambia para que en vez de decir hombre y mujer se especifique cónyuges sin distinción de sexo en ellos. Sin duda alguna el artículo más importante de esta ley es el 2, el cual modifica la redacción del artículo 172 del Código Civil argentino para que en este se indique que “[e]l matrimonio tendrá los mismos requisitos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”

ARTICULO 2º — Sustitúyase el artículo 172 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”. (26.618 2010).

De lo anterior se puede observar que al igual que en España, en Argentina los matrimonios homosexuales se equipararon con los matrimonios de personas de distinto sexo. Esto implica que las parejas del mismo sexo, pueden adoptar, deberse alimentos, asegurarse, heredarse, divorciarse, entre otras particularidades de la figura del matrimonio, como cualquier parejas heterosexual. La única diferencia con respecto a estas, indica la ley, es en el caso del orden apellidos a la hora de que una pareja del mismo sexo adopta.

El artículo 16 de la reforma indica al respecto lo siguiente:

“ARTICULO 16. — Sustitúyase el artículo 326 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma: Artículo 326: El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges de distinto sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En caso que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente”. (26.618 2010).

Como puede observarse la diferenciación es meramente superficial, puesto que solo se refiere al orden de apellidos y no prohíbe ningún asunto de fondo de importancia tal y como la capacidad para adoptar.

B. JURISPRUDENCIA

En materia jurisprudencial, se han dado grandes avances en materia de uniones homosexuales. Para el desarrollo de la siguiente sección, estas se han dividido en dos categorías: jurisprudencia proveniente de tribunales internacionales o extranjeros y jurisprudencial de tribunales costarricenses.

1. INTERNACIONAL

La jurisprudencial internacional que interesa en esta ocasión proviene de distintos tribunales regionales, tal y como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, así como de altos tribunales de otros países que con sus sentencias han generado un gran impacto a nivel internacional, como es el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos y su reciente falló que legalizó a nivel nacional las uniones homosexuales.

i. ATALA RIFO VS. CHILE

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante ‘la CIDH’ o ‘la Corte’) en el Caso Atala Rifo vs. Chile emitida en el 2012, sentó un precedente en el tema de uniones de parejas del mismo sexo y su reconocimiento como familia. El caso se desarrolló sobre la demanda interpuesta por la señora Karen Atala Rifo en contra del Estado chileno por trato discriminatorio e interferencia arbitraria en su vida privada y familiar, debido a su orientación sexual cuando una sentencia de la Corte Suprema de Justicia chilena le otorgó a su ex esposo la custodia y tuición de sus tres hijas.

Dicha sentencia de la Corte Suprema chilena otorgó la custodia y tuición al padre de las niñas a partir de una serie de argumentos. En primer lugar, indicó que las niñas podrían ser objeto de discriminación social debido a que su madre convivía con su pareja homosexual. Además, aseveró que la señora Atala había antepuesto sus propios intereses personales sobre los de sus hijas, al iniciar una convivencia con una pareja homosexual en el mismo hogar donde estaba criando a sus hijas. En tercer lugar, señaló que la ausencia de un padre de sexo masculino y su reemplazo por una persona del género femenino, configuraba una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual debían ser protegidas. Además, agregó que esta situación de riesgo las ubicaba en un estado de vulnerabilidad en su medio social; pues su entorno familiar era significativamente diferente al de sus compañeros de escuela y colegio, así como también de sus vecinos, lo cual las exponía a ser objetos de aislamiento y discriminación (22, Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile 2012).

Al respecto, la sentencia de la CIDH, declaró al Estado chileno responsable internacionalmente por haber vulnerado una serie de derechos y principios consagrados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre ellos, el derecho a la igualdad y la no discriminación, el derecho a la vida privada y la obligación de proteger la honra y la dignidad, así como también la familia (Resumen oficial Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile 2012). Sobre estos derechos y principios, la Corte hace una serie de consideraciones de gran importancia para el desarrollo de este proyecto de investigación, particularmente en cuanto al derecho de igualdad y no discriminación se refiere, así como también en cuanto a la condición de parejas del mismo sexo como núcleos familiares.

Con respecto al derecho de igualdad y no discriminación, la Corte estableció en la sentencia que la orientación sexual y la identidad de género son categorías que están protegidas por la Convención Americana bajo el término “*otra condición social*”, el cual está establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana. De ahí que cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona está prohibida por la Convención. En consecuencia, la Corte establece que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual (Resumen oficial Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile 2012).

Por otra parte, en la sentencia del caso, la Corte se refiere al concepto de discriminación social y, en el caso en particular, indica que no está de acuerdo que las niñas están sujetas a discriminación por parte de la sociedad debido a la orientación sexual y la convivencia homosexual de su madre. En ese sentido, la Corte establece que si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueran necesarias “*para hacer efectivos*” los derechos establecidos en la Convención, como bien se estipula en su artículo 2: por lo tanto, deben comprometerse con enfrentar dichas manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada circunstancia (Resumen oficial Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile 2012).

Además, la Corte indica que, en el marco de las sociedades contemporáneas, se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos históricos no habían sido aceptadas por la sociedad. Para la Corte, el Derecho y los Estados, en este sentido, deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos (Resumen oficial Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile 2012).

En tercer lugar, con respecto al derecho a la intimidad de la persona, en la sentencia del caso la Corte señala que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las persona. Precisó que el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en término amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que este va más allá del derecho a la privacidad. En este sentido, la orientación sexual de una persona se encuentra ligado al concepto de libertad y la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Para la Corte *“la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y como y cuando decide proyectar a los demás”*. A partir de esto, considera entonces que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia a la hora de analizar aspectos relacionados con la buena o la mala paternidad o maternidad (Resumen oficial Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile 2012).

Finalmente, en cuanto al derecho a la protección a la vida familiar, la Corte indicó que el Estado se encuentra obligado a no solo disponer y ejecutar en forma directa medidas de protección de los niños; sino también a favorecer de manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Señaló que diversos órganos de derechos humanos creados por tratados han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar. Para la Corte, en el presente caso, es visible que se había constituido un núcleo familiar que debe ser protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Por tanto, este Tribunal concluyó que la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar (Resumen oficial Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile 2012).

ii. OBERGEFELL VS. HODGES

El 26 de junio de 2015, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (en adelante, ‘la Corte Suprema de los Estados Unidos’, o la ‘Corte Suprema’) emitió la sentencia del caso Obergefell vs. Hodges, la cual legalizó el matrimonio del mismo sexo en todo el

territorio del país. En dicha sentencia, la Corte Suprema realiza un profundo análisis acerca de la figura del matrimonio y establece que existe una violación a las cláusulas de la decimocuarta enmienda del debido proceso e igualdad ante la ley.

La opinión prevaleciente de la Corte Suprema inicia cuando indica que el matrimonio es la base de la sociedad, desde civilizaciones antiguas en la historia de la humanidad (3-4, Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. 2015) y los peticionarios del caso no buscan afectar o desacreditar dicha figura, sino más bien la están buscando por su importancia en la sociedad, el respeto que le tienen y la necesidad de los privilegios y las responsabilidades que este les otorga (4, Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. 2015).

Asimismo, la Corte Suprema continúa y señala que el matrimonio ha estado sujeto a grandes cambios a través de la historia (6, Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. 2015) y esto se ha podido observar con el desarrollo de la lucha por los derechos de los homosexuales, la cual empezó con la despenalización de la homosexualidad y la exclusión de la misma de la lista de enfermedades mentales, hasta llegar a la legalización de las uniones de personas del mismo sexo en múltiples estados del país (7-10, Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. 2015).

Para la Corte Suprema, la cláusula del debido proceso indica que ningún estado debe negarle a una persona la libertad o la propiedad sin un debido proceso de ley. Dichas libertades se extienden a ciertas decisiones personales centrales a la dignidad y la autonomía individual, esto incluye decisiones sobre la identidad personal y las creencias (10, Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. 2015). La identificación y la protección de los derechos fundamentales es una parte indispensable de la responsabilidad judicial de interpretar la Constitución y esta no se puede reducir a una simple fórmula o requisitos específicos; pues más bien requiere de un juicio razonable, el cual identifique los intereses más fundamentales de una persona que el Estado está obligado a respetar a la luz de los principios generales constitucionales (10-11, Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. 2015).

Asimismo, la Corte Suprema agrega que la naturaleza de la injusticia es que no necesariamente se puede observar o detectar en un debido momento. De ahí que las generaciones que escribieron y ratificaron la decimocuarta enmienda de la Constitución Política de los Estados Unidos, no presumieron conocer la extensión de la libertad en todas sus dimensiones y confiaron en futuras generaciones la obligación de proteger el derecho de los ciudadanos a disfrutar de la libertad. Cuando nuevas apreciaciones mostrarán una discrepancia entre los principios pilares de la Constitución y una estructura legal específica, se llevarían a cabo las acciones necesarias para eliminar dichas normas y proteger esos principios. Como ejemplo de lo anterior, la Corte Suprema cita lo sucedido con el matrimonio interracial y como este en algún momento de la historia del país fue considerado ilegal (11, Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. 2015).

A partir de todo lo anterior, la Corte Suprema de los Estados Unidos procede a concluir que las parejas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio y se erigen cuatro principios y tradiciones establecidos en su jurisprudencia, los cuales demuestran porque el matrimonio es fundamental bajo la Constitución y aplica con la misma fuerza a las parejas del mismo sexo (12, Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. 2015).

En primer lugar, la Corte Suprema indica que el derecho al matrimonio es inherente al concepto de la autodeterminación individual y con quien una persona decide casarse es una de las decisiones más íntimas y personales que toma en su vida (12, Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. 2015).

En segundo lugar, la Corte Suprema señala que el derecho al matrimonio resulta fundamental, en virtud de que apoya la unión entre dos personas como ninguna otra figura lo hace, esto genera un verdadero compromiso entre los individuos que la componen (13-14, Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. 2015).

En tercer lugar, la Corte Suprema indica que el matrimonio protege a los niños y la familia, al crear un hogar que no solo otorga una serie de beneficios materiales; sino también reconoce legalmente la relación entre los padres de los menores, lo cual permite que los niños entiendan la integridad y la cercanía de su propia familia, así como la

correlación que esta tiene con otras familias de su comunidad. Asimismo, el matrimonio otorga la permanencia y la estabilidad necesarias, indispensables para proteger el interés superior de los menores. La Corte Suprema además agrega que miles de niños de los Estados Unidos están siendo creadas por familias homoparentales y esto demuestra que estas parejas son capaces de crear una familia y un hogar. Por tanto, excluirlas del derecho al matrimonio causaría que estos niños sufran de un estigma al saber que sus familias son, de alguna manera, inferior a las familias con padres heterosexuales (14-15, Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. 2015).

Finalmente, el cuarto y último principio de la jurisprudencia de la Corte Suprema que esta autoridad judicial cita, es que el matrimonio es el eje central de la sociedad estadounidense. Así como en el matrimonio los individuos que lo componen prometen apoyarse mutuamente, la sociedad también se compromete a apoyar a las parejas, al ofrecerles reconocimiento simbólico y beneficios materiales que protegen y nutren la unión. El matrimonio es la base para una lista creciente de derechos, beneficios y responsabilidades, como el pago de impuestos, la herencia, los derechos sobre la propiedad, la adopción, el seguro social, la patria potestad, entre otros. Para la Corte Suprema, en este aspecto, no existe una diferencia entre parejas del mismo y distinto sexo y la prohibición del matrimonio homosexual genera un daño que va más allá de lo material, al excluir a estas familias de la institución central de la sociedad estadounidense (16-17, Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. 2015).

Por último, la Corte Suprema de los Estados Unidos declara en la sentencia del caso, que el derecho a casarse como parte de la libertad otorgada por la decimocuarta enmienda también se deriva de la cláusula de igualdad ante la ley. Según la Corte Suprema, las cláusulas del debido proceso e igualdad ante la ley, están profundamente conectadas e interrelacionas en este caso, y, negarle el matrimonio a parejas del mismo sexo es negarles los beneficios que este otorga y, por ende, los coloca en un situación de desigualdad que les falta el respeto y los subordina ante parejas de distinto sexo, utilizando como ejemplo, una vez más, lo sucedió décadas atrás con el tratamiento desigual a parejas interracialas con base solamente en clasificaciones raciales (19-22, Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. 2015).

iii. OLIARI Y OTROS VS. ITALIA

El 21 de julio de 2015, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, la ‘Corte Europea’ o la ‘CEDH’) emitió la sentencia del caso Oliari y otros vs. Italia, en la cual determinó que existe una obligación positiva por parte de los Estados contrayentes de la Convención Europea de Derechos Humanos, por otorgar opciones legales al matrimonio de parejas del mismo sexo, con la finalidad de proteger y reconocer las mismas.

El caso fue presentado por tres parejas homosexuales, a las cuales se les rechazó su petición de matrimonio por las autoridades italianas; pues el Código Civil italiano establece que el matrimonio legal solo puede darse entre personas de distinto sexo. Dicho requerimiento fue posteriormente confirmado por la Corte Constitucional italiana. Los demandantes argumentaron que tal actuación del Estado italiano era discriminatoria con su orientación sexual y, en ningún momento, el gobierno italiano pudo comprobar que el reconocimiento de las uniones de parejas del mismo sexo afectarían valores tradicionales familiares.

En virtud de lo anterior, alegaron que el Estado italiano violó el artículo 8 (el derecho a la privacidad y vida familiar), al artículo 14 (prohibición de la discriminación) en conjunto con el artículo 8, el artículo 12, (el derecho al matrimonio) y el artículo 14 en conjunto con el artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Case of Oliari and Others v. Italy 2015).

En la sentencia del caso, la Corte Europea, con respecto al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, indica que los Estados adscritos a esta Convención están en la obligación de proteger a los individuos de las interferencias arbitrarias por parte de las autoridades públicas en su vida familiar y privada. Esto puede incluso imponer a un Estado ciertas obligaciones positivas para asegurar dicho respeto a este derecho (Case of Oliari and Others v. Italy 2015).

En cuanto a estas obligaciones, la CEDH señala que estas deben responder a un balance justo entre los intereses de los individuos y los intereses de la comunidad. Asimismo, dicho balance está sujeto a un margen de apreciación. Sin embargo, a pesar de que no está clara la noción de respeto con que los Estados deben cumplir en cuanto a las

obligaciones positivas, si surge una serie de factores que se consideran relevantes a la hora de establecer el contenido de las mismas. Para el caso en cuestión, la Corte Europea determinó que el impacto de una aplicación de un entorno de discordia entre la realidad social y la ley, así como la coherencia de las prácticas administrativas y legales dentro de un ordenamiento jurídico, son considerados como los factores más importantes para determinar si existen o no obligaciones positivas por parte del Estado (Case of Oliari and Others v. Italy 2015).

Con base en el análisis anterior, la CEDH procede a declarar que el Estado italiano ha sobre limitado el margen de apreciación existente y ha incumplido con su obligación positiva de asegurar que los demandantes y la población homosexual tengan una normativa específica aplicable que reconozca y proteja las uniones entre ellos (Case of Oliari and Others v. Italy 2015). Dicha sobre limitación de la Corte la justifica en dos puntos específicos.

En primer lugar, indica que el Estado italiano no ha señalado los intereses comunales prevalecientes sobre los intereses de los demandantes y, tan solo, se ha limitado a interpretar los sentimientos de la comunidad italiana, al señalar la sensibilidad moral y ética del asunto, sin indicar los derechos específicos vulnerados. Como bien señala la CEDH, en el presente caso lo que interesan son los derechos propios que otorgaría el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo y, para ello, toma en cuenta y recalca el movimiento hacia la legalización y creación de figuras legales que regulen las uniones de personas del mismo sexo en otros países de la comunidad europea, donde resalta el hecho que a la fecha de la redacción de la sentencia, veinticuatro de cuarenta y ocho países europeos las han regulado de alguna forma. Incluso, la Corte Europea toma en cuenta también el avance a nivel global en la materia y se refiere a reconocimientos legales llevados a cabo de países de las regiones americanas y austroasiáticas, mencionado específicamente la sentencia del caso Obergefell vs. Hodges (Case of Oliari and Others v. Italy 2015).

Por otra parte, en segundo lugar la CEDH destaca las repetidas órdenes y recomendaciones de la Sala Constitucional italiana y el sistema judicial italiano como tal, hacia el Poder Legislativo italiano la necesidad de legislar en la materia y el desacatamiento del parlamento italiano de las mismas afecta las responsabilidades del

sistema judicial y dejó a los demandantes sumidos en una situación de inseguridad jurídica (Case of Oliari and Others v. Italy 2015).

Finalmente, es relevante mencionar la sentencia del caso Chapin y Charpentier vs. Francia del presente año en donde la CEDH reiteró el criterio de que si bien los Estados pertenecientes no están obligados por la Convención a incluir en su legislación el matrimonio homosexual, si se les requiere que en su ordenamiento jurídico contemplen otras figuras jurídicas que regulen las uniones, para así garantizar los derechos fundamentales de la población LGBT (Madrigal 2016).

2. NACIONAL

La mayoría de la jurisprudencia nacional relevante para la materia bajo estudio proviene de la Sala Constitucional, específicamente de los últimos diez años. Sin embargo, el año pasado el Juzgado de Familia de Goicochea emitió una controversial sentencia, en donde se reconoce por primera vez en la historia del país, una unión de una pareja del mismo sexo. En esta sección se estudiarán las sentencias de dichos tribunales con el objetivo de comprender el desarrollo jurisprudencial con respecto a las uniones de personas del mismo sexo en Costa Rica.

i. SALA CONSTITUCIONAL

La primera sentencia de la Sala Constitucional (en adelante también ‘la Sala’) que interesa es la número 7262 emitida en el 2006. Dicho voto corresponde a una acción de inconstitucionalidad, promovida contra el artículo 176 del Código Penal, en tanto prohíbe y sanciona hasta con la pérdida de la libertad a las personas que, al ser del mismo sexo contraigan matrimonio y el artículo 14, inciso 6 del Código de Familia, en cuanto establece que es legalmente imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo, en virtud de que considera dichas normas contrarias al principio de igualdad, así como al principio de libertad previstos en lo artículo 28 y 33 de la Constitución Política, puesto que establece que se otorga un trato discriminatorio a las parejas del mismo sexo, las cuales quieran formalizar legalmente su relación por medio del matrimonio (07262 2006).

Con respecto al artículo 176 del Código Penal, la Sala rechazó la acción de inconstitucionalidad, pero en cuanto al artículo 14 inciso 6, la Sala procedió a realizar un análisis detallado de la alegada violación a cada principio. En cuanto al principio de igualdad, la Sala consideró en su voto que no existía violación alguna en virtud que la realidad muestra que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las parejas homosexuales; y por ende, el legislador está legitimado para dar, en este caso, un trato diferenciado. Asimismo, también indica que la norma legal persigue un fin constitucional originario de proteger el tipo de matrimonio aceptado por el constituyente originario, sin que ello implique que otros tipos de uniones no puedan tener regulaciones jurídicas para organizar sus propias circunstancias. A pesar de lo anteriormente señalado, la Sala también alega que no existe una prohibición para el constituyente derivado de regular las relaciones entre homosexuales (07262 2006).

Por otra parte, en relación con el principio de libertad, la Sala concluye que el artículo 14 inciso 6 del Código de Familia no lo vulnera; pues en ningún modo es esta una restricción al mismo, tan solo imposibilita a que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, no a que puedan sostener una relación sentimental o de pareja, sobre la cual no existe impedimento legal alguno (07262 2006).

La gran importancia de esta sentencia, sin embargo, se debe a la consideración final que hace la Sala en el voto en donde señala que *“la naturaleza y evolución histórica del matrimonio (que permite llegar a la conclusión contraria a las pretensiones del accionante), esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello, se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario. Estamos, entonces, en presencia de un escenario de lege ferenda, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado. Esto se indica, además, porque en la documentación que corre agregada en autos, y según lo expresado en la audiencia oral llevada a cabo durante la sustanciación de este proceso, algunos países han ido promulgando leyes (en sentido formal) que han dotado de un marco jurídico y ciertas formalidades a estas uniones, con el propósito de que*

tengan efectos jurídicos específicos en relación a las personas que las llevan a cabo. Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales". (07262 2006)

La segunda sentencia relevante de la Sala Constitucional para este proyecto de investigación, es el voto 18660-2007. En esta sentencia, a pesar de no declarar con lugar el recurso de amparo interpuesto, la Sala establece lo siguiente con respecto a la discriminación sexual:

“V.- Sobre la discriminación sexual. A través de su línea jurisprudencial esta Sala ha reconocido como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es contrario al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe en su artículo 26 la discriminación por motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; de lo que también deriva que no son permitidos los actos que atenten contra el derecho a la igualdad y dignidad humana de las personas por su orientación sexual, pues tienen derecho a acceder a cualquier establecimiento comercial y a recibir un trato igual, sin discriminación en razón de su preferencia sexual (18660 2007)”.”**

Dicho criterio ha sido reiterado en múltiples ocasiones en varios votos, uno de ellos el voto 20233-2011, en donde la Sala una vez más indicó que la discriminación por orientación sexual es contraria a la dignidad humana (20233 2010).

El tercer voto de la Sala Constitucional de gran importancia jurisprudencial es el número 13313-2010. Dicha sentencia fue emitida sobre una acción de inconstitucionalidad contra el Tribunal Supremo de Elección, en virtud de que este estaba promoviendo un referéndum sobre el Proyecto de Ley de Uniones Civiles entre Personas del mismo sexo (13313 2010).

En este caso la Sala declaró con lugar la acción interpuesta e indicó que los derechos humanos no pueden ser sujetos a un referéndum. Asimismo, detalló en cuanto a la naturaleza de los derechos de las minorías o grupos en desventaja que estos *“derechos humanos, fundamentales y de configuración legal de los grupos minoritarios o en desventaja, por haber sufrido, tradicionalmente, discriminación, sanción, exclusión y toda clase de prejuicios sociales -como ocurre con el de los homosexuales-, surgen a partir movimientos de reivindicación de éstos, ordinariamente, contra mayoritarios, dada la insistencia e inclinación natural de las mayorías por mantener y perpetuar cualquier discriminación y trato asimétrico. Los poderes públicos, de su parte, están obligados, por la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a garantizar y propiciar el respeto efectivo del principio y el derecho a la igualdad –real y no formal- de tales grupos (artículos 33 constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José). Las situaciones de discriminación pueden ser fácticas o jurídicas, serán del primer tipo cuando, ante la existencia de un grupo minoritario en desventaja y discriminado, no se adoptan medidas para superar tal estado de cosas (13313 2010)”*.

Como implicación directa de este voto, la recolección de firmas para el referéndum fue cancelada y este no se realizó. Por otra parte, como implicaciones indirectas, la Sala una vez más resaltó la responsabilidad del legislado, al indicar que debe ser este quien regule la unión de personas del mismo sexo y, en segundo lugar, y más importante aún, al declarar dicho referéndum como inconstitucional por versar este en derechos fundamentales de una minoría, la Sala calificó la unión de personas del mismo sexo como un derecho humano (13313 2010).

La cuarta sentencia relevante en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en la materia en discusión es el voto número 13800-2011. En esta resolución, la Sala declaró el artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo Número 33876-J, el cual establece que los privados de libertad únicamente podrán recibir visita íntima por personas de distinto sexo al suyo (13800 2011).

Al respecto la Sala señaló que *“la norma impugnada sí quebranta el principio de igualdad. Este Tribunal ha reconocido ampliamente que un principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de nuestro país es el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Pero ¿qué implica ese principio?, en palabras simples, implica dar un trato igual a iguales y desigual a desiguales, por lo que es constitucional reconocer diferencias entre personas o grupos de ellas, claro está, siempre y cuando, exista una diferenciación justificada de forma razonable y objetiva. Por lo tanto, la dignidad humana no puede violentarse a través de normas legales que no respeten el derecho inalienable que tiene cada persona a la diversidad, tal como sucede con la norma que se impugna en la presente acción, la cual establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva, pues se basa en criterios de orientación sexual, discriminando ilegítimamente a quienes tienen preferencias distintas de las de la mayoría, cuyos derechos o intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos. Tomando en cuenta que la norma tiene como fin el permitir el contacto de con el mundo exterior con el objeto de consentir la libertad sexual de los internos, la diferencia de trato no se encuentra justificada, toda vez que los privados de libertad con una orientación sexual hacia personas del mismo sexo, se encuentran en la misma situación fáctica de los privados de libertad con una orientación heterosexual, situación que resulta contraria no solamente al derecho de igualdad, sino también al derecho que tienen los privados de libertad de ejercer su derecho a comunicarse con el mundo exterior por medio de la visita íntima. Con base en las razones anteriormente expuestas, esta Sala estima que la frase ‘que sea de distinto sexo al suyo’ del artículo 66 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario, resulta a todas luces contrario al artículo 33 de la Constitución Política, por cuanto limita el derecho de autodeterminación sexual de los privados de libertad homosexuales (13800 2011)”*.

Finalmente, la última sentencia pertinente de la jurisprudencia de la Sala Constitucional es el voto 12703-2014. Dicho voto resuelve un recurso de amparo interpuesto por un abogado contra el Colegio de Abogados, por rehusarse este a extender un carné a su pareja, una persona de su mismo sexo, con el fin de que pudiera hacer uso de las instalaciones, beneficios y derechos que dicha corporación otorga a las parejas de sus afiliados. Para el recurrente esto es una violación del derecho de igualdad o discriminación contenido en el artículo 33 de la Constitución Política y, en otros tratados internacionales ratificados por Costa Rica. La Sala declaró con lugar el recurso interpuesto y determinó que el Colegio incurrió en una diferenciación de trato del recurrente y su pareja respecto de las parejas heterosexuales de los colegios, basado únicamente en la orientación sexual diversa de la persona, de tal forma que así violó el principio de igualdad y no discriminación (12703 2014).

ii. JUZGADO DE FAMILIA DE GOICOCHEA Y OTROS TRIBUNALES

El 20 de abril de 2015, el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José emitió la sentencia número 270, en donde reconoció por primera vez en la historia de Costa Rica una unión de hecho entre dos personas del mismo sexo.

El recurrente presentó la solicitud de reconocimiento legal de la relación en pareja que tiene en virtud que cumple con los requisitos de forma que se solicitan para una unión de hecho (pública, estable, notoria y a singular desde hace más de tres años). Asimismo, de modo expreso, reclama la aplicación del inciso m) del numeral 4 de la Ley General de la Persona Joven en concordancia con el artículo 242 del Código de Familia. Finalmente, también fundamenta su solicitud en los artículos 1, 2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5 de la Convención Iberoamericana de derechos de los jóvenes; 48 de la Ley General sobre VIH-SIDA; 7 y 12 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 y 33 de la Constitución Política (Sánchez Miranda 2015).

En cuanto al tema de fondo, el juez procedió a realizar en la sentencia un análisis detallado basado en dos puntos principales para determinar la viabilidad de reconocer legalmente una unión de personas del mismo sexo.

En primer lugar el juez señala que la familia es un concepto que ha cambiado por medio del tiempo y, en la actualidad, se aceptan la existencia de distintas modalidades de familia; por lo tanto, no puede afirmarse que el elemento procreacional es el parámetro para determinar si una grupo de personas es o no familia, ni siquiera en el matrimonio.

De ahí que señala la sentencia que *“la unión de dos personas, que establecen un vínculo afectivo, empático, solidario, merece el reconocimiento, un reconocimiento amparado en la base de los principios de la dignidad humana, la libertad, la intimidad, la igualdad y la protección contra discriminaciones. La función social de la familia también ha evolucionado, los mismos roles de género han ido mutando en la actualidad, los núcleos familiares están en función es formar un ambiente adecuado al desarrollo de la personalidad de sus miembros, lo que destaca la relevancia del afecto en la construcción de esas relaciones, de cada uno de sus integrantes. El valor de la familia, y lo que justifica su protección, está en la constitución de un espacio que permita a cada uno de sus integrantes su realización personal; es un ambiente de comunión, soporte mutuo y afectividad, el ropaje que asuma esa familia no debe segar su contenido. La familia ya no se confunde con una de sus formas, el matrimonio, pues también puede ser constituida por la unión estable o por uniones monoparentales. La idea de familia formada exclusivamente por el matrimonio ha sido superada por el pluralismo familiar sin que exista jerarquía entre sus formas”*. (Sánchez Miranda 2015).

En segundo lugar, el juez cita la Convención Interamericana de Derecho Humanos y el peso que esta tiene como norma supranacional e instrumento de protección de los derechos humanos, así como también se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo que esta ha dicho en cuanto al deber inexcusable que tiene el juez de concordar la normativa interna con la Convención, al aplicar el principio de convencionalidad. A partir de lo anterior, el juez señala que existe un trato diferenciado en la normativa costarricense, en cuanto a las uniones de hecho de personas del mismo sexo por el único motivo de la orientación sexual de las parejas y dicha discriminación no se sostiene en un Estado de Derecho respetuoso de los Derechos de sus ciudadanos. Finaliza su razonamiento al indicar que en el presente caso debe imperar una interpretación evolutiva consecuente con las reglas generales de interpretación consagrada en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados. Por ende, debe siempre elegirse

la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano, por cuanto no es posible cerrar los ojos ante la realidad social que viven cientos de parejas de personas del mismo sexo en Costa Rica (Sánchez Miranda 2015).

C. CONQUISTAS INSTITUCIONALES DE LA POBLACIÓN LGBT EN COSTA RICA

Sin lugar a duda el panorama institucional y social en Costa Rica con respecto a las uniones homosexuales ha cambiado drásticamente en el siglo XXI. A partir de mediados de la década pasada, se ha observado un esfuerzo notable por parte de distintos movimientos sociales, e incluso por algunos sectores institucionales y gubernamentales, por hacer valer los derechos de personas del mismo sexo, de ahí que entonces ha surgido una serie de ‘conquistas’ a nivel institucional para la población LGBT.

En el 2008, en el gobierno de Oscar Arias, mediante el decreto ejecutivo No. 34399-S se declaró el 17 de mayo como el Día Nacional contra la Homofobia, fecha que coincide con la eliminación, en 1990, de la homosexualidad de las listas de enfermedades mentales por parte de la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (Barrantes C. 2014). La implementación de esta fecha ha causado que en ella, varias instituciones públicas discutan, celebren e informen acerca de la población LGBT y sus distintos retos y luchas sociales, lo cual a su vez ha generado mayor conciencia en la población nacional.

Además, en el 2014, el Ministerio de Educación Pública, tomó la decisión de incluir la celebración contra toda forma de discriminación por orientación sexual, como parte de las celebraciones de las escuelas y los colegios públicos de todo el país. Esto con la finalidad de educar a la población y evitar situaciones como el matonismo en las aulas (Barrantes C. 2014).

Otra importante ‘conquista’ se daría en el 2013, mediante una reforma de la Ley a la Persona Joven presentada por el diputado José María Villalta del partido Frente Amplio, mediante la cual se abrió un portillo para las uniones civiles para personas del mismo sexo. En dicha modificación, la redacción final señalaría “*el derecho al reconocimiento,*

sin discriminación contraria a la dignidad humana, de los efectos sociales y patrimonios de las uniones de hecho” (Sequeira 2013).

Para Villalta, dicha frase modifica el artículo 242 del Código de Familia, en donde se establece que la unión de hecho solamente puede suceder entre hombre y mujer, de tal manera que permite así la unión homosexual. Asimismo, otros diputados agregaron que dicha reforma aunado a los votos de la Sala Constitucional en donde se le demanda al Poder Legislativo avanzar en el reconocimiento de las personas heterosexuales, tan solo refuerzan el hecho de que la modificación al artículo abre el camino para el reconocimiento de las uniones de hecho de personas del mismo sexo en Costa Rica (Sequeira 2013).

Sin embargo, varios diputados, especialmente los representantes de partidos conservadores religiosos, negaron que la reforma creara algún tipo de reconocimiento, a pesar de que unos cuantos incluso le solicitaron a la presidenta de entonces, Laura Chinchilla, vetar el proyecto de ley (Sequeira 2013). Independientemente de la opinión de cada diputado, como ya se observó con anterioridad, esta reforma impulsó que en el 2015, el Juzgado de Familia de Goicochea, reconociera la primera unión de hecho de una pareja homosexual en Costa Rica.

En mayo de 2014, con la entrada al poder del Gobierno del actual Presidente Luis Guillermo Solís, la lucha por los derechos de la población LGBT en Costa Rica obtendría otro gran impulso cuando el señor Presidente izó la bandera de la diversidad sexual en Casa Presidencial, como parte de las celebraciones del Día Nacional contra la Homofobia y declaró que dicho acto refleja la posición de respeto a los derechos humanos por parte del Gobierno (Mata 2014).

Además, ese mismo mayo de 2014, tendría quizá la mayor ‘conquista’ de la población LGBT a nivel institucional cuando la Caja Costarricense del Seguro Social aprobó una modificación en el Reglamento del Seguro de Salud para facultar a una persona homosexual a asegurar a su pareja (Ruis Ramón and Láscarez S. 2014).

En esta reforma se precisó que el beneficio familiar es una forma de protección que el seguro de salud otorga, entre otros, a compañeros del asegurado y definió compañero(a)

como conviviente de forma estable, con el cual se comparten alimentos, cama y cohabitación sexual; pública al menos por tres años ininterrumpidos; evidente, patenta, notoria; exclusiva: no simultánea, fiel, y bajo el mismo techo. De dicha definición es notorio que el sexo de los compañeros es indiferente para el otorgamiento de la protección. Como bien lo estableció la Junta Directiva la CCSS es un medio de acreditación de las características de la unión sin distinción de sexo, a los efectos del trámite del beneficio familiar de las parejas por parte de quien ostente la condición de asegurado directo (Ávalos R. 2014).

Por otra parte, en el 2015, como parte del compromiso de la Administración Solís, el reglamento del Depósito Libre Comercial de Golfito se reformó de manera tal que parejas homosexuales podrían unir tarjetas de compra. Dicho cambio se implantó para todo tipo de parejas, tanto homosexuales como heterosexuales y no solamente para parejas casadas heterosexuales como solía ser (Madrigal 2015).

Asimismo, en junio de 2016, la lucha por el reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo tendría otro gran impulso con la aprobación de la CCSS del Reglamento del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte para permitir la pensión por viudez a la población homosexual. Unos días más tarde, el Ministerio de Trajo reconocería dicha pensión de viudez para personas del mismo sexo en todos los regímenes de jubilación con cargo al Presupuesto Nacional (Chinchilla and Jiménez 2016).

Por último, es importante recordar que los grupos ‘pro-familia’ en el país como la Iglesia Católica por ejemplo, han criticado y argumentado que la legalización y el reconocimiento del matrimonio igualitario destruirían la familia costarricense. Sin embargo, no critican ni abogan por la eliminación del divorcio, el cual jurídica y fácticamente deshace un matrimonio, a diferencia de las uniones de personas del mismo sexo, las cuales solo crean nuevas familias en el país.

D. CASOS DE UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL REGISTRO CIVIL DE COSTA RICA

A diferencia de otras institucionales y entidades públicas de Costa Rica como el Ministerio de Trabajo y la Caja Costarricense del Seguro Social, el Tribunal Supremo de

Elecciones, específicamente el Registro Civil, se ha rehusado, bajo los argumentos de apego a la ley, a reconocer uniones de personas del mismo sexo o sus efectos, aun cuando existen argumentos o particularidades del caso que podrían exigir el reconocimiento. Los siguientes dos casos muestran esto.

A finales de 2010, dos mujeres, una costarricense-española y su esposa, casadas civilmente en Suiza en el 2007, intentaron inscribir a sus dos hijos como propios en el Registro Civil. Sin embargo, el Registro se negó al alegar que la ley costarricense señala que progenitores son hombre y mujer, por lo cual solo podría inscribir a una de las mujeres (la progenitora) como madre de los menores. Las solicitantes presentaron entonces un recurso de amparo ante la Sala Constitucional y a la fecha esperan el fallo del Tribunal Constitucional (Soto 2014).

El segundo caso sucedió en el 2015, cuando dos mujeres se casaron civilmente en el país debido a que una de ellas, por error del Registro Civil, estaba inscrita como hombre desde su nacimiento (Fallas 2015). El caso causó gran revuelo en los principales medios de prensa del país y el Registro Civil, bajo órdenes de su director, Luis Bolaños, demandó ante los tribunales penales a las dos mujeres y al notario por realizar un matrimonio ilegal (Murillo 2015).

CAPÍTULO TERCERO:
ANÁLISIS DE LOS CASOS HIPOTÉTICOS PLANTEADOS Y SUS IMPLICACIONES
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Los primeros dos capítulos de este proyecto de investigación se han enfocado en proveer un detallado estudio de la figura de unión familiar desde una visión histórica y jurídica, tanto a nivel local como a nivel mundial. Costa Rica, sin duda alguna, no es excepción a las tendencias histórico-jurídicas mundiales, en cuanto al desarrollo de la familia y del matrimonio como unión familiar.

Para efectos del análisis de este último capítulo de tesis, cabe efectuar una serie de consideraciones preliminares sobre lo estudiado en los primeros dos capítulos, particularmente en cuanto a los efectos jurídicos y sociales de las uniones familiares, entendido el término unión familiar como matrimonio civil, unión de hecho o alguna otra figura jurídica que reconozca la unión como tal, como serían los PACS en el caso de Francia, por ejemplo.

Con respecto a este estudio realizado en los dos capítulos anteriores, se podría establecer entonces que las uniones familiares tienen dos tipos de efectos: principales y secundarios.

Los efectos principales responden al reconocimiento de la unión como tal, tanto a nivel social como jurídico. Es decir que la sociedad pública y privada reconoce la existencia de un vínculo que convierte a dos individuos en cónyuges.

Ahora bien, ese reconocimiento implica una serie de efectos secundarios que responde a los derechos y los deberes que cada cónyuge tiene con su pareja dentro de la relación jurídica de la unión como tal, así como también con la sociedad en sí. Asimismo, la sociedad también debe reconocer y cumplir con una serie de derechos y deberes hacia la unión y los individuos que la compongan. Estos efectos secundarios son, por ejemplo, las pensiones, los seguros, los alimentos, entre otros.

Como se observa en el segundo capítulo de este proyecto de investigación, hoy en Costa Rica, la jurisprudencia y las instituciones públicas del país reconocen varios de estos efectos secundarios de las uniones de personas del mismo sexo. La Sala Constitucional, por ejemplo, ha reconocido en sus votos que la discriminación por razones de orientación sexual es inconstitucional. De ahí que obligó a los Colegios Profesionales a permitir el acceso y disfrute de sus instalaciones a las parejas de los agremiados homosexuales y a las cárceles del país a permitir la visita de parejas de privados de libertad homosexuales. De igual forma, la Caja Costarricense del Seguro Social modificó sus reglamentos internos para permitir que las personas homosexuales puedan asegurar a su pareja, así como también para aplicar la pensión por viudez.

Sin embargo, en Costa Rica, aun no se ha presentado una situación jurídica propiamente que haya motivado a un tribunal a resolver el fondo de un caso de obligaciones generadas por vínculos de filiación, tal y como el deber de alimentos en una unión homosexual³. ¿Qué sucedería en dicha situación? ¿Cómo procedería a resolver el juez costarricense el fondo de un asunto como este? ¿Qué implicaciones tendría para el ordenamiento jurídico costarricense lo que el juez podría resolver?

El Derecho Internacional Privado ofrece, en ese sentido, una vía para poder analizar enfáticamente si la filiación en una pareja homosexual podría o debería de reconocerse en el ordenamiento jurídico costarricense. Los siguientes dos casos hipotéticos de Derecho Internacional Privado lo demuestran.

II. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

A. PRIMER CASO

Los hechos probados del caso son los siguientes: dos mujeres españolas contraen matrimonio en España en el 2006. Una de las cónyuges es abogada y trabaja para una firma de abogados en donde recibe un monto alto de ingresos al mes. La otra, no trabaja

³ En la actualidad existe una sentencia del Tribunal de Familia que reconoció una unión de hecho de dos hombres costarricenses, sin embargo, esta y la ley sobre la cual se basó el juez para otorgar el reconocimiento se refieren a los efectos principales de una unión familiar, y además, están bajo cuestionamientos de constitucionalidad y validez por parte de la Corte Suprema y de la Asamblea Legislativa. Ver Capítulo Segundo, sección III.B.2.ii, páginas 94-96.

para así poder dedicarle tiempo al hogar que mantiene junto con su esposa y a la hija de siete años que adoptaron en conjunto en el 2007. Es esta cónyuge quien se encarga de llevar a la niña a la escuela, así como también es la que vela por el mantenimiento del hogar que comparte junto con su esposa e hija, desde la compra de los alimentos que consumen, hasta la limpieza y otros oficios del apartamento en el que viven. La abogada meramente dedica la gran mayoría de su tiempo a trabajar en la firma y proveer los ingresos para su familia. En enero del 2016, sin embargo, decide abandonar su hogar en España y se viene a vivir a Costa Rica con una mujer costarricense que conoció por medio de su trabajo. Una vez en el país, consigue trabajo, así como también el permiso laboral correspondiente para un extranjero, en una firma local. Su esposa decide demandarla aquí en Costa Rica y pide el divorcio, así como también una pensión para ella y su hija.

En primer lugar, el juez costarricense debe reconocer la naturaleza internacional del caso en virtud no solo de las nacionalidades de las cónyuges, si no más importante aún, del domicilio en donde se desarrolló dicha unión. En este caso: España. A partir de ahí debe determinar si es competente para conocer el caso. El artículo 46, inciso 1 del CPC señala que un juez costarricense es competente para conocer un caso internacional cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, estuviera domiciliado en Costa Rica. En el presente caso, la cónyuge demandada esta domiciliada en Costa Rica y trabaja en un bufete de abogados en el país. Por ende, el juez costarricense determina que puede conocer del caso.

Ahora bien, en virtud de que el juez nacional se encuentra ante una situación jurídica de naturaleza internacional en la cual es competente, está en la obligación de establecer cuál es la ley que aplica para el presente caso. Para ello, debe aplica las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en el Código Civil. El artículo 27, párrafo tercero del Código Civil, señala que con respecto a matrimonios, se atenderá a las leyes del lugar donde hubieren convenido en establecerse los cónyuges; y a falta de ese convenio, a las del país donde tenga su domicilio el cónyuge demandado, o, en el caso de separación a las del domicilio de cualquiera de ellos.

En este caso, como bien se observa, el último domicilio conyugal se mantiene y esta es España, por lo cual para el presente caso el juez determinaría que la ley aplicable es la española.

Ahora bien, cabe notar que el artículo 29 del Código Civil señala que el matrimonio contraído por extranjeros fuera de Costa Rica, con arreglo a las leyes del país en que se celebre, surtirá todos los efectos civiles del matrimonio legítimo, siempre que no esté comprendido entre los matrimonios que son legalmente imposibles.

El juez podría pretender aplicar este artículo 29 para alegar que en el caso en concreto, se está ante un matrimonio legalmente imposible en Costa Rica, por lo cual los efectos civiles de la ley española en cuanto a la unión homosexual no aplicarían. Sin embargo, de hacer esto, el juez estaría cometiendo un error de aplicación del derecho, pues la presente norma no es, en primer lugar, una norma de conflicto como tal; por lo tanto, no se puede utilizar para determinar la ley aplicable para el caso concreto, sino que es una norma material especial que no tiene conexión con el resto del capítulo de derecho internacional privado del Código Civil; pues es una norma de orden público interno, no es constitucional en virtud de que ha sido superada en forma amplia por la jurisprudencia de cortes internacionales tal y como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Atala Rifo vs. Chile*, así como también la Sala Constitucional que ha reconocido diversos efectos civiles de las uniones homosexuales en Costa Rica.

De la misma forma, un juez también podría pretender aplicar a contrario sensu el artículo 18 del Código Civil, donde señala que la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, solo serán válidas cuando no contraerían el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros. En este supuesto, el juez alegaría que en el presente caso la unión del mismo sexo es contraria al orden público costarricense, por ser esta una figura que no está reconocida en la ley nacional. Dicha aplicación de este artículo sería errónea y se caería en el mismo error que ha cometido la Sala Primera en múltiples ocasiones con los *exequatur* de divorcio por mutuo consentimiento, en las décadas anteriores a que en Costa Rica dicha causal rigiera.

Como se ha podido observar en las lecturas de diversos autores presentadas en capítulos anteriores, el error estaría en confundir los términos del orden público interno y orden público internacional; pues esta norma del Código Civil se refiere al primero y como el caso es de naturaleza internacional, no aplicaría porque este más bien responde al orden público internacional costarricense.

Una vez señalado lo anterior, el juez costarricense si podría entonces alegar que la ley española no aplica en virtud de que la aplicación de ella afectaría principios y valores constitucionales intrínsecos de la sociedad y el ordenamiento jurídico costarricense contenidos en el orden público internacional costarricense.

B. SEGUNDO CASO

Se consideran los siguientes hechos probados: dos ciudadanos hombres estadounidenses, residentes del estado de Massachusetts, contrajeron matrimonio en el 2004. Uno de ellos es 20 años mayor que el otro y es uno de los principales dueños de una empresa multinacional que le genera millones de dólares en ingresos al año. Su pareja, se casó con él cuando tenía 23 años y aún estaba cursando sus estudios universitarios. Nunca los término y, a la fecha no tiene trabajo y vive de los ingresos de su marido.

En el 2008, el primer cónyuge, compra una propiedad en el desarrollo Hacienda Pinilla en la provincia de Guanacaste, Costa Rica. En ella, construye una casa de vacación en la cual disfrutó varias temporadas con su pareja y sus respectivas familias. En al 2014, la pareja decide divorciarse por mutuo consentimiento en los Estados Unidos y el juez estadounidense que emite la sentencia, declara la casa y propiedad en Pinilla como bien ganancial y se la otorga, en la repartición de bienes, al cónyuge más joven. El cónyuge mayor se rehúsa a traspasar a nombre de su ex esposo la propiedad, por lo cual este último se ve obligado a presentarse a la Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica para que realice el reconocimiento de la sentencia extranjera y ordene su aplicación inmediata en suelo nacional.

La Sala Primera, como bien lo señala el artículo 707 del CPC es el tribunal competente para conocer los procedimientos de ejecución de sentencias en Costa Rica. Los magistrados de esta Sala deberán entonces asegurarse que la solicitud de *exequatur* emitida por uno de los cónyuges, cumpla con los requisitos establecidos por el artículo 705 del CPC. Ahora bien, el sexto y último de estos requisitos establece que para que la sentencia surta efectos en Costa Rica, no puede ser contraria al orden público.

El orden público citado en el inciso de este artículo, es a diferencia del orden público mencionado en los artículo 18, 19 y 27 del Código Civil, el orden público internacional,

en virtud de que todos los casos de *exequatur* responden a la aplicación o el reconocimiento de sentencias, autos con carácter de sentencia o laudos arbitrales emitidos en ordenamientos jurídicos extranjeros. Como ya se ha señalado en múltiples ocasiones, durante el desarrollo de este proyecto de investigación, la Sala Primera ha cometido el error en varias de sus sentencias de *exequatur* de confundir los términos de orden público nacional con orden público internacional, al alegar la excepción de orden público interno para no reconocer los efectos de una sentencia extranjera en Costa Rica en vez de realizar el análisis correspondiente de si dichas figuras jurídicas podría existir en el ordenamiento nacional o si son contrarias al orden público internacional costarricense.

Lo anterior sucedió en varias sentencias extranjeras de divorcio por mutuo consentimiento, en donde el tribunal indicó que como en la ley costarricense no existía (en ese entonces) la causal de mutuo consentimiento como causal de divorcio, no se podía reconocer el divorcio (Ortiz Martin 1969, 193).

Una vez señalado esto último, los magistrados de la Sala, sin embargo, sí podrían alegar que en el presente caso la sentencia de divorcio emitida por el tribunal del estado de Massachusetts de los Estados Unidos de América, no puede reconocerse en Costa Rica en virtud de que sus efectos serían contrarios al orden público internacional costarricense, puesto que consideran que las uniones de personas homosexuales como tal son contrarias a los valores y los principios constitucionales que inspiran y son la base esencial del ordenamiento jurídico nacional.

Como se puede observar entonces, tanto en este último caso como en primero presentado en este capítulo, los jueces y los magistrados nacionales podrían no aplicar la ley extranjera y alegar la excepción de orden público internacional basados en el argumento de que las uniones homosexual *per se* son contrarias a los valores y los principios constitucionales que inspiran y componen el ordenamiento jurídico costarricense. Sin embargo, esto último suscitaría la siguiente interrogante, eje central de la problemática de este proyecto de investigación: ¿es la unión homosexual contraria al orden público internacional costarricense?

III. REPLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS DESDE DOS PUNTOS OPUESTOS

De la anterior pregunta se podrían obtener dos respuestas: sí y no. Para efectos de este proyecto de investigación ambas respuestas son relevantes, no solo por las consecuencias que tendrían; sino también por las implicaciones directas e indirectas para el ordenamiento jurídico costarricense.

A. TESIS 1: LAS UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO SON CONTRARIAS AL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COSTARRICENSE

Si se parte del supuesto que en efecto, las uniones homosexuales son contrarias al orden público internacional costarricense en su totalidad, tanto el juez nacional en el caso del primer supuesto jurídico, como los magistrados de la Sala Primera en el segundo, prescindirían de la aplicación de la ley española o el reconocimiento de la sentencia del estado de Massachusetts respectivamente. En su lugar, en el primer caso aplicarían la ley costarricense, en virtud de que corresponde el domicilio del demandado y el ordenamiento jurídico del tribunal que conoce del caso, mientras que en el segundo, no reconocerían los efectos de la sentencia estadounidense en el territorio nacional.

Lo anterior tendría una serie de implicaciones para cada uno de los casos. Con respecto al primero, si la ley aplicable es la costarricense, como efecto directo, no se reconocería la unión entre las dos españolas en virtud de que se considera que el matrimonio civil homosexual y la unión de hecho homosexual vulneran principios y valores esenciales constitucionales. Esto a su vez, podría tener el efecto indirecto del no reconocimiento de la solicitud de pensión en favor de la cónyuge demandante para ella y la menor de edad.

En cuanto al segundo caso, la decisión de la Sala Primera de no reconocer los efectos de la sentencia de divorcio, dejaría sin un mecanismo de coercibilidad al cónyuge solicitante para obligar a su ex esposo a la ejecución de lo dictado en la sentencia estadounidense y a traspasar a su nombre la propiedad en Hacienda Pinilla.

Como se puede observar, en ambos casos las uniones de estas personas del mismo sexo han generado efectos secundarios, más allá de la unión misma, que son imprescindibles para la situación fáctica en la que se encuentran los cónyuges solicitantes y no se estarían

regulando debido a la laguna jurídica del ordenamiento costarricense para dichas circunstancias jurídicas. Esta falta de regulación estaría dejando en desprotección estas dos situaciones de necesidad y vulnerabilidad.

Cabe recordar que los tres fines a los cuales aspira el Derecho según la axiología jurídica son: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común (Haba 2004, 150-156). De estos tres, interesa para la argumentación en el presente capítulo la seguridad jurídica.

El Derecho tiene como uno de sus fines esenciales la búsqueda de la seguridad jurídica, por lo cual pretende ofrecer las respuestas a cualquier situación y necesidad social que surja. Cuando en el derecho no existe una norma que pueda regular una situación fáctica específica, es cuando aparecen las llamadas lagunas jurídicas (Haba 2004, 150-156).

Si en los presentes dos casos aplicará la excepción de orden público internacional en su totalidad, las situaciones de vulnerabilidad previamente identificadas no serían reguladas en virtud de la existencia de lagunas jurídicas en el ordenamiento jurídico costarricense. Esta necesidad aquí señalada ha sido reconocida incluso por la Sala Constitucional, quien en su voto 7262, señaló que el *“un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario”*. (07262 2006).

La Sala incluso va más allá al reconocer la posibilidad de que casos como los dos aquí hipotéticamente planteados podrían presentarse en la realidad cuando alega que *“[e]stamos, entonces, en presencia de un escenario de lege ferenda, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado. Esto se indica, además, porque en la documentación que corre agregada en autos, y según lo expresado en la audiencia oral llevada a cabo durante la sustanciación de este proceso, algunos países han ido promulgando leyes (en sentido formal) que han dotado de un marco jurídico y ciertas formalidades a estas uniones, con el propósito de que tengan efectos jurídicos específicos en relación a las personas que las llevan a cabo (07262 2006).”*

Más allá de la vulneración a la seguridad jurídica, valor esencial del ordenamiento jurídico costarricense y el cual está debidamente consagrado en principios constitucionales como el debido proceso, la irretroactividad de ley, la presunción de inocencia, el estado de derecho, entre otros, dejar sin regular estas situaciones podrían generar incluso una inconstitucionalidad al violarse normas o principios constitucionales contenidos en la Constitución Política y en tratados internacionales ratificados por el país. Ahora bien, la jurisprudencia y la doctrina ofrecen una opción, o mejor dicho, un punto medio, para los jueces que se encuentren en situaciones como estas, con el fin de evitar que no se reconozcan estados de necesidad similares a los de los casos anteriores, sin validar la figura que consideran contraria al orden público internacional. Esto sería posible por medio del concepto de efectos atenuados del orden público.

Recuérdese el caso del matrimonio polígamo musulmán, en donde la segunda esposa del hombre lo demandó por alimentos en Francia. Si bien el tribunal francés consideró el matrimonio polígamo contrario al orden público francés y, por ende, no reconoció la unión entre el hombre y su segundo esposa, sí reconoció los efectos derivados de esa unión y determinó que el hombre debía pagarle una pensión alimenticia a su segunda cónyuge, a la cual había abandonado.

Tanto el juez costarricense en el primer caso, como los magistrados de la Sala Primera en el segundo, podrían aplicar este concepto de orden público atenuado y si bien no reconocerían las uniones en sí, si determinarían la existencia de la relación de dependencia derivada de ellas, y las regularían debidamente. Lo anterior implicaría que podrían otorgar la pensión a favor de la cónyuge y su hija que permanecieron en España, y ejecutar la sentencia de divorcio únicamente en cuanto al inmueble en Guanacaste se refiere. Esto implicaría el reconocimiento de los efectos secundarios de una unión del mismo sexo en Costa Rica, específicamente en cuanto a la filiación que existe entre los miembros que la componen.

Ahora bien, este análisis se ha hecho con respecto a situaciones en donde opera el orden público internacional y en los cuales el juez debe aplicar la ley extranjera o bien reconocer una sentencia emitida por un órgano extranjero. ¿Qué sucedería si el juez costarricense debe resolver un caso de derecho internacional privado en el cual la ley aplicable es la costarricense? ¿Operaría este mismo concepto de efectos atenuados del orden público?

¿Se deberían de reconocer de igual forma los efectos secundarios de la unión? El siguiente caso, tercero y último, expone con mayor claridad estos cuestionamientos.

1. TERCER CASO

Los hechos del caso son los siguientes: dos hombres argentinos contraen matrimonio en el 2011. Ese mismo año, adoptan a un niño recién nacido. En enero de 2015, se trasladan a Costa Rica por motivos del trabajo de uno de ellos. En marzo de 2016, su esposo le pide el divorcio y lo demanda en los tribunales de familia costarricenses por la causal de infidelidad. En el escrito de demanda, solicita que se le reconozca a él y a su hijo una pensión; pues por motivos del traslado de Argentina a Costa Rica por el trabajo de su esposo, él había renunciado al suyo en Argentina y aún no había conseguido uno en el país. Asimismo, en virtud de que estaba desempleado, se había dedicado principalmente al cuidado y la crianza de su hijo.

En primera instancia, el juez nacional deberá reconocer la naturaleza internacional del caso en virtud de la nacionalidad argentina de ambas partes y por la existencia de un vínculo jurídico que nació en otro ordenamiento jurídico con arreglo a las normas de este. Una vez determinado lo anterior, deberá resolver si es competente para conocer del caso. El artículo 46 del CPC le permitirá determinar que, en efecto, es competente para conocer del caso en virtud de que el demandado está domiciliado en Costa Rica como bien lo indica el inciso primero de la norma.

En segundo lugar, deberá indicar la ley que aplicará para resolver el fondo del caso. El artículo 27, párrafo tercero, como ya bien fue mencionado, señala que respecto de matrimonios, se atenderá las leyes del último domicilio conyugal. En ese caso, este domicilio es San José, Costa Rica por lo cual, para el presente caso rige la ley del foro que es la ley costarricense.

Como bien se conoce, en Costa Rica las uniones de personas del mismo sexo no son reconocidas por la ley. Además, la normativa vigente del Código de Familia, es muy clara al señalar que el matrimonio civil en el país solo será válido si los cónyuges son de distinto sexo (Hulbert Volio 2010, 14). Dado que en el presente caso aplica el ordenamiento interno, el juez podría emplear válidamente el artículo 18 del Código Civil para resolver

el proceso e indicar que la unión de los argentinos es contraria al orden público interno costarricense. De esta forma, no se reconocería la unión contraída en Argentina con arreglo a las leyes de dicho ordenamiento, y por ende, el fondo del asunto quedaría sin resolver en virtud de que en el país no existe la normativa correspondiente para la situación determinada.

Al igual que en los supuestos mencionados anteriormente en este capítulo, esto último dejaría sin regulación los efectos derivados de dicha unión por lo cual la pensión para el cónyuge y para el niño, no se otorgarían.

Si bien es cierto que bajo esta situación y estas circunstancias el juez nacional estaría actuando conforme le corresponde según la ley costarricense, podría generar una eventual inconstitucionalidad, debido a una violación a la jerarquía normativa.

En Costa Rica, la Constitución Política establece y la Sala Constitucional ratifica mediante su jurisprudencia que “[*l*os tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes (Constitución Política de Costa Rica, 1949).”

El artículo 3.1 del Convención sobre los Derechos del Niño señala que “[*e*n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (Niño 1989).” Por su parte, el artículo 4 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias indica que “[*t*oda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación”. (Alimentarias 1989).

Estos dos tratados han sido debidamente ratificados por Costa Rica⁴, por lo cual las normas y los principios que contienen son de rango constitucional y, en efecto, de mayor

⁴ La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por la Asamblea Legislativa de Costa Rica mediante ley número 7148 el 18 de julio de 1990, mientras que la Convención Interamericana sobre

jerarquía normativa que la ley costarricense. Esto implica entonces que si el juez costarricense no regula la situación fáctica del menor de edad en el caso que aquí interesa, estaría contradiciendo estas dos últimas normas citadas, las cuales tienen mayor rango que las contenidas en el Código Civil y Código de Familia que justificaron su decisión de no reconocer la unión. ¿Qué podría entonces hacer el juez?

Aplicar los efectos atenuados del orden público. De esta forma separa los efectos periféricos del efecto nuclear o principal que es el vínculo de unión. Así, no contradice el orden público nacional al no homologar una figura que no existe en el ordenamiento y que es contrario a ley, y a la vez, evita generar eventuales inconstitucionalidades. Lo anterior implicaría, eso sí, el reconocimiento de los efectos secundarios derivados de la filiación de la unión entre los dos argentinos y el menor a su cargo.

B. TESIS 2: LAS UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO NO SON CONTRARIAS AL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COSTARRICENSE

Ahora bien, pártase del supuesto que las uniones de personas del mismo sexo no son contrarias al orden público internacional costarricense. ¿Qué argumentos existen, en primer lugar, para justificar dicha afirmación? ¿Y qué significaría esto para el ordenamiento jurídico costarricense y para las parejas estables de personas del mismo sexo en Costa Rica?

Como bien ya se ha indicado en este proyecto de investigación, en Costa Rica se han reconocido a nivel jurídico e institucional, una serie de derechos y deberes para las personas del mismo sexo. Los más importantes, sin duda alguna, son el derecho a asegurar a su pareja, la prohibición a establecimientos tanto privados como públicos a discriminar por orientación sexual, y el derecho a aplicar para una pensión por viudez.

De igual forma, existen otros hechos relevantes que demuestran el reconocimiento público y la solidaridad por parte de institutos públicos con la lucha por la igualdad de derechos de la población LGBT costarricense, tal y como la declaratoria del Día Nacional contra la Homofobia y su posterior incorporación al calendario del MEP, así como

Obligaciones Alimentarias fue ratificada por la Asamblea el 8 de diciembre del año 2000 mediante ley número 8071 (Valverde 2005).

también, la izada de la bandera de la diversidad por parte del actual Gobierno del Presidente Luis Guillermo Solís, claro y manifiesto compromiso público con un sector de la población.

Además, la misma Sala Constitucional, desde el 2006, reconoció la laguna jurídica que existe en la legislación nacional con relación al tema y la necesidad de crear las normas correspondientes para regular y cumplir con la seguridad jurídica del ordenamiento. Posteriormente, en el 2010, declaró inconstitucional un referendo nacional propuesto por el Tribunal Supremo de Elecciones sobre un proyecto de ley de uniones de personas del mismo sexo, expresamente declaró que este no podía efectuarse, en virtud de que trataba sobre derechos humanos de una minoría, por ende calificó al derecho a contraer unión civil para las personas del mismo sexo como mismo como un derecho humano.

Finalmente y como bien se ha analizado en la sección anterior, en caso de que el ordenamiento jurídico costarricense estuviera ante situaciones jurídicas específicas de personas del mismo sexo, reconocería la filiación derivada de dichas uniones, so pena de incurrir en posibles inconstitucionalidades.

Todo lo anterior implica que en la actualidad, en Costa Rica, las institucionales públicas y jurídicas principales del país, así como también, los valores y los principios constitucionales que inspiran el ordenamiento jurídico costarricense, reconocen los efectos secundarios primordiales que se generan en una unión entre personas del mismo sexo. Quizás el único reconocimiento aún pendiente, es el registral y, como bien se pudo observar en el capítulo segundo, el Tribunal Supremo ha actuado, en casos relacionados al tema, con gran apego y recelo conservador.

Si un ordenamiento reconoce claramente los efectos derivados más importantes de una figura jurídica, no tiene sentido alguno que esa figura fuera contraria al orden público de este si no es meramente por un formalismo o cuestiones del imaginario social y religioso, indiferentes de la realidad actual del país y las relaciones fácticas que en ella se desarrollan. Las uniones de personas del mismo sexo no atentan contra el orden público internacional costarricense, los hechos desarrollados en la última década del país y las normas de Derecho Internacional Privado costarricense lo demuestran claramente.

¿Cuáles consecuencias entonces tendría esta declaración para las relaciones de hecho estables que mantienen ciudadanos costarricenses del mismo sexo en el país? ¿No se podría alegar que, en virtud del reconocimiento por parte de la Sala Constitucional de una necesidad por legislar en el tema, así como también la determinación de que los valores y principios esenciales del ordenamiento reconocen los efectos de las uniones de personas del mismo sexo en el país, el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia es inconstitucional? Las afectaciones y consecuencias que tiene admitir esta segunda tesis son extensas y de múltiples complejidades, y para poder resolverlas, particularmente cuestionamientos como este último realizado, sería necesario otro proyecto de investigación como el aquí realizado.

CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

Con el fin de elaborar las conclusiones generales y sintetizar los aportes realizados por este proyecto de investigación, resulta necesario dividir esta última sección del trabajo en dos partes: la primera relacionada con los objetivos específicos planteados a inicios de la investigación, y la segunda con la hipótesis y el objetivo general redactados en la introducción

I. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

En cuanto a los objetivos específicos de la investigación se refiere, a continuación se restablecen los mismos y se desarrolla detalladamente su cumplimiento:

- **Investigar el desarrollo histórico de las relaciones familiares en la sociedad y en el derecho**

Con respecto a lo investigado en el desarrollo del presente trabajo y, según lo establecido por este primer objetivo específico, se define la evolución histórica que han tenido las relaciones familiares en la sociedad y en el derecho.

Desde épocas antiguas el ser humano ha vivido en comunidad para protegerse de otros animales. Antes de que existiera la escritura y la agricultura, los humanos ya vivían en manadas, en donde prevalecía una comunidad sexual obligatoria donde ningún miembro de la manada podía negarse si era escogido por una persona como compañero sexual. Eventualmente, este tipo de familia desapareció y, en su lugar, surgió la familia consanguínea en donde los grupos conyugales se definían por generaciones y las relaciones sexuales no eran permitidas entre miembros de una misma generación. Posterior a la familia consanguínea, vino la familia punalúa, en donde surgió la gens matriarcal y se reconocían los descendientes por vía cognática de una antepasada común. Finalmente, conforme las manadas aumentaron su tamaño, se empezaron a formar parejas más estables y apareció la familia sindiásmica, en donde se mantenía el parentesco cognático.

Con la aparición de la agricultura, la ganadería y la metalurgia, la importancia económica del hombre aumentó en forma desproporcionada y para poder heredar a sus hijos directamente, se cambió el modelo de la familia sindiásmica por un sistema patriarcal en donde la gens agnática prevalecía. Este sistema impuso la monogamia femenina con el propósito de asegurar la filiación de los futuros herederos del hombre y con él se reemplazó la unión sindiásmica por el matrimonio indisoluble o semi-indisoluble, en donde lo que importaba era la fidelidad de la mujer. Una vez que la Iglesia Católica apareció, este tipo de matrimonio se reguló por cientos de años por el derecho canónico y se le consideró como un sacramento religioso.

En el siglo XVI, con la creación de los primeros estados modernos, y la pérdida del poderío de la Iglesia Católica, así como también con la aparición del modelo capitalista la industrialización y otros fenómenos económicos, el trabajo de la mujer fue revalorado y esta adquirió mayor independencia. Aunado a las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX, gran cantidad de sociedad occidentales dejaron de regular el matrimonio con el derecho canónico y establecieron la figura del matrimonio civil y el divorcio vincular, convirtiendo de esta forma al matrimonio en disoluble. A pesar de esto, el modelo capitalista y moderno siguió siendo de carácter androcrático y de corte patriarcal.

A pesar de que la influencia del derecho canónico se vio enormemente reducida con la aparición del Estado moderno durante el siglo XVIII, a las uniones de hecho, las cuales se les llamaba concubinato, continuaron siendo inválidas y mal vistas socialmente, pero no prohibidas y penadas con severidad como en el siglo XV por la Iglesia Católica. Durante el siglo XIX, en particular en Francia, la jurisprudencia, mediante una lenta y compleja elaboración, fue resolviendo los problemas concretos que aparecieron debido a la inexistencia de la figura en el ordenamiento jurídicos, y no fue hasta inicios de la siglo XX que se empezaron a promulgar leyes que reconocieron la unión de hecho.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, con la aparición de nuevos modelos de familia, como la familia interracial, la familia de padres o madres solteros y especialmente, la familia homoparental, la noción de relación familiar ha continuado evolucionando para adaptarse a los cambios sociales. Con respecto a las relaciones homosexuales, estas, a pesar de que en sociedad antiguas como la griega antigua y la romana, eran reconocidas e incluso fomentadas, con la aparición de la Iglesia Católica, se prohibieron y se

condenaron como pecado. Es hasta finales del siglo XX, que en algunos países europeos se empezó a reconocer a nivel legal las relaciones entre personas del mismo sexo y en el caso del continente americano hasta incisos del siglo XXI.

Sin duda alguna, se puede concluir mediante este desarrollo histórico, que las relaciones familiares han variado a través del tiempo en formas distintas, al considerar las costumbres y las tradiciones de las diferentes culturas. Es claro que las relaciones familiares están sujetas a los cambios y las necesidades de cada sociedad. Actualmente, en el caso de la sociedad occidental, las familias homoparental son el último de las situaciones fácticas en aparecer que están una vez más generando cambios a nivel jurídico y social en la figura de la familia.

- **Identificar los conceptos necesarios del derecho internacional privado para el desarrollo del tema**

Según lo estudiado en el desarrollo del presente trabajo de investigación, se concluye que los conceptos de Derecho Internacional Privado fundamentales para el análisis de los casos establecidos en la metodología son los siguientes:

- **conflictos de ley:** son los problemas de determinación de la ley aplicable a las situaciones o relaciones de carácter privado que por estar en contacto con dos o más ordenamiento jurídicos se pueden calificar como internacionales;
- **ley aplicable:** término conocido en latín como '*lex causae*', y que se refiere al conjunto de normas que deberán de utilizarse para resolver el fondo de la situación o relación de carácter privado;
- **norma en conflicto:** es la norma que resuelve el conflicto de ley al determinar cuál es la ley aplicable para el caso en concreto. Puede ser unilateral o multilateral. Las unilaterales son las que establecen que la ley aplicable es únicamente la ley del foro, mientras que las multilaterales son las que indican que la ley aplicable puede ser la ley del foro o la ley extranjera;
- **ley del foro:** en latín '*lex fori*', o el ordenamiento jurídico del país del tribunal ante el cual se plantea el caso de Derecho Internacional Privado;
- **punto de conexión:** conexión de la situación de hecho con una situación legal dada por la ley que se ha determinado como la aplicable. Habitualmente son la

nacionalidad, el domicilio, la situación o el ordenamiento propio del territorios donde se encuentren físicamente los bienes involucrados y la voluntad o la libre escogencia de las partes, con base en su autonomía de la voluntad siempre y cuando no esté prohibido en forma expresa por ley;

- **exequátur:** o reconocimiento y ejecución de actos y resoluciones extranjeras. Es el proceso judicial breve realizado, en el caso de Costa Rica, por la Sala Primera de la Corte Suprema, mediante el cual se analiza y se reconocen o rechazan los efectos legales de sentencias emitidas por tribunales extranjeros. Dicho proceso consiste en examinar si la resolución fue dictada legalmente y si el fondo es contrario o no al orden público, y
 - **orden público internacional:** es el conjunto de valores y principios fundamentales para la cohesión de determinada sociedad y su ordenamiento jurídico.
- **Definir propiamente que se entiende por orden público internacional en el Derecho Internacional Privado**

Con base en lo investigado en el presente trabajo de graduación se concluye que la figura de orden público internacional es un concepto del Derecho Internacional Privado, la cual representa los valores y los principios considerados de fundamental importancia para la cohesión de una sociedad y su orden jurídico. En el caso de Costa Rica, estos valores y principios están contenidos en la Constitución Política y los tratados internacionales que se han ratificado tal y como la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

El concepto de OPI se caracteriza además por ser variable según el tiempo y el lugar en donde se pretenda aplicar, debido a que los valores y los principios de cada comunidad y sociedad varían según la época y las costumbres, como bien se pudo observar en el desarrollo de la presente investigación. Asimismo, el OPI es una figura de aplicación excepcional; pues solo se utiliza como límite al derecho extranjero cuando la aplicación de este, en un caso en concreto, transgrede los valores y los principios de la ley del foro.

Por último, el OPI también puede ser atenuado; pues en vez de aplicarse a toda la relación jurídica por ser esta contraria a los valores y los principios que inspiran la ley del foro,

este solo se aplica a los efectos nucleares o principales de la relación, mientras que los efectos periféricos de la misma no se estiman contrarios y más bien se regulan con la finalidad de velar por la seguridad jurídica de las partes y la situación fáctica.

Ahora bien, en cuanto al desarrollo de matrimonio en el Derecho Internacional Privado, el estudio del tema en cuestión ha permitido determinar que esta figura ha recibido un tratamiento limitado en la materia.

El matrimonio ha generado una serie de problemas en el Derecho Internacional Privado, principalmente por la diferencia entre las legislaciones de cada país por sus distintas regulaciones en cuanto a su fondo y forma. Estos conflictos de leyes en matrimonios han existido desde los inicios del Derecho Internacional Privado y lo único que ha ido cambiando son los temas en particular sobre los cuales versan.

En el siglo XIX, por ejemplo, la mayoría de conflictos se debían a disparidades con el matrimonio civil y el divorcio. Algunos países de Europa tenían las figuras; mientras otros solo mantenían el matrimonio del derecho canónico. Luego, en el siglo XX en Costa Rica, por ejemplo, los conflictos se desarrollaron comúnmente por diferencias entre las causales de divorcio; pues en otros países existía el divorcio por mutuo consentimiento y en Costa Rica no. En la actualidad, los conflictos de ley de matrimonio en el Derecho Internacional Privado versan por la existencia o no del matrimonio entre personas del mismo sexo. La doctrina ha ofrecido una serie de soluciones, entre ellas el orden público internacional atenuado, en el cual se separan los efectos nucleares y periféricos de la unión, o la equiparación de figuras de unión homosexual entre ordenamiento.

- **Analizar el desarrollo de la figura del matrimonio en el derecho costarricense y en el derecho internacional privado**

Por medio de la investigación realizada, se puede concluir que la figura del matrimonio en Costa Rica ha atravesado una serie de cambios importantes a través de la historia del país, de acuerdo con las necesidades sociales y jurídicas de la sociedad costarricense de cada época. Sin duda alguna, su desarrollo se asemeja al desarrollo mundial de la figura.

Inicialmente, cuando los españoles arribaron al territorio nacional, las uniones familiares en Costa Rica variaban según el área. En las culturas del área mesoamericana, la organización familiar era cognática. Los matrimonios eran monogámicos e indisolubles, y estaban prohibidos entre ascendientes, descendientes hermanos consanguíneos. Además, el matrimonio requería de una ceremonia sagrada y formal, y la infidelidad era castigada de forma severa tanto para la mujer como para el hombre. Al final, los hombres que incurrían en relaciones del mismo sexo eran castigados con la pena de muerte mediante apedreamiento.

Por otro lado, en las culturas del área intermedia, a pesar de que también imperaba un sistema cognático en la familia y el parentesco, existían ciertas diferencias con el área mesoamericana. En el área intermedia prevaleció el sistema de unión conyugal sindiásmico, con un matrimonio que era mucho menos formal, en donde la ceremonia resultaba sencilla y la infidelidad usualmente solo implicaba en la separación temporal o definitiva de la pareja. Asimismo, las relaciones entre hombres del mismo sexo eran permitidas y no eran despreciadas ni maltratadas por el resto de la comunidad.

Con el establecimiento de los españoles en Costa Rica, el matrimonio paso a ser regido por el Derecho Indiano, el cual era administrado sustancialmente por el Derecho Canónico. Al matrimonio se le consideraba un rito sagrado e indisoluble, solo entre hombre y mujer. Asimismo, la mujer se encontraba en una situación de inferioridad al hombre y estaba sujeta a la decisión de su marido. En 1841, con la emisión del Código General del Estado emitido por el gobierno de Braulio Carrillo, el matrimonio continuó siendo regido por el Derecho Canónico.

En 1888 con la entrada en vigencia del Código Civil, el matrimonio pasó a ser regido por el Derecho Civil. En este instrumento se introdujo el matrimonio civil, el divorcio vincular y la separación de cuerpos. Asimismo se eliminaron los efectos civiles de los esponsales así como también figuras como la dote. La mujer casada adquirió plena capacidad de actuar y pasó a estar en una posición de mayor igualdad al hombre. No fue hasta la Constitución Política de 1949 y, sucesivamente el Código de Familia de 1973, que la mujer llegaría a adquirir plena igualdad con el hombre en el matrimonio. Con la entrada en vigencia de Código de Familia además, el matrimonio dejó de ser regido por el Derecho Civil y pasó a ser regulado por el Derecho de Familia, el cual buscó tutelar de

mejor manera la igual entre cónyuges, los derechos de los menores de edad y otros principios esenciales del Derecho de Familia introducidos en la Constitución Política del 49. Además en este Código, se eliminó la procreación como uno de los fines del matrimonio y este pasó a ser considerado como una forma de asociación interhumana para la plena convivencia de los individuos que la conforman.

A pesar de la reforma de las uniones familiares con la entrada en vigencia del Código de Familia, las uniones de hecho continuaron sin regulación. Durante la primera mitad del siglo XX en Costa Rica, las familias de hecho se les denominaban concubinato y era mal vistas por la sociedad costarricense y jurídicamente no eran reconocidas. Fue hasta 1987 que se reconoció la primera relación de hecho y estas producen vínculos jurídicos iguales al matrimonio. Finalmente, en 1995 se aprobó una ley que reguló la unión de hecho de manera formal, en virtud de la gran cantidad de familias de hecho que existían en el país y por el gran desarrollo jurisprudencia que se había venido haciendo en años anteriores por parte de los tribunales de familia del país y la Sala Constitucional.

A partir de una sentencia de la Sala Constitucional emitida en el 2006, cuando se declaró que era justo y necesario que el Poder Legislativo emitiera una regulación normativa apropiada para regular los efectos patrimoniales de las uniones de personas del mismo sexo, que en Costa Rica presentaron los primeros proyectos de ley en favor de la regulación de las uniones del mismo sexo. Sin embargo, estos proyectos han contado con la desaprobación y en trabamiento por parte de diputados de corte religioso y conservador, motivo por la cual, a la fecha de hoy, ninguno ha sido aprobado.

- **Examinar la jurisprudencia de tribunales internacionales sobre la materia**

Con respecto a la examinación de jurisprudencia de tribunales internacionales, se estudiaron a profundidad tres sentencias de los siguientes tres casos: Atala Rifo vs. Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Obergefell vs. Hodges de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, y Oliari y otros vs. Italia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Rifo vs. Chile, este tribunal declaró la violación del Estado chileno de los derechos a la

igualdad, a la no discriminación, a la vida privada y a la obligación de proteger la honra la dignidad y la familia. Dicha sentencia estableció que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual y los Estados son responsables por ayudar al avance social en el tema.

Asimismo, la corte también consideró que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia a la hora de analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Finalmente, en cuanto al derecho a la protección a la vida familiar, la Corte indicó que el Estado está obligado a no solo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños sino también a favorecer de manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

En cuanto a la sentencia en el caso *Obergefell vs. Hodges*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América realizó un profundo análisis de la figura del matrimonio y estableció que existe una violación a las cláusulas de la decimocuarta enmienda del debido proceso y de igualdad ante la ley de la Constitución Política de los Estados Unidos. La Corte Suprema profundiza en la naturaleza de las injusticias y como estas no necesariamente son denunciadas en un momento histórico dado, tal y como sucedió con el matrimonio interracial. Para este tribunal, negarle el matrimonio a parejas del mismo sexo es negarle la población homosexual los beneficios que este otorga y, por ende, los coloca en una situación de desigualdad que les falta su respeto y los subordina ante parejas de distinto sexo.

Finalmente, en la sentencia del caso *Oliari y otros vs. Italia*, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que existe una obligación positiva por parte de los Estados contratantes de la Convención Europea de Derechos Humanos, por otorgar opciones legales al matrimonio de parejas del mismo sexo, con la finalidad de proteger y reconocer las mismas. Señaló que con respecto al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, los Estados adscritos están en la obligación de proteger a los individuos de las interferencias arbitrarias por parte de las autoridades en su vida familiar y privada. Esto incluso puede imponerle a un Estado ciertas obligaciones positivas para asegurar dicho respeto. En el caso específico, la Corte Europea declara la violación del Estado italiano de la Convención Europea al no demostrar un interés comunal prevaleciente sobre los

intereses de los afectados, siempre al tomar en cuenta que sopesa el avance de la comunidad europea y mundial en cuanto al tema. Asimismo, también destaca las repetidas órdenes y recomendaciones de la Sala Constitucional italiana y el sistema judicial como tal hacia el Poder Legislativo por legislación correspondiente en la materia.

- **Identificar la normativa y reconocimientos institucionales de derechos de las parejas de personas del mismo sexo en Costa Rica**

Si bien es cierto que en Costa Rica aún no existe normativa específica que regule directa y propiamente las relaciones de personas del mismo sexo en el país, en toda medida debido a una negligencia por parte de los señores diputados de los últimos tres períodos⁵, durante el proceso de investigación, se ha podido determinar que por medio de la jurisprudencia, al igual que ha sucedido en prácticamente todos los países que han reconocido de forma alguna las uniones homosexuales en el continente americano, en forma particular la de la Sala Constitucional y reciente la del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José, se han realizado aportes invaluable al desarrollo del tema y se han identificado una serie de derechos de las personas homosexuales en Costa Rica. Estos reconocimientos son los siguientes:

- el voto 7262 de 2006 de la Sala Constitucional en donde se establece que la cantidad de parejas homosexuales en el país han aumentado y, por ende, la ausencia de una regulación normativa apropiada para los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones con condiciones estableces y singulares es un imperativo de seguridad jurídica, y es el legislador quien debe plantearse la necesidad de regular, los vínculos y los derechos que se deriven de este tipo de uniones;
- el voto 18660 de 2007 de la Sala Constitucional en donde se indica que la discriminación por orientación sexual es contraria a la igualdad y la dignidad humana;
- el voto 13313-2010 también de la Sala Constitucional en donde se declaró inconstitucional el referéndum sobre el Proyecto de Ley de Uniones Civiles entre

⁵ Es importante recordar que en sus votos 7262-2006 y 13313-2010, la Sala Constitucional ha señalado y recalcado la importancia de que las uniones de personas del mismo sexo sean reguladas propiamente por una ley y que dicha responsabilidad le corresponde indudablemente al Poder Legislativo.

- personas del mismo sexo por versar este sobre los derechos humanos, fundamentales y de configuración legal de las minorías o grupos en desventaja;
- el voto 13800 de 2011, en donde la Sala declaró el artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo Número 33876-J como inconstitucional por ser contrario a los principios de igualdad y dignidad humana consagrados en la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos al prohibir a los privados de libertad homosexuales recibir visita íntima de sus parejas;
 - el voto 12703 de 2014, en el cual la Sala declaró inconstitucional y discriminatorio el accionar del Colegio de Abogados al no permitir el acceso y aprovechamiento de las instalaciones y los beneficios que dicho Colegio otorga a la parejas de sus agremiados, a la pareja de un agremiado homosexual, y
 - la sentencia número 270 del 20 de abril de 2015 del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José, en la cual se reconoció por primera vez en la historia de Costa Rica una unión de hecho entre dos personas del mismo sexo.

De igual forma, de la información recabada durante este proyecto de investigación se ha podido observar que el panorama institucional en Costa Rica con respecto a las uniones de personas del mismo sexo ha sufrido, sin duda alguna, cambios drásticos durante el siglo XXI. Desde mediados de la década pasada, a partir de los notables esfuerzos de los movimientos sociales en favor de la diversidad, así como también por parte de algunos sectores institucionales y gubernamentales, los derechos de personas del mismo sexo se han empezado a reconocer en el país y se concluye que existe una serie de reconocimientos institucionales y públicos claves en favor de la población LGBT que han progresado la lucha por la igualdad y la diversidad. Estos reconocimientos son los siguientes:

- el decreto ejecutivo No. 34399-S emitido en el 2008 por el Gobierno de Oscar Arias Sánchez que declaró el 17 de mayo como el Día Nacional contra la Homofobia;
- la reforma de la Asamblea Legislativa de la Ley a la Persona Joven en el 2013, la cual abrió un portillo para el reconocimiento de la uniones civiles homosexuales;

- la decisión del Ministerio de Educación Pública en el 2014 de incluir la celebración del Día Nacional con la Homofobia en todos las escuelas y los colegios públicos del país;
 - la izada de la bandera en Casa Presidencial por parte del Gobierno de Luis Guillermo Solís en mayo de 2014;
 - la aprobación en mayo de 2014 de la CCSS de una modificación al Reglamento del Seguro de Salud para permitir que una persona homosexuales asegure a su pareja;
 - la reforma del reglamento del Depósito Libre Comercial de Golfito en el 2015 que permite que las parejas homosexuales puedan unir sus tarjetas de compra, y
 - la aprobación de la CCSS del Reglamento del Régimen de Invalidez, Vejez Y Muerte para permitir la pensión por viudez a la población homosexual.
- **Resolver propiamente según lo que establece el Derecho Internacional Privado costarricense los tres casos hipotéticos que se plantearán en la metodología del presente trabajo de investigación.**

Por medio del análisis de los tres casos hipotéticos planteados es que este proyecto de investigación resuelve la hipótesis planteada y llega a una conclusión satisfactoria. La metodología utilizada para resolver los casos se resumen de la siguiente manera: en primer lugar, se indican los puntos de conexión del caso internacional; seguidamente, se determina si el juez costarricense es competente para conocer el caso; por último, se establece la norma de conflicto y se comprueba por medio de la misma, la ley aplicable para el caso específico.

Para los primeros dos casos hipotéticos, se determina que la ley aplicable es la extranjera, y, por ende, tanto los jueces como los magistrados nacionales podrían no aplicarla, alegando la excepción de orden público internacional; basados en el argumento que las uniones homosexual *per se* son contrarias a los valores y los principios constitucionales que inspiran y componen el ordenamiento jurídico costarricense. Esto último conlleva a la problemática central del proyecto de investigación: ¿es la unión homosexual contraria al orden público internacional costarricense?

A partir de este problema es que se replantea la hipótesis desde dos puntos opuestos: las uniones de personas del mismo sexo son contrarias al OPI costarricense, o las uniones de personas del mismo sexo no son contrarias al OPI costarricense. Con respecto a la primera de estas tesis, se utiliza el tercer y último caso para analizarla.

En este caso se aplica la misma metodología que en los primeros dos casos, con la diferencia principal que la ley aplicable no es la extranjera sino más bien la nacional y, por lo tanto, el orden público que aplica para el caso es el nacional y no el internacional. Esto tiene una serie de implicaciones de gran importante para las conclusiones finales del proyecto.

II. HIPÓTESIS Y OBJETIVO GENERAL:

La hipótesis planteada en este proyecto de investigación establece que: **en Costa Rica el orden público internacional con respecto a las uniones de personas del mismo sexo cambió en los últimos años, debido a los grandes reconocimientos que se han llevado a cabo en el país a nivel institucional y jurídico. Hoy, el Derecho Internacional Privado costarricense, demuestra que estas uniones homosexuales deben de reconocerse en ordenamiento jurídico costarricense y regularse como tal.**

Por otro parte, el objetivo general del trabajo de investigación señala lo siguiente:

- **Determinar los cambios que ha sufrido el orden público internacional en Costa Rica y la implicación de ello en el ordenamiento jurídico costarricense**

Como bien se puede observar, este objetivo general está estrechamente relacionado con la hipótesis del proyecto; pues ambos se refieren a los cambios en el OPI costarricense en cuanto al tema de uniones de personas del mismo sexo y las implicaciones que tienen dichos cambios en el ordenamiento jurídico costarricense. Para la hipótesis planteada, la implicación principal es que estas uniones deben de reconocerse del sistema jurídico nacional.

Ahora bien, resulta claro, con base en el presente trabajo, que la hipótesis es parcialmente correcta. En el tercer y último capítulo de esta investigación se analizó la misma desde

dos tesis opuestas: las uniones de personas del mismo sexo son y no son contrarias al orden público costarricense. Este análisis demostró que si bien no se puede probar propiamente que las uniones de personas del mismo sexo son reconocidas por el orden público internacional costarricense, si se puede afirmar que los efectos que de estas uniones se derivan no son contrarias al OPI.

El reconocimiento de estos efectos se pueden observar en las principales reformas realizadas por instituciones públicas, como la Caja Costarricense del Seguro Social y el Ministerio de Trabajo, así como también en la jurisprudencia de tribunales internacionales y nacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Sala Constitucional de Costa Rica. Gracias a estos cambios se puede afirmar que hoy en día en Costa Rica, las parejas de personas del mismo sexo han adquirido una serie de derechos y deberes propios de un matrimonio heterosexual, una unión civil o una unión de hecho, por lo tanto, no reconocerlos sería ir en contra del OPI costarricense.

Por otra parte, si bien es cierto que tampoco se puede alegar plenamente que el Derecho Internacional Privado costarricense demuestra que estas uniones deben reconocerse en el ordenamiento, si se prueba la necesidad que existe de regularlas so pena de que se generen futuras situaciones de inconstitucionalidad, en virtud de la normativa internacional a la cual Costa Rica está suscrito y la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Consecuentemente, se puede afirmar que los cambios que ha sufrido el orden público internacional de Costa Rica, han tenido las siguientes dos implicaciones principales: los efectos de las uniones de personas del mismo sexo no son contrarias al OPI costarricense, y, este tipo de uniones familiares deben reconocerse en la legislación nacional, con el fin de evitar futuras situaciones de inconstitucionalidad.

III. RECOMENDACIONES

Finalmente, a modo de finalizar este proyecto de investigación, resulta necesario señalar una serie de recomendaciones que se ha podido determinar, a partir de la información recaba y el análisis de la misma.

En primer lugar, como recomendación principal de este trabajo, es que el Poder Legislativo debe legislar como le corresponde las uniones de parejas del mismo sexo. La existencia de estas familias es una realidad innegable para el país y no se puede pretender ignorarla o desacreditarla en virtud de creencias religiosas o personales; pues la consecuencia es la misma: existe una laguna jurídica sin resolver que genera situaciones de inseguridad jurídica, contrarias a las bases más esenciales del derecho costarricense.

Sin embargo, si bien la Asamblea Legislativa ha incumplido al respecto, no necesariamente debe ser este órgano el cual tome las acciones correspondientes para que en el país se regulen las uniones de personas del mismo sexo. Como se ha observado en esta investigación, en la mayoría de los países del continente americano, las circunstancias de la lucha por el reconocimiento por las uniones homosexuales han sido muy similares a las de Costa Rica y ha sido el Poder Judicial quien ha llevado a cabo lo necesario para legalizarlas. La Sala Constitucional no solo tiene los argumentos y las herramientas necesarias para justificar una eventual declaratoria de inconstitucionalidad del inciso 6, artículo 14 del Código de Familia, sino que además está en la obligación de declararla si la Asamblea mantiene su negligencia en cuanto al tema y se continúan presentando situaciones reales sin normativa que las pueda regular.

Por otro lado, como segunda recomendación, es el correspondiente fortalecimiento de los conocimientos del Derecho Internacional Privado de los jueces y los magistrados nacionales. El estudio y el análisis realizado en este proyecto han mostrado el desconocimiento y la aplicación errónea de conocimientos básicos y esenciales del DIPr., tal y como norma de conflicto y orden público nacional e internacional. Esto se puede lograr mediante una actualización y una reforma a los programas de estudio de la Escuela Judicial, así como también por medio de charlas obligatorias para los jueces y los magistrados. En Costa Rica existen profesionales de gran renombre especializados en la materia, a quienes se les podría consultar y solicitar sus conocimientos profesionales.

Finalmente, la tercera y última recomendación a este proyecto es que se continúe educando a la población nacional sobre el tema. Surge una gran cantidad de estereotipos y generalizaciones sobre la población LGBT en los costarricenses que aún no han sido superados y es necesario trascenderlos. En las últimas administraciones, el Ministerio de Educación Pública ha tomado grandes avances al respecto, tal y como con la

incorporación de la celebración del Día Nacional contra la Homofobia a su calendario, así como también con las reformas a la educación sexual, pero aun así hay sectores de la población que se mantienen en la oscuridad y se da un gran desconocimiento en cuanto al tema. Solamente por medio de la educación podrá Costa Rica avanzar en el reconocimiento de los derechos de la población LGBT y posicionarse, una vez más, como una nación líder en el respeto, protección y promoción de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

I. ARTÍCULOS DE REVISTA O PERIÓDICO

Ávalos R., Ángela. «CCSS aprueba las reglas para permitir a gays asegurar a parejas.» *La Nación*, 9 de octubre de 2014.

Barrantes C., Alberto. «Escuelas y colegios públicos celebrarán día contra la homofobia.» *La Nación*, 3 de marzo de 2014.

Chinchilla, Sofia, y Eillyn Jiménez. «Pensión por viudez llega a parejas del mismo sexo.» *La Nación*, 25 de junio de 2016.

Díez-Picazo, Luis María. «En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo.» *INDRET*, Abril 2007: 12.

Dreyzin de Klor, Adriana. *El derecho internacional de familia en la posmodernidad*. San José, San José.

Fallas, Gustavo. «Error del Registro Civil permitió matrimonio entre dos mujeres en Costa Rica.» *La Nación*, 4 de noviembre de 2015.

Madrigal, Luis Manuel. «Lo que en realidad dice el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el matrimonio homosexual.» *El Mundo*, 26 de julio de 2016.

Madrigal, Luis Manuel. «Parejas del mismo sexo podrán unir tarjetas de compra en Depósito de Golfito.» *El Mundo*, 11 de julio de 2015.

Mata, Esteban. «Solís iza bandera de la diversidad en la Presidencia y anuncia visita a basílica de los Ángeles.» *La Nación*, 16 de mayo de 2014.

Murillo, Álvaro. «Presidente del TSE apoya el matrimonio gay.» *La Nación*, 14 de noviembre de 2015.

Pérez, Víctor. «El divorcio en el nuevo Código de Familia.» *Revista Judicial 2* (diciembre 1976).

Ruis Ramón, Gerardo, y Carlos Láscarez S. «CCSS aprobó extender seguro de salud a parejas gays.» *La Nación*, 22 de mayo de 2014.

Sequeira, Aarón. «Supuesto portillo legal para uniones gays genera caos entre diputados conservadores.» *La Nación*, 3 de julio de 2013.

Soto, Jimena. «Registro Civil niega a pareja de mujeres inscribir a sus dos hijos con los apellidos de ambas.» *crhoy.com*, 15 de noviembre de 2014.

II. CONVENIOS INTERNACIONALES

Alimentarias, Convención Interamericana de Derechos. «Tratados Multilaterales.» *Organización de los Estados Americanos*. 15 de julio de 1989.

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html> (último acceso: 22 de agosto de 2016).

Niño, Convención sobre los Derechos del. *UNICEF*. 20 de noviembre de 1989. <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobreloderechos.pdf> (último acceso: 22 de agosto de 2016).

III. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

de Miguel, Veronique. *Historia del matrimonio a través del tiempo I*. <http://parejas.about.com/od/formarpareja/a/Historia-Del-Matrimonio-A-Traves-Del-Tiempo-I.htm> (último acceso: 29 de enero de 2016).

Obando, Juan José. *Costa Rica: los matrimonios consulares entre personas del mismo sexo. La "Consular Marriage and Marriages under Foreign Law Order 2014" británica*. 27 de abril de 2015. <https://cartasblogatorias.com/2015/04/27/costa-rica-los-matrimonios-consulares-entre-personas-del-mismo-sexo-la-consular-marriage-and-marriages-under-foreign-law-order-2014-britanica/#more-723> (último acceso: 4 de febrero de 2016).

Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?w=familia&o=h> (último acceso: 23 de noviembre de 2015).

Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=OdQHkYU&o=h> (último acceso: 23 de noviembre de 2015).

IV. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Case of Oliari and Others v. Italy. 18766/11 and 36030/11 (European Court of Human Rights, 21 de julio de 2015).

Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile. (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 24 de febrero de 2012).

Obergefell v. Hodges. (Supreme Court of the United States, 26 de junio de 2015).

Resumen oficial Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile. (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 24 de febrero de 2012).

V. JURISPRUDENCIA NACIONAL

07262. 03-008127-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, 23 de mayo de 2006).

12703. 13-008162-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, 1 de agosto de 2014).

13313. 10-008331-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, 10 de octubre de 2010).

13800. 08-002849-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, 12 de octubre de 2011).

18660. 07-013203-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, 21 de diciembre de 2007).

20233. 10-013120-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, 30 de noviembre de 2010).

Sentencia No. 270-15. 13-001709-0165-FA (Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José, 20 de abril de 2015).

VI. LEYES

26.618, Ley. «ley nacional 26618-matrimonio-igualitario-2010.» *UNC Universidad Nacional de Córdoba.* 2010. <http://www.unc.edu.ar/extension/vinculacion/genero/legislacion-vigente-sobre-genero/nacionales/ley%20nacional%2026618-matrimonio-igualitario-2010.pdf> (último acceso: 8 de agosto de 2016).

Código Civil. 23 ed. San José: IJSA, 2011.

Código General de la República de Costa Rica, 1841 -derogado-. «Código General de la República de Costa Rica, 1841 -derogado-.» *Derecho Comercial Costarricense Ana Lucía Espinoza Blanco.* 1841. (último acceso: 22 de febrero de 2016).

Código Procesal Civil. 22 ed. San José: IJSA, 2011.

Hulbert Volio, Andrea. *Código de Familia.* San José: IJSA, 2010.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. «Documento BOE-A-2005-11364.» *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.* 2 de julio de 2005. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364> (último acceso: 8 de agosto de 2016).

«Nuevo Código Procesal Civil versión aprobada en 2 debate.» *Artavia y Barrantes.* 2015. http://www.artaviaybarrantes.com/libros/Nuevo_Codigo_Procesal_Civil_version_final_aprobada_en_2_debate.pdf (último acceso: 23 de febrero de 2016).

VII. LIBROS

Adame Goddard, Jorge. «La naturaleza y la justicia del matrimonio.» En *Familia: una jornada sobre su naturaleza, derechos y responsabilidades*, de Virginia Aspe Armella. Porrúa: Universidad Panamericana, 2006.

Arellano García, Carlos. «Derecho Internacional Privado.» En *Derecho Internacional Privado Material Didáctico*, de Marlen León Guzmán, Villegas Ramírez Alejandro y Gonzalo Monge Nuñez. San José: Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 2011.

Ballestra, Ricardo R. *Manuel de Derecho Internacional Privado. Parte general*. primera. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.

Belluscio, Augusto Cesar. *Derecho de Familia Parte Segunda, Matrimonio (Nulidades e inexistencia. Relaciones Jurídicas personales entre cónyuges)*. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones DE PALMA, 1979.

Belluscio, César Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. sexta edición. Buenos Aires: Depalma, 1996.

Bohannan, Paul. *Para raros, nosotros*. 1996.

Bossert, Gustavo A. *Unión extraconyugal y matrimonio homosexual*. Buenos Aires: Astrea, 2011.

Boswell, John. *Same-sex unions in premodern Europe*. New York: Vintage Books, 1995.

Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las personas*. Vol. II. San José, San José: Juricentro, 1984.

Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, y Javier Carrascosa González. «Derecho Internacional Privado y matrimonio entre personas del mismo sexo.» *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia) 23 (2005): 11-70.

de Santerre, Edouard. *Same Sex Unions & The Churches of Europe*.

Haba, Pedro. *Axiología Jurídica Fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico. Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos*. San José: Universidad de Costa Rica, 2004.

Harari, Yuval. *Sapiens*. Londres: Vintage, 2011.

Hinsch, Bret. *Passions of the Cut Sleeve*. University of California Press, 1990.

Lloveras, Nora, y Marcelo Salomón. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. primera. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009.

Maris Biocca, Stella. «Derecho Internacional Privado. Un nuevo enfoque. Tomo I.» En *Derecho Internacional Privado Material Didáctico*, de Marlen León Guzmán, Villegas Ramírez Alejandro y Gonzalo Monge Nuñez. San José: Universidad de Costa Rica, 2011.

Medina, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001.

Michinel Álvarez, Miguel-Ángel. *El Derecho Internacional Privado en los tiempos hipermodernos*. primera ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2011.

Obando Peralta, Juan José. *Private International Law in Costa Rica*. primera ed. Leiden: Kluwer Law International, 2013.

Ortiz Martin, Gonzalo. *El Derecho Internacional Privado de Costa Rica*. Colegio de Abogados de Costa Rica. San José, 1969.

Rodríguez Hidalgo, Cesar. *Psicología Ciencias de la Vida cotidiana*. quinta. San José, San José, 2008.

Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. *Elementos de derecho internacional privado*. primera. San José: ISOLMA, 2015.

—. *Elementos de historia del Derecho*. San José, San José: ISOLMA, 2009.

—. *Los Sistemas normativos en la historia de Costa Rica*. primera. San José: ISOLMA, 2009.

Scherpe, James M. *The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*. Vol. X, de *The Equal Rights Review*, 83-96. 2013.

Trejos Salas, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*. 4. Vol. I. San José: Juricentro, 1990.

Zuccherino, Ricardo M. *Derecho Internacional Privado*. primera. La Plata: Lex, 1976.

VIII. REPORTES

«V conferencia general del Episcopado Latinoamérica y del Caribe.» Brasil, 2007. 196.

IX. TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN

Barboza Topping, Francine. *Análisis de los conceptos de familia, matrimonio y unión de hecho a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional*. San José, San José: Universidad de Costa Rica, 1997.

Cortés Hernández, Iriabel. *La ausencia de regulación normativa de la pareja homosexual ¿razones jurídicas o simple idiosincrasia?* San José: Universidad de Costa Rica.

León Mora, María Gabriela, y Sara Saénz Umaña. «Análisis de los conceptos de familia, matrimonio y unión de hecho a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y su aplicación por el tribunal superior y juzgados de familia en la ciudad de San José.» San José: Universidad de Costa Rica, 1997.

Rodríguez Corrales, Adriana, y Laura Segnini Cabezas. *Posibilidad de eliminación de las causales de divorcio en el Derecho de Familia costarricense*. San José, San José: Universidad de Costa Rica, 2009.

Wong Quiros, Natalia. *Familia no heterosexual: derecho a ser tutelada*. San José, San José: Universidad de Costa Rica, 2012.