

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
SEDE GUANACASTE

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL:
UN ANÁLISIS EN LA RESOLUCIÓN 12782-2018

LUIS GUSTAVO FUENTES DÍAZ

B52811

FABIOLA ROBLES VÍQUEZ

B55940

2020



23 de noviembre de 2020
FD-2456-2020

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), de los estudiantes: Luis Gustavo Fuentes Díaz, carné B52811 y Fabiola Robles Víquez, carné B55940, denominado: "Control de convencionalidad en la jurisdicción constitucional: un análisis en la resolución 12782-2018" 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 DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA".

Tribunal Examinador

MSc. Guillermo Arce Arias

MSc. Ana Elena Alvarado Salazar

Lic. Luis Diego Miranda Guadamuz

MSc. Eddy Rodríguez Chaves

MSc. Rodrigo Campos Esquivel

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **10 de diciembre del 2020**, a las 4:00 p.m. de manera virtual.

Atentamente,


Ricardo Salas Porras
Director, Área Investigación



LCV

Cc: arch.



Nuestra
salud mental
importa

Universidad de Costa Rica, sede Guanacaste. 09/11/2020.

Prof. Dr. Ricardo Salas.

Director Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado profesor Salas:

Sirva la presente para externarle un cordial saludo y a la vez hacer de su conocimiento que, en mi condición de director, he procedido a leer y analizar el texto final del trabajo de investigación denominado "Control de convencionalidad en la jurisdicción constitucional: un análisis del voto 12782-2018" presentado por los estudiantes Luis Gustavo Fuentes Díaz, carné B52811, y Fabiola Robles Víquez, carné B55940. Como requisito final para optar por el título de licenciatura en Derecho por esta universidad.

El trabajo final de graduación cumple con los requisitos, tanto de forma, como de fondo exigidos por las autoridades respectivas. El tema que abarca esta investigación es trascendental y controversial en la vida jurídica del país. En el mismo se hace un análisis de los parámetros de cumplimiento del control de convencionalidad, constitucionalidad, y jerarquía normativa, que ha seguido la Sala Constitucional de Costa Rica. Tomando como punto específico la resolución 12782-2018 de dicho órgano, en el cual se declara inconstitucional el artículo 14, inciso 6) del Código de Familia y da pie a la entrada en vigencia del matrimonio igualitario en el país. A su vez, se realiza una labor de Derecho comparado, con la forma en la que han resuelto este tópico los países de Colombia, México, Ecuador y Chile. Además, de la posibilidad de elementos extrajurídicos en las diferentes resoluciones constitucionales.

Sin más que agregar, doy el visto bueno para que se realice la defensa respectiva de esta investigación.

Cordialmente.



Prof. Guillermo Arce Arias

Director

Liberia, 09 de noviembre de 2020


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

Estimado señor:

Sirva la presente para informarle, que, en mi condición de lector, he revisado el trabajo final de graduación propuesto por los estudiantes Luis Gustavo Fuentes Díaz, carné B52811 y Fabiola Robles Viquez, carné B55940. El cual se titula "**Control de convencionalidad en la jurisdicción constitucional: Un análisis en la resolución 12782-2018**".

El trabajo supra descrito, cumple con todos los requisitos de forma y de fondo, que al efecto ha determinado el Área de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Por lo tanto, extendiendo mi aprobación para su correspondiente discusión ante el Tribunal Examinador que se designe.



MSC. Eddy Rodríguez Chaves
Lector Comité Asesor

Liberia, 18 de noviembre del 2020

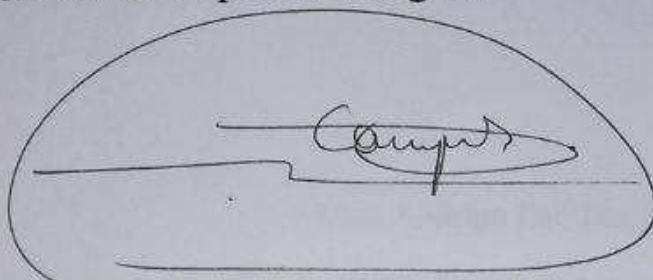
Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Sirva la presente para informarle, en mi condición de lector, que he procedido a leer y revisar el proyecto de tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, propuesto por los estudiantes Luis Gustavo Fuentes Díaz, carné B52811 y Fabiola Robles Víquez, carné B55940, denominado **"Control de convencionalidad en la jurisdicción constitucional: Un análisis en la resolución 12782-2018"**.

El proyecto de tesis supra descrito cumple con todas las exigencias formales y sustantivas, que al efecto ha determinado el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Por consiguiente, en mi carácter de lector, extiendo mi aprobación para su correspondiente discusión ante el Tribunal Examinador que se designe.



MSc. Rodrigo Campos Esquivel
Lector Comité Asesor

Carta de Revisión Filológica

Carné colegiado profesional:
Celular y WhatsApp:
Número de cédula: 5-0160-0461
Facebook y Twitter:
Correo electrónico:

COLYPRO: 15 681
88 31 71 46
Apdo. 307 (5000)
Miguel.Fajardo y @Mifajak
minalusa-dra56@hotmail.com

Liberia, 18 de noviembre del 2020

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Sede Guanacaste

Distinguidos académicos:

Doy fe de haber leído y revisado la Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, intitulada:

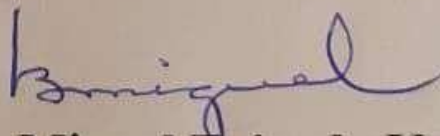
“Control de convencionalidad en la jurisdicción constitucional: un análisis en la resolución 12782-2018”.

Los sustentantes son: **Luis Gustavo Fuentes Díaz** B52811
Fabiola Robles Víquez B55940

Director de la Tesis: Dr. Guillermo Eduardo Arce Arias.

La Tesis incorpora las recomendaciones de las competencias: lingüística, estructural, morfológica, orto-tipográfica, sintáctica, semántica y estilística, según las normas gramaticales y ortográficas de la RAE (2010), las cuales se derivan de una minuciosa corrección filológica, por lo tanto, se encuentra disponible para su defensa académica.

Agradezco a la **Universidad de Costa Rica, Sede Guanacaste**, la inestimable oportunidad de ser participe en la revisión de estilo de tan valioso insumo académico que, sin duda, fortalecerá el invaluable acervo investigativo de tan prestigiosa Institución Superior.



Lic. Miguel Fajardo Korea

Premio Nacional de Educación **Mauro Fernández**-2008;

Premio Universidad Nacional **Omar Dengo**, 2009; Premio **La Gran Nicoya**, 2017.

Dedicatoria

En primer lugar, quiero dedicarle esta tesis a Dios, sin su intervención hubiera sido imposible.

A mi alma máter, la Universidad de Costa Rica. No me alcanzará esta vida para pagarles todo lo que hicieron por mí, espero en un futuro retribuirles todo el conocimiento depositado en mi persona.

A toda mi familia, especialmente a mi padre, Gustavo Fuentes, por demostrarme el amor verdadero y desinteresado. A mis hermanas: María Fuentes, por mostrarme la bondad y el amor de corazón; Meribeth Fuentes, por defenderme siempre de cualquier persona y ser una luchadora; Valentina Fuentes, por venir a completar mi vida, cuando pensé que ya no faltaba nadie. Mi abuela Ramona Dinarte, por convertirse en una figura materna para mí. Mi tío Allan Díaz, por trascender los lazos de sangre, y convertirse en uno de los mejores amigos que me dio la vida.

A mis hermanos de otros padres: Carlos Wong y Tomás Díaz, por demostrarme el valor de la amistad pura y sincera, más de 13 años siendo amigos y ni siquiera vamos por la mitad de nuestra historia.

A la comunidad LGBTIQ+ de Costa Rica. Espero encuentren en estas páginas un sustento para su lucha. No hay que olvidar nunca el camino que se tuvo que recorrer para llegar al objetivo del matrimonio igualitario, a pesar de que muchos se oponen, el amor siempre debe ganar.

Por último, a la persona más importante, mi madre, la que me enseñó con su muerte la forma en la que quiero vivir mi vida, Kathia Díaz, en tu lecho de muerte te prometí que iba a estar bien y, de momento, con tu ayuda, lo estoy logrando. Esta tesis se escribí en la tierra, pero siempre pensando en el cielo.

Luis Gustavo

Dedicatoria

En primer lugar, le dedico esta tesis a mi alma máter, la Universidad de Costa Rica, por darme la gran oportunidad de formarme profesionalmente en las mejores condiciones, tanto académicas como personales. Nunca dejaré de amar y agradecer a mi Universidad, por los miles de beneficios que brinda a sus estudiantes.

A mi madre, Sara Víquez Herrera, quien me ha garantizado una excelente educación en todas las etapas de mi vida, siempre trabajando día a día hasta sus 66 años. Espero lograr devolverle un poquito de lo que ha hecho por mí.

A mi pareja, Andrés Campos Orias, quien me ha apoyado por nueve años, a nivel personal y académico. Estoy plenamente segura de que mis logros jamás serían una realidad, sin su ayuda constante. Espero que la vida me mantenga siempre a su lado.

A mi hermano, José Felipe Montero Camacho, la persona que me saca una sonrisa todos los días, y me da la tranquilidad de tener la certeza de nunca estar sola. Espero ser esta persona para él. Eternamente agradecida.

A Marisol Baeza Castrillo, por su amistad y apoyo incondicional por 20 años. Espero que esta amistad dure toda mi vida.

A todas las personas que han sido violentadas en sus derechos humanos en el engorroso y difícil camino hacia un mejor sistema jurídico. El pasado está lleno de crímenes que hoy representan el costo por una mejor sociedad, reconocedora de los derechos que posee cualquiera, por el mero hecho de ser persona.

Fabiola

Agradecimientos

En primer lugar, a Fabiola Robles mi compañera de mil batallas, la que ha estado conmigo en cada trabajo universitario y no podía ser otra persona quien escogiera para esta importante misión de la tesis.

Al mejor profesor que tuve en toda mi carrera, y mi director de tesis, Dr. Guillermo Eduardo Arce Arias. Quien es un excelente educador, pero todavía es una mejor persona. Nunca olvidaré su peculiar frase, “No se conformen con sardinas, cuando pueden pedir salmón”.

Un agradecimiento muy especial a los lectores, Eddy Rodríguez y Rodrigo Campos. Siempre agradecido con sus enseñanzas dentro del aula y su valioso aporte a esta tesis.

A mis colegas internacionales Karina Flores y Tania Fonseca, por toda la ayuda desinteresada mostrada durante este proceso. Mi cariño más sincero para ustedes, espero verlas pronto en México, Colombia, o Costa Rica.

A mis motores año con año en la universidad: Mónica Arguedas, Paula Quirós, Betssy Toledo y María Jesús Quesada. No solo por ayudarme a nivel personal en cada momento de mi formación académica, sino por siempre ser una fuente de inspiración por dar la milla extra en cada momento. Y por tomarse el tiempo y la dedicación para leer estas páginas, que espero sean de su agrado.

Luis Gustavo

Agradecimientos

Debo agradecer principalmente a mi compañero y amigo Luis Gustavo Fuentes Díaz, quien ha trabajado día a día conmigo en la realización de esta tesis, por confiar en mí para este importante paso en la culminación de nuestra carrera, y por ser mi eterno compañero de trabajos por cinco años. Es un honor y un placer para mí realizar a su lado nuestro último trabajo universitario.

A mi muypreciado profesor y director de tesis, Dr. Guillermo Eduardo Arce Arias, por su incondicional apoyo en este importante paso hacia la licenciatura. Por su infinita dedicación a sus estudiantes, por tener siempre palabras de llenas de sabiduría y humildad al transmitir sus conocimientos, y por su valioso tiempo dedicado a la orientación de esta tesis. Infinitamente agradecida, con quien ha sido el mejor profesor que tuve en mi vida universitaria.

A mis compañeras y amigas de carrera: Betsy Toledo Zomarriba, Paula Quirós Orozco, María Jesús Quesada Vargas y Mónica Arguedas Vargas, por su especial detalle de leerse esta tesis, con objeto de apoyarnos en la preparación para la defensa. Por supuesto, por el apoyo que cada una de ellas, de forma muy especial, me han brindado a nivel personal y académico durante cinco años de carrera.

Agradezco mucho a mis profesores Eddy Rodríguez Chávez y Ruth Alpízar Rodríguez, por sus valiosas enseñanzas, y por su interés y aportes en la realización de esta tesis. Así también, al lector Rodrigo Campos Esquivel, por su tiempo y apoyo en la defensa de esta tesis.

Fabiola

“Tu deber es luchar por el derecho; pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia”.

Eduardo Juan Couture

“El decálogo del abogado”

“Nuestras convicciones más arraigadas, más indubitables, son las más sospechosas.

Ellas constituyen nuestro límite, nuestros confines, nuestra prisión...”

José Ortega y Gasset

“La Deshumanización del Arte”

Tabla de Contenido

Dedicatoria	i
Agradecimientos	iii
<u>Epígrafes...</u>	v
Tabla de Contenido	vii
Tabla de abreviaturas	x
Resumen.....	xi
Ficha Bibliográfica.....	xvi
Introducción	1
Capítulo I: La Jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico costarricense	9
a) Jerarquía Normativa	9
a.1) La visión clásica de Hans Kelsen	10
a.2) Vertientes modernas y Jerarquía Normativa en Costa Rica	12
a.4) Análisis de los artículos 7 y 48 de la Constitución Política de Costa Rica, y su importancia en la Jerarquía Normativa	18
Capítulo II: Análisis de resoluciones de la Sala Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos	26
a) Resoluciones de la Sala Constitucional.....	26
a.1) Jerarquía Normativa en la Sala Constitucional	26
a.2) Control de Convencionalidad en la jurisprudencia Constitucional	30
a.3) Derecho de Igualdad en la jurisprudencia constitucional.....	50
a.4) Derechos reconocidos por la Jurisprudencia Constitucional a las personas homosexuales.....	62
b) Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	74
b.1) No discriminación a las personas homosexuales en resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	74
b.2) Derechos reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a personas homosexuales	82
b.3) Orientación Sexual según las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	88
b.4) Matrimonio Igualitario en resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	93
c) Consecuencias de la resolución 12782-2018. Análisis del voto 45-2020 del Juzgado Notarial.....	96

c.1) Razones extrajurídicas contenidas en la sentencia 45-2020 del Juzgado Notarial	97
c.2) Quebranto del Control de Convencionalidad y Jerarquía Normativa.....	102
c.3) Quebranto del Control de Constitucionalidad	104
c.4) Ligamen entre la sentencia 45-2020 del Juzgado Notarial y el voto salvado del magistrado Castillo Víquez en la resolución 12782-2018 de la Sala Constitucional.....	107
c.5) Consecuencias del voto 12782-2018 de la Sala Constitucional.....	108
c.6) Principio de irretroactividad de la norma jurídica.....	110
Capítulo III: Control de Constitucionalidad y Convencionalidad.....	112
a) Control de Constitucionalidad.	112
a.1) Concepto	112
a.2) Control de Constitucionalidad en sentido estricto y en sentido amplio	114
b) Control de convencionalidad	117
b.1) Concepto	117
b. 2) Control Concentrado y Difuso de Convencionalidad.	119
c) Análisis del control de constitucionalidad y convencionalidad en la resolución 12782-2018 de la Sala Constitucional.....	125
d) Choques de Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad.....	126
Capítulo IV: Factores externos como mecanismos de presión para la toma de una decisión constitucional	129
a) La Sala Constitucional como órgano político.	129
b) Factores Político-Electorales	131
b.1) Posición del candidato opositor	131
b.2) Posición del candidato oficialista.....	135
c) Factores Legislativos	137
c.1) Conformación de la Asamblea Legislativa 2018-2022. Conservadores vs progresistas.	137
c.2) Amenazas a los magistrados de la Sala Constitucional.....	145
c.3) Periodo de nombramiento de los magistrados constitucionales que emitieron la resolución 12782-2018.	146
d) Factores Sociales	147
d.1) Opinión de las diferentes iglesias.....	147
d.2) Opinión de la comunidad LGBTIQ	149
e) Votos salvados del magistrado Fernando Castillo Víquez.....	152
f) Improcedencia del plazo de 18 meses para la entrada en vigor del matrimonio igualitario. ...	172
Capítulo V: Derecho Humano quebrantado en el caso del matrimonio igualitario.....	180
a) Matrimonio como derecho humano	180
a.1) Concepto de matrimonio, sus alcances e interpretaciones.	180

a.2) ¿Es posible afirmar que el derecho al matrimonio es un derecho humano?.....	184
b. Derecho a la igualdad como derecho humano y fundamental.....	192
Concepto de derecho a la igualdad, sus alcances e interpretaciones.	192
¿Cuál es el impacto en el derecho a la igualdad como derecho humano y fundamental debido a la resolución 12782-2018 y la inaplicación del control convencional?.....	194
Capítulo VI: Derecho Comparado.....	201
a) Control de convencionalidad en cada país.	201
b) Análisis de sentencias relativas al tema del matrimonio igualitario	221
C) Cambios normativos como garantía de la seguridad jurídica.....	262
d) Realidad fáctica vs línea jurisprudencial de la Corte.....	268
e) Resultados del Derecho comparado.	271
Conclusiones	279
Bibliografía	287

Tabla de abreviaturas

CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos.
CEDAW:	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
COPREDEH:	Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos.
Corte IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
DDHH:	Derechos Humanos.
DIDH:	Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos.
LGBTIQ:	Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales, queer.
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Resumen

Justificación

Uno de los problemas más graves que enfrentan los operadores jurídicos costarricenses en la actualidad, es el pensamiento que el estudio y aplicación del derecho se reduce únicamente a las leyes y el marco normativo interno, dejando de lado una fuente de vital importancia para los Estados de Derecho, como lo es el Derecho Internacional y el impacto que este tiene en la normativa aplicable en el país.

Las Opiniones Consultivas son una fuente enriquecedora de aplicación de Derechos Humanos, pues es la herramienta, mediante la cual un Estado consulta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano competente, para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, si una norma de su esquema jurídico es contraria a ella, y la Corte IDH emite su opinión al respecto, siempre a la vanguardia de los Derechos Humanos. En la actualidad, se llega a cuestionar si estas opiniones son vinculantes o no para el Estado que consulta, y sobre este tema hay mucha controversia.

En los últimos dos años, debido a las implicaciones de la Opinión Consultiva OC 24/17, se ha puesto el tema en la palestra nacional, y se ha cuestionado si esta opinión es de acatamiento obligatorio en el país.

Debido a esta disyuntiva, y el tratamiento que a ella le dio la Sala Constitucional, se considera, en primer plano, que se ha dado una tramitación errónea, y esto ha generado confusión en una parte de la población, y el reproche en la otra parte, ante esto, surge la duda: ¿Se sigue en Costa Rica un tratamiento adecuado para interiorizar al marco jurídico interno disposiciones de Derecho Internacional? ¿Se toma en cuenta factores como el control de convencionalidad y la jerarquía normativa?

El motivo de esta investigación es aclarar estas preguntas, y verificar el procedimiento seguido en el país, para de esta manera, sentar un precedente y esclarecer temas que generan tanta duda y controversia en Costa Rica.

Para ahondar en el tema, cabe resaltar la discusión que se ha generado en Costa Rica, tanto en la población como a nivel de operadores del derecho, tanto es así que han surgido a

raíz de la sentencia mencionada 45-2020, del Juzgado Notarial, opiniones contrapuestas, como la del exmagistrado José Manuel Arroyo, quien indica que el juez puede aplicar, desde ya, las interpretaciones de la Corte IDH y la Sala Constitucional y la posición del mismo juez redactor, en este caso, que solamente las posiciones de la Sala Constitucional son vinculantes.

Indica que el matrimonio igualitario ya está aprobado, pero resuelve en su sentencia amparándose en el plazo que aún no finaliza, introducido por la Sala, de forma contradictoria, al control de convencionalidad, para denegar la falta de interés actual como defensa en el caso concreto.

Asimismo, en esta resolución tan reciente, se pone en tela de juicio un tema relacionado con la presente investigación ¿De qué tipo de derecho estamos hablando? El juez Francis apoya la idea que el derecho al matrimonio igualitario no es un derecho humano, se trata de una falacia, y que la Sala Constitucional se arroga el poder constituyente, se aparta del principio de unidad de la Constitución, y realiza una deconstrucción del concepto de familia de los constituyentes del 48 y, por ende, del concepto de matrimonio. Aprovecha el juez para criticar la protección especial del Estado, que sostiene en mayoría la Sala Constitucional, para brindarle a las uniones de parejas homosexuales.

En esta misma línea, es relevante discutir ¿Es verdaderamente un derecho humano el matrimonio igualitario? Y, en todo caso ¿Cómo se ve afectado el derecho a la igualdad? Estas preguntas nacen a partir de que una inaplicación del control de convencionalidad como el que se plantea en el problema de esta investigación, irremediablemente suscita consecuencias negativas, a nivel del derecho violentado al fondo de la situación.

De esta forma, se da un enfoque de relevancia a nuestra investigación, no solo a nivel práctico y académico, en el ámbito de aplicación de elementos importantes en el ejercicio del derecho, sino en el ámbito humano, a raíz de una violación a un posible derecho humano.

Por último, a partir de esta investigación, se podrá extraer deducciones a nivel comparativo, con el manejo del tema en legislaciones extranjeras, el nivel de aplicación del control de convencionalidad en el tema del matrimonio igualitario, donde se logre desarrollar consecuencias positivas y negativas del tema, a partir de la experiencia de otros países y, de

esta forma, concretizar posibles recomendaciones al respecto, para su mejor manejo, ya no solo en el tema del matrimonio igualitario, como es el caso base de este estudio, sino en la diversidad de temas, en los cuales podría ser empleado de mejor manera.

Hipótesis

La Sala Constitucional, al resolver la acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 14 del Código de Familia, no hace una efectiva aplicación del control de convencionalidad. Un análisis armonizado con casos relacionados resueltos por la Corte IDH, el derecho comparado y la misma opinión consultiva, hubieran arrojado un resultado diferente de la resolución, evidenciando, de esta manera, que la aplicación del plazo de 18 meses para que la Asamblea Legislativa reformara el artículo 14 del Código de Familia, contradice a todas luces, la aplicación efectiva del control de convencionalidad, además de generar un impacto negativo, en la jurisdicción y legislación costarricenses y en la protección del derecho a la igualdad.

Objetivo General

- 1- Analizar el control de convencionalidad en la resolución de la Sala Constitucional número 12782-2018, para determinar el grado de cumplimiento de esos criterios en el caso concreto.

Metodología

Esta tesis tiene un enfoque de tipo cualitativo, en el cual se capta la realidad social, y se investiga sistemáticamente los conocimientos y valores que comparten individuos en un espacio y tiempo.

Se busca determinar el empleo del control de convencional en Costa Rica, por medio del polémico caso del matrimonio igualitario, como caso base para la investigación, mediante la utilización de aportes como jurisprudencia nacional e internacional, doctrina, revistas, tesis de graduación y normativa internacional, en relación con el caso concreto.

El tipo empleado en esta investigación es la pura, la cual, no pretende una aplicación inmediata de su objeto de estudio, pero considera que a partir de sus resultados, pueden surgir nuevos productos y avances.

Los alcances de esta investigación son de tipo exploratorio-explicativo. En este tipo de alcance, es necesario tener conocimiento de relaciones causa y efecto, donde exista una hipótesis que busque dar una respuesta a las causas del problema, o bien, explicarlas. Es por ello, que se realiza una amplia revisión bibliográfica, además de consultas a sujetos expertos.

En esta investigación se utilizará el tipo de estudio explicativo observacional, el cual se basa en la observación de datos, que permitan comprobar o refutar la hipótesis formulada al inicio de la investigación.

Principales conclusiones

- 1- Costa Rica contaba con los insumos suficientes del DIDH para contemplar el acceso al matrimonio de las parejas homosexuales, como consecuencia del respeto de los derechos humanos. El hecho que nuestro país no observara casos como el de Atala Riffo y niñas vs Chile, responde a una resistencia a la jerarquía normativa, en la cual los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen un rango superior a la Constitución.
- 2- La Sala Constitucional prefiere conservar el criterio del segundo escalón de la pirámide jerárquica, que comparte la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, a aceptar que un Tratado de Derechos Humanos proteja más que la Carta Magna.
- 3- La línea seguida en cuanto al derecho a la igualdad es inconsistente, pues se emplea una posición muy progresista en ciertos votos, pero en iguales condiciones, retrocede a una interpretación aristotélica de la igualdad, en aras de fundamentar una evidente discriminación.
- 4- La Sala Constitucional mantuvo una línea evolutiva en cuanto a su jurisprudencia relativa al control de convencionalidad, pero tuvo dos importantes involuciones y quebranto a él. El primero en 2015, cuando determinó que solo ellos podían aplicar control de convencionalidad difuso, y el segundo en 2018, al darle un plazo de vigencia a una norma inconstitucional con el matrimonio igualitario.
- 5- Aunque el caso Atala Riffo y niñas vs Chile no hablara de matrimonio igualitario, es a partir de ese proceso, que todos los Estados parte de la convención tienen la facultad de aplicar el matrimonio igualitario, debido a que, en este caso, se dice que la

orientación sexual es una categoría protegida por la convención y, por ende, tiene la facultad de gozar de todos los derechos. En el pasado, la propia Sala Constitucional utilizó este caso para resolver dos recursos de amparo de derechos de la comunidad LGBTIQ, a pesar de no ser los mismos hechos.

- 6- La Corte IDH conserva una misma línea respecto a la no discriminación a las personas homosexuales. El artículo 1.1 de la CADH, en la frase “cualquier otra condición social” hace referencia a una disposición abierta, a una lista no taxativa de posibles razones, en las que se esté discriminando, a favor del principio pro-persona, que incluye la orientación sexual.
- 7- Existe un quebranto al control de convencionalidad y un rechazo por parte de la Sala Constitucional, al darle un plazo de 18 meses de vigencia a una norma inconstitucional que versaba sobre Derechos Humanos.
- 8- El matrimonio no es un derecho humano, sin embargo, un sistema normativo que no contemple el acceso a esta figura o institución, sin distinción, limita o violenta el goce de derechos humanos, tales como el de la igualdad y la no discriminación.
- 9- Colombia, Costa Rica, México (en 19 Estados) y Ecuador, cuentan con realidades compatibles con la línea jurisprudencial de la Corte IDH, respecto a la igualdad y no discriminación, con motivo de la orientación sexual.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Fuentes Díaz, Luis Gustavo, Robles Víquez, Fabiola. “Control de convencionalidad en la jurisdicción constitucional: un análisis en la resolución 12782-2018”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2020. XVI y 295.

Director: Dr. Guillermo Eduardo Arce Arias.

Palabras claves: Derechos Humanos, Matrimonio igualitario, Control de convencionalidad, Control de constitucionalidad, Jerarquía normativa, Sala Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Introducción

El control de convencionalidad, es una ficción jurídica creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del caso *Almonacid Arellano vs Chile*. Sin embargo, su vinculatoriedad se remonta al principio *Pacta sunt servanda*, contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena. En palabras sencillas, se podría definir este control como la aplicación efectiva del derecho comprendido en el bloque de convencionalidad. El cual tiene dos vertientes claramente demarcadas, el control en sentido concentrado, y en sentido difuso.

El control concentrado de convencionalidad, reposa sobre la capacidad interpretadora que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos, este órgano es el único facultado para interpretar las disposiciones de la CADH, así como de sancionar a los Estados que la incumplan, y ordenar las indemnizaciones y modificaciones jurídicas pertinentes.

Por otra parte, el control difuso de convencionalidad, es ejercido por todos los aplicadores jurídicos de los Estados partes del Pacto de San José. Consiste en aplicar las disposiciones del bloque de convencionalidad, en el ejercicio usual de sus funciones. Esta es una obligación contenida para todas las personas que, en su trabajo usual, deban tomar decisiones de índole jurídico.

Aunado a lo anterior, es trascendental el papel que juega la jerarquía normativa. El Derecho es todo un universo jurídico, en el cual deben coexistir normas de diferentes rangos. La lógica perseguida por esta ficción, es establecer un orden jerárquico, cuando una norma de rango inferior, contradice a una de rango superior, lo correcto es desaplicar la primera.

En Costa Rica, por interpretación constitucional del artículo 48 de la Carta Magna, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tienen el mismo rango que la Constitución Política, siempre y cuando, tutelen los mismos derechos, pero si estos instrumentos tienen una mayor protección, entonces, se ponen a un nivel supraconstitucional, así que tanto la Constitución, como todo el derecho interno, perecen ante los instrumentos internacionales.

En lo que respecta al matrimonio igualitario, la Corte IDH hace su primer pronunciamiento expreso sobre el tema en el 2017, mediante la opinión consultiva OC 24/17, siendo Costa Rica el país consultante.

Sin embargo, en el pasado existían pronunciamientos sobre la diversidad sexual que abrieron camino, estos son los casos Atala Riffo y niñas vs Chile en el 2012, y Duque vs Colombia del año 2016. En estos pronunciamientos, la Corte determinó que la orientación sexual era una categoría protegida por la Convención y, en consecuencia, las personas con orientación sexual diversa, tenían la facultad de gozar de todos los derechos consagrados, tanto en el Pacto de San José, como en el derecho interno de cada Estado.

En el año 2018, la Sala Constitucional emite el voto 12782-2018, en el cual declaraba la inconstitucionalidad de la prohibición de matrimonio igualitario consagrada en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia.

Sin embargo, mantuvo vigente la norma inconstitucional por un plazo de 18 meses, con la finalidad de que los legisladores regularan sobre el tema, de lo contrario, al cumplir ese plazo, derivaría en la exclusión de la norma inconstitucional del sistema jurídico.

Finalmente, el plazo se venció, la Asamblea Legislativa no reguló, y se procedió con la expulsión de la norma. Siendo que esa decisión fue una de las más polémicas en la vida jurídica del país. El adecuado, o bien, el inadecuado manejo del control de convencionalidad en esa resolución judicial, será analizado en esta investigación.

Justificación

Uno de los problemas más graves que enfrentan los operadores jurídicos costarricenses en la actualidad, es el pensamiento que el estudio y aplicación del derecho se reduce, únicamente, a las leyes y el marco normativo interno, dejando de lado una fuente de vital importancia para los Estados de Derecho, como lo es el Derecho Internacional, y el impacto que este tiene en la normativa aplicable en el país.

Las Opiniones Consultivas son una fuente enriquecedora de aplicación de Derechos Humanos, pues es la herramienta, mediante la cual un Estado consulta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano competente para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, si una norma de su esquema jurídico es

contraria a ella, y en la cual la Corte IDH emite su opinión al respecto, siempre a la vanguardia de los Derechos Humanos. En la actualidad, se llega a cuestionar si estas opiniones son vinculantes o no para el Estado que consulta, y sobre este tema hay mucha controversia.

En los últimos dos años, debido a las implicaciones de la Opinión Consultiva OC 24/17, se ha puesto el tema en la palestra nacional, y se ha cuestionado si esta opinión es de acatamiento obligatorio en el país. Debido a esta disyuntiva, y el tratamiento que a ella le dio la Sala Constitucional, se considera, en primer plano, que se ha dado una tramitación errónea, y esto ha generado confusión en una parte de la población, y el reproche en la otra, ante esto surge la duda:

¿Se sigue en Costa Rica un tratamiento adecuado para interiorizar al marco jurídico interno disposiciones de Derecho Internacional? ¿Se toma en cuenta factores como el control de convencionalidad y la jerarquía normativa?

El motivo de esta investigación es aclarar estas preguntas y verificar el procedimiento seguido en el país para, de esta manera, sentar un precedente y esclarecer temas que generan tanta duda y controversia en Costa Rica.

Para ahondar en el tema cabe resaltar en la controversia que se ha generado en Costa Rica, tanto en la población como a nivel de operadores del derecho, tanto es así, que han surgido, a raíz de la sentencia mencionada 45-2020, del Juzgado Notarial opiniones contrapuestas, como la del exmagistrado José Manuel Arroyo, quien indica que el juez puede aplicar desde ya las interpretaciones de la Corte IDH y la Sala Constitucional y la posición del mismo juez redactor, en este caso: que solamente las posiciones de la Sala Constitucional son vinculantes.

Indica que el matrimonio igualitario ya está aprobado, pero resuelve en su sentencia, amparándose en el plazo que aún no finaliza, introducido por la Sala, de forma contradictoria, al control de convencionalidad, para denegar la falta de interés actual, como defensa en el caso concreto.

Así mismo, en esta resolución tan reciente, se pone en tela de juicio un tema relacionado con la presente investigación ¿De qué tipo de derecho estamos hablando? El juez

Francis apoya la idea que el derecho al matrimonio igualitario no es un derecho humano. Se trata de una falacia, y que la Sala Constitucional se arroga el poder constituyente, se aparta del principio de unidad de la Constitución, y realiza una deconstrucción del concepto de familia de los constituyentes del 48 y, por ende, del concepto de matrimonio.

Aprovecha el juez para criticar la protección especial del Estado que sostiene en mayoría la Sala Constitucional, para brindarle a las uniones de parejas homosexuales. En esta misma línea, es relevante discutir ¿Es verdaderamente un derecho humano el matrimonio igualitario? Y, en todo caso ¿Cómo se ve afectado el derecho a la igualdad? Estas preguntas nacen a partir de que una inaplicación del control de convencionalidad, como el que planteamos en el problema de esta investigación, irremediablemente suscita consecuencias negativas, a nivel del derecho violentado, al fondo de la situación.

De esta forma, se da un enfoque de relevancia a nuestra investigación, no solo a nivel práctico y académico en el ámbito de aplicación de elementos importantes en el del derecho, sino en el ámbito humano, a raíz de una violación a un posible derecho ejercicio humano.

Por último, a partir de esta investigación, se podrá extraer deducciones a nivel comparativo, con el manejo del tema en legislaciones extranjeras, el nivel de aplicación del control de convencionalidad en el tema del matrimonio igualitario, donde se logre desarrollar consecuencias positivas y negativas del tema, a partir de la experiencia de otros países y, de esta forma, concretizar posibles recomendaciones al respecto, para su mejor manejo, ya no solo en el tema del matrimonio igualitario, como es el caso base de este estudio, sino en la diversidad de temas, en los cuales podría ser empleado de mejor manera.

Objetivos

General

1. Analizar el control de convencionalidad en la resolución de la Sala Constitucional número 12782-2018, para determinar el grado de cumplimiento de esos criterios en el caso concreto.

Específicos

1. Explicar la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico costarricense, con el fin de determinar el procedimiento por seguir para aplicar el criterio de constitucionalidad y convencionalidad en el ejercicio del derecho.
2. Estudiar las resoluciones de la Sala Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para analizar la línea jurisprudencial de la sala respecto al tema.
3. Indagar en el voto No12782-2018 la presencia o no de factores extrajurídicos, para determinar los aspectos que fueron tomados en cuenta por la Sala Constitucional a la hora de resolver la acción de inconstitucionalidad planteada.
4. Contrastar mediante los criterios de control de constitucionalidad y convencionalidad, los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referentes al derecho humano de igualdad, conexos a las parejas homosexuales, con la resolución N° 12782-2018 de la Sala Constitucional.
5. Comparar el procedimiento de aprobación del matrimonio igualitario entre los países de Costa Rica, Chile, Colombia y México, con la finalidad de encontrar similitudes, diferencias y divisar la aplicación del control de convencionalidad en otros países de Latinoamérica.

Hipótesis

La Sala Constitucional, al resolver la acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 14 del Código de Familia, no hace una efectiva aplicación del control de convencionalidad. Un análisis armonizado con casos relacionados resueltos por la CIDH, el derecho comparado y la misma opinión consultiva, hubieran arrojado un resultado diferente de la resolución, evidenciando, de esta manera, que la aplicación del plazo de 18 meses para que la Asamblea Legislativa reformara el artículo 14 del Código de Familia, contradice, a todas luces, la aplicación efectiva del control de convencionalidad, además de generar un impacto negativo en el ámbito de desarrollo, en la jurisdicción y legislación costarricenses, y en la protección del derecho a la igualdad.

Metodología

Esta tesis tiene un enfoque de tipo cualitativo, en el cual se capta la realidad social y se investiga sistemáticamente los conocimientos y valores que comparten individuos en un espacio y tiempo.

Se busca determinar el empleo del control de convencionalidad en Costa Rica, por medio del polémico caso del matrimonio igualitario, como caso base para la investigación, mediante la utilización de aportes como jurisprudencia nacional e internacional, doctrina, revistas, tesis de graduación y normativa internacional, en relación con el caso concreto.

El tipo empleado en esta investigación es la pura, la cual, no pretende una aplicación inmediata de su objeto de estudios, pero considera que a partir de sus resultados pueden surgir nuevos productos y avances.

Los alcances de esta investigación son de tipo exploratorio-explicativo. En este tipo de alcance, es necesario tener conocimiento de relaciones causa y efecto, donde exista una hipótesis que busque dar una respuesta a las causas del problema, o bien, explicarlas. Es por ello que se realiza una amplia revisión bibliográfica, además de consultas a sujetos expertos.

En esta investigación, se utilizará el tipo de estudio explicativo observacional, el cual se basa en la observación de datos, que permitan comprobar o refutar la hipótesis formulada al inicio de la investigación.

Estructura de la tesis por capítulos

- Capítulo I: La Jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico costarricense. A lo largo de este capítulo, se desarrollará todo lo concerniente a la jerarquía normativa. Desde las primeras concepciones emitidas por el alemán Hans Kelsen, hasta llegar a las vertientes modernas, en especial, la perseguida por Costa Rica, al interpretar la Sala Constitucional, que los instrumentos internacionales de DDHH, tienen el mismo rango constitucional, y cuando tutelen mejor los derechos, entonces, pasará a un rango supraconstitucional.
- Capítulo II: Análisis de resoluciones de la Sala Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este capítulo, se procederá a analizar las diferentes líneas jurisprudenciales que han mantenido, tanto la Sala Constitucional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversos temas de interés para la investigación. Por ejemplo, la jerarquía normativa, y el control de convencionalidad en la Sala Constitucional, y los derechos de personas LGBTIQ y matrimonio igualitario en la Corte IDH. Esto, con el fin de establecer una evolución, involución, o unanimidad de criterios. Además, el impacto directo de la resolución 12782-2018 de la Sala Constitucional en el voto del Juzgado Notarial, número 45-2020.

- Capítulo III: Control de Constitucionalidad y Convencionalidad.

En este apartado, se procederá a analizar las principales consideraciones concernientes al Control de constitucionalidad y convencionalidad. Estableciendo las bases y los lineamientos para el cumplimiento de ambas ficciones jurídicas. Además, un análisis de los parámetros por tomar en cuenta, en los casos donde se produce un choque entre ambos controles.

- Capítulo IV: Factores externos como mecanismos de presión para la toma de una decisión constitucional.

En este capítulo, se pretende analizar los factores externos que pudieron ser un condicionante para la toma de decisión de la Sala Constitucional en este tema. Debido a que es un tópico que levanta muchos criterios en los diferentes escenarios sociales y políticos. También, se procederá a realizar un análisis de los diferentes votos salvados del magistrado presidente Fernando Castillo Viquez, en temas de derechos de personas de la comunidad LGBTIQ.

- Capítulo V: Derecho Humano quebrantado en el caso del matrimonio igualitario.

En esta sección, se analizará la eterna discusión de si el matrimonio es un Derecho Humano, o bien, por el contrario es una derivación de otros. Se procederá a enmarcar las diferentes posiciones relativas al matrimonio y al derecho de igualdad y no discriminación. Esto como parámetro de comparación, para determinar, finalmente, el Derecho Humano quebrantado en la negatoria del matrimonio igualitario.

- Capítulo VI: Derecho Comparado.

Con la finalidad de un mayor enriquecimiento, siempre es oportuno realizar una labor de Derecho comparado, para determinar cómo otros países han resuelto el problema. En esta oportunidad, se analizará la labor desplegada por la Sala Constitucional de Costa Rica, comparándola con la labor desplegada por los países de Colombia, México, Ecuador y Chile. Siendo que los primeros tres países han declarado inconstitucional la prohibición del matrimonio homosexual, y Chile, el único país analizado que no contempla esta figura jurídica dentro de su ordenamiento.

Capítulo I: La Jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico costarricense

a) Jerarquía Normativa

Es necesario hablar de este tema, pues el ordenamiento jurídico es un sistema integrado por normas, y para que este funcione efectivamente, fue necesario organizarlo por medio de una jerarquía, donde si bien se diferencian unas normas de otras, no exista una contradicción entre estas y, en caso de que surgiera una duda entre distintas normas integrantes de esta estructura, sea posible que el ordenamiento jurídico, como sistema autosuficiente, emita una respuesta por sí mismo.

Además, es conveniente resaltar que este tema constituye un capítulo por analizar, porque es imposible comprender adecuadamente el funcionamiento y adecuado uso del control constitucional y de convencionalidad, sin tener claro el manejo de la jerarquía normativa.

El ordenamiento jurídico responde, como su nombre lo indica, a un orden, una unidad, integridad que, a la vez, lleva a obtener la validez y eficacia de las normas, sin la cual todo el sistema de fuentes del derecho, como se conoce, se caería a pedazos, por su falta de practicidad. Es también, gracias a este sistema de fuentes ordenado, que hace posible para el derecho, responder a la más controversial característica que enfrenta nuestra carrera en el ámbito práctico: la constante transformación y evolución de la realidad en la que se aplica.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por jerarquía normativa, y cómo es que se relaciona con conceptos como los mencionados?: ordenamiento jurídico, unidad, fuentes del derecho y validez. La respuesta es, que justamente, mediante la jerarquía normativa, el ordenamiento va a tener un orden, una coherencia y unidad, mediante un sistema de preferencia o prioridad, con el fin de poder establecer cuál norma debe aplicarse a cada situación, en caso de que exista un choque de contenidos normativos.

La jerarquía funciona con base en la validez, como se ha indicado, existe una relación de prioridad, por lo que debe existir una dependencia de normas; en otras palabras, se puede decir que no va a tener validez una norma que dependa de otra.

Para exponerlo de una forma más comprensible, visualmente vamos a explicar el pensamiento de Hans Kelsen, quien imaginaba la jerarquía, mediante una pirámide, donde

cada escalón contenía una norma y, en ella, el escalón inferior siempre dependería del superior.

a.1) La visión clásica de Hans Kelsen

Para ahondar en lo mencionado, se comenzará a hablar de la postura de Kelsen desde la validez de la norma. Para el mencionado jurista, ninguna norma podría ser válida, si no se encontraba dentro de una jerarquía, o que fuese creada en estricta observación de esta. Kelsen dispone que si una norma nació, en concordancia con una norma superior, es por ello válida y tiene “fuerza obligatoria”, es decir, la norma inferior tiene carácter obligatorio, por el hecho de que existe una superior, que apoya y justifica su existencia.

Esta idea surge a raíz del concepto que expone el jurista, al definir “norma” en su Teoría pura del Derecho, como “el deber ser”, es así que ante la contradicción entre una norma de menor rango, con una de mayor rango, la de menor jerarquía será anulada, invalidada o inaplicada.

Ahora bien, resulta importante analizar la interesante postura de Herbert Hart en su texto “Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”, donde aborda un importante punto en esta investigación: el manejo que se dio en la jerarquía de Kelsen sobre el derecho nacional e internacional.

Este autor habla de dos tesis monistas, lo categoriza como una tesis “débil” y una “fuerte”, siendo que la primera depende de una realidad. La segunda es una tesis, que aborda la existencia de contradicciones entre normas válidas, es en este punto, donde se habla de la existencia de dos tipos de normas válidas (la nacional e internacional), y la forma de eliminar toda laguna o contradicción es mediante la creación de una jerarquía que comprenda ambas normas en la misma pirámide.

Hart asegura que, para Kelsen, si se ven por separado los dos tipos de normas, solo una podría ser válida e, indudablemente, se terminaría negando como derecho la normativa internacional, es decir, solo es posible concebir como válidos los instrumentos internacionales dentro de la jerarquía interna de cada país.

Resulta relevante, también, hablar del pensamiento de este jurista, en cuanto a la derogabilidad de las normas, él señala que:

La Constitución puede ser formalmente superior a la ley bajo el presupuesto de que la simple ley no tenga fuerza como para derogar la norma constitucional que determina su producción y su contenido; es decir, cuando la norma constitucional solo pudiera ser modificada o suprimida bajo condiciones más difíciles, como la de contar con una mayoría cualificada, un quórum más elevado, etc.¹

Sobre este texto, se puede extraer la idea base que sostiene el sistema de jerarquía de las normas, y es que una norma, que es jerárquicamente inferior, no podrá ser interpretada como superior, o con capacidad de cuestionar a la Constitución en ningún momento. En este sentido, el escritor y sujeto experto, Norberto E. Garay Boza, manifiesta en su artículo “Gobernar desde abajo: del control de convencionalidad a la instrumentalización de la inversión de la pirámide kelseniana”, lo siguiente:

Desde la óptica kelseniana, la relación de delimitación que pesa sobre la norma inferior hace que esta solo pueda optar por dos alternativas: ser válida no anulable por su compatibilidad con la norma superior, o ser anulable por la ausencia de tal compatibilidad.²

Ante el también evidente posible conflicto de normas de la misma categoría, que tienen disposiciones distintas, se ha tenido el criterio de “lex posterior derogat priori”, es decir, la ley anterior será derogada por la nueva norma. Ahora bien, si no existiera una diferencia de tiempo, Kelsen dice que se debe regir por la interpretación de cada norma, para realizarla acorde con la que el órgano que va a aplicar la ley, puede elegir entre ambas normas, según la situación.

Y agrega que, en caso de que esta solución no se pudiera llevar a cabo, ambas normas se derogarían, pero como es de imaginar, tal creación de normas contradictorias al mismo tiempo no tendría sentido, por lo que aclara que la interpretación se adecua siempre a un

¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto Vernengo (México: UNAM, 1979), 234.

² Norberto E. Garay Boza, “Gobernar desde abajo: Del control de convencionalidad a la instrumentalización de la inversión de la pirámide kelseniana” *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* No. 7; (2015): 6, consultado el 5 de noviembre, 2020, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/download/21395/21602/>

objeto que, si bien será ajustado a la norma, no es en sí regulado positivamente de forma directa.

Ahora bien, respecto al conflicto de normas de diferente nivel, Kelsen manifiesta que la validez de cada norma depende de su conformidad con la norma que le dio fundamento y, de esta forma, se determina su no contrariedad a la ley. Ante esto, se debe entender una resolución judicial antijurídica, o normativa inconstitucional como “*una resolución judicial jurídica y una ley o código constitucionales, pero que pueden ser anulados por medio de un procedimiento especial*”.³

Es posible concluir, y es en sí una muy buena forma de resumir la jerarquía kelseniana, que siempre habrá normas superiores e inferiores, donde las últimas dependerán para su validez de las primeras. Pues estas, al considerarse supremas, en la mayoría de los casos, por ejemplo, la Constitución, como norma suprema por excelencia, no son derogables, sino que son estas las que más bien derogan a las inferiores, y es mediante esta idea que debe sostenerse el ordenamiento jurídico, ante cualquier duda o choque de normas, ya sea de igual o superior nivel.

a.2) Vertientes modernas y Jerarquía Normativa en Costa Rica

No es posible hablar de una uniformidad en la aplicación de las normas, en función de su jerarquía. Por su parte, el sujeto experto Mauricio Chacón, indica lo siguiente:

En los distintos Estados, la incorporación de los instrumentos de derechos humanos en el derecho interno no es unánime, en unos se incorporan el mismo nivel de la constitución, por ejemplo, en Argentina, de ahí es donde se habla del bloque de constitucionalidad y en otros se colocan por debajo de la Constitución, estamos hablando de derechos humanos, como en El Salvador. En Costa Rica la posición rectilínea de la Sala desde sus inicios es que los Convenios tienen un rango semejante al de la Constitución, el bloque de constitucionalidad. Pero que en aquellos asuntos en que se reconozcan más derechos, prevalece sobre la Constitución. Esta es la tendencia de la Sala, ha

³ Hans Kelsen, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho. Antología Introducción al Derecho I* (Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica (2015).

*señalado que sus disposiciones se aplican, aunque no se haya hecho el trámite de la ratificación correspondiente en Costa Rica, basta que el instrumento empiece a regir para que sus disposiciones sean aplicables.*⁴

Por su parte, el sujeto experto Norberto E. Garay Boza, indica las posibles razones de esta uniformidad. Puede deberse, según indica, a lo que él denomina “resabios o malformaciones jurídicas ya superadas”, de acuerdo con lo señalado en su desarrollo de respuestas, depende o recae en las perspectivas de los operadores del derecho, por lo que va muy ligado de la subjetividad. Al respecto cita Garay Boza:

*... se puede deber a resabios o malformaciones jurídicas ya superadas (piénsese en alguna persona que, desde el dualismo, es partidaria del Derecho Interno sobre el Internacional), o bien, por perspectivas progresistas basándose en el principio pro persona (que aplicará la norma más garante de los derechos humanos, con independencia de su nivel jerárquico, pudiendo, incluso, dar valor supraconstitucional a normas infralegales), incluso, también existen sectores que aplican el derecho internacional por encima del patrio, en particular cuando el primero es más garante que el segundo en materia de derechos fundamentales.*⁵

En la cita anterior, el sujeto experto expone las distintas vertientes de jerarquía normativa, que entre lo resaltable para esta investigación, se discute el orden respecto a la supremacía constitucional, o la supremacía de los Tratados Internacionales de derechos humanos, vertientes discutidas e insertadas en nuestro país, mediante jurisprudencia constitucional, de las cuales se hablará más adelante.

No está de más agregar una aclaración que hace el sujeto experto para dilucidar la discusión entre el derecho interno e internacional, mediante una concepción Kelseniana:

...tal cual lo concibió el mismo Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, el Derecho Internacional es la fuente del Derecho Nacional, teniendo el primero

⁴ Mauricio Chacón Jiménez (Juez de apelación del Tribunal de Familia), entrevista por Luis Gustavo Fuentes Díaz y Fabiola Robles Víquez, Universidad de Costa Rica, 3 de noviembre del 2020.

⁵ Norberto E. Garay Boza, Correo electrónico recibido por el autor, 11 de octubre, 2020.

*tres “subescalones” igualmente definidos jerárquicamente, sean estos los siguientes: i) la costumbre internacional; ii) el derecho convencional y iii) los criterios vertidos por organismos internacionales autorizados para aplicar el derecho convencional, último punto que posee una suerte de relación “filogenética” con el control de convencionalidad.*⁶

Haciendo una conexión con las mencionadas perspectivas, que van a determinar el orden jerárquico que se le dé a la normativa, se considera relevante agregar un abordaje de la visión de jerarquía normativa en otros países, como Bolivia, nación en la cual se ha encontrado la aplicación de la jerarquía kelseniana, desde una perspectiva más práctica para aglomerar los mencionados escalones.

Al respecto, Galindo Soza⁷ indica que existe un nivel “fundamental”, que es donde se encuentra la Constitución con todos sus principios y garantías constitucionales, además del respectivo funcionamiento de la organización estatal. En este mismo nivel, se encuentran también contemplados los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos; la doctrina de Bolivia indica que pertenece al rango fundamental, gracias a que, al igual que en nuestro país, existen dos artículos de la Carta Magna que le otorgan a estos instrumentos el rango constitucional.

En otro estrato, se pasa al nivel “legal”, donde se ubica las leyes especiales y generales, códigos, decretos supremos, estatutos, cartas municipales y cualquier tipo de ordenanza municipal. Por último, se encuentra el nivel “sublegal”, en este se abarca lo que denominan “actos administrativos de efectos generales”, se refiere a los reglamentos y resoluciones que tengan efectos particulares, de acuerdo con su competencia como lo son las municipales.

Algo muy interesante que en Costa Rica no se ha tomado en cuenta de forma expresa y como parte de la jerarquía es el nivel “Indígena originario campesino”, el cual abarca todas las resoluciones del órgano ejecutivo o legislativo del nivel Indígena. Como se sabe, el tema

⁶ Norberto E. Garay Boza, correo electrónico recibido por el autor, 11 de octubre, 2020.

⁷ Mario Galindo Soza “La pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en la nueva CPE y el nuevo derecho autonómico”. *Revista Jurídica Derecho* 9 (7), 126-148, ISSN 2413-2810, (2018). Consultado el 15 de mayo, 2020, http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v7n9/v7n9_a08.pdf

del derecho indígena es poco desarrollado en Costa Rica, si bien se toma en cuenta la organización particular de este sector por los Tribunales de Justicia costarricenses, debemos apreciar de Bolivia el grado de importancia que se le da a la autonomía regional, de acuerdo con sus usos, costumbres y cultura, como para incluirlo expresamente en su pirámide jerárquica.

Por supuesto, es de incluir en este estrato, los acuerdos, actos administrativos de efecto particular y contratos de acuerdo con el Derecho Civil.

Un aspecto destacable del sistema jerárquico de Bolivia es que tiene una pirámide de Kelsen distinta, depende de la visión o ángulo que precise verlo, entre estas visiones, contiene una en particular, desde el derecho comunitario, donde incluso alcanza a colocarse en la cúspide, por encima de la normativa constitucional y Tratados Internacionales, dándole prioridad a los usos y costumbres de una comunidad local o indígena. Sin embargo, al igual que en nuestro país, la Carta magna de Bolivia contiene una visión de la Constitución como la “norma suprema”, frente a cualquier otra disposición normativa.

Ahora bien, se abordará la jerarquía normativa que se maneja en Costa Rica, es necesario, para ello, analizar el voto 2313-95, ya que es aquí donde se desarrolla los criterios que tiene la Sala Constitucional sobre la jerarquía que debe regir en nuestro país, en dicha sentencia, se concreta las modificaciones que hace Costa Rica de la pirámide Kelseniana.

Este voto acontece a raíz de una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, pues se considera que es contrario al artículo 7 constitucional y 13 de la CADH, al indicar que solo profesionales colegiados pueden ejercer las funciones de periodista.

En esta oportunidad, la Sala destacó, para llegar a declarar con lugar esta acción, que en relación con el tema existía una consulta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de parte del Gobierno de Costa Rica en el año 1985; al respecto, tomó la tesis de la Corte IDH, no sin antes traer a colación la postura que evolucionó la visión jerárquica que se manejaba.

Resalta la interpretación que hace la Sala Constitucional del artículo 68 de la CADH:
"1. Los estados partes en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en

todo caso en que sean partes..."⁸ ya que al decir "estados partes", incluye tanto a los casos en que los Estados sean parte por un caso contencioso, como para los Estados que realizan una consulta a la Corte IDH, como en esta ocasión realizó Costa Rica; por esta situación, la Sala enfatiza en que la opinión de la Corte es totalmente vinculante.

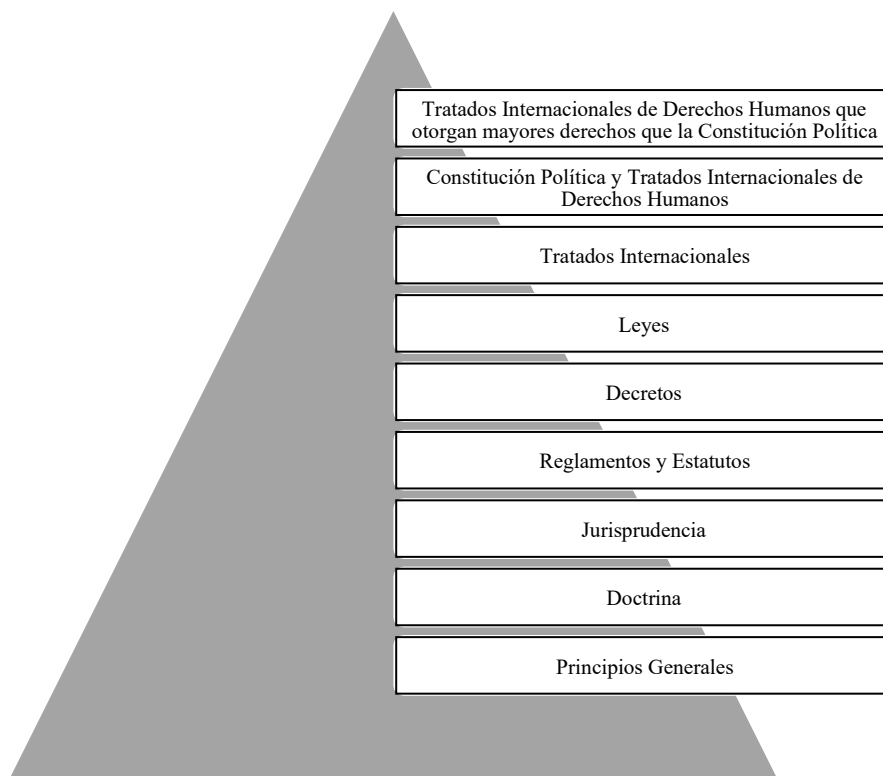
En esta misma línea, la Sala indica el criterio jerárquico que rige en nuestro país, al respecto, se expone la siguiente cita:

*... tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93).*⁹ (El resaltado no es del original).

A continuación, se expondrá una pirámide que muestra en forma gráfica cómo funciona la jerarquía en nuestro país, de acuerdo con el extracto citado.

⁸ Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre 1969", consultado el 20 de mayo, 2020 https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 2313-95*; 9 de mayo de 1995, 16:18 horas. Expediente 90-000421-0007-CO.



Como es posible apreciar en la figura, y como bien lo resalta la Sala, en el voto supra mencionado, el hecho que Costa Rica tenga esta visión jerárquica, a raíz de los artículos 7 y 48 constitucionales, sigue siendo al día de hoy toda una conquista y avance para el sistema normativo, así mismo, se considera por parte de estos expositores, que hace a nuestro sistema un líder en protección de Derechos Humanos.

Sin embargo, en nuestro país “resta mucho camino por andar” en cuanto a la aplicación de esta jerarquía, y es así como lo manifiesta el sujeto experto Norberto Garay, al indicar que existe una fuerte resistencia institucional, a dar la primacía que corresponde al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Al respecto destaca la siguiente cita “*La nostalgia dualista transita sin timidez en los pasillos judiciales, se le aprecia en el funcionamiento de los tres Poderes de la República, dificultando que se pase de un Estado de Derecho a un Estado Convencional de Derecho*”.¹⁰

¹⁰ Norberto E. Garay Boza, correo electrónico recibido por el autor, 11 de octubre, 2020.

a.4) Análisis de los artículos 7 y 48 de la Constitución Política de Costa Rica, y su importancia en la Jerarquía Normativa

Para abordar este apartado, se realizará un estudio de resoluciones de la Sala Constitucional, donde es posible observar la aplicación de los artículos 7 y 48 constitucionales, para de esta forma concluir sobre el adecuado uso e importancia en el sistema jurídico costarricense de estos artículos, así también, la jurisprudencia reconocida y sistematizada por la Sala Constitucional sobre el principio que impera su abordaje en este capítulo.

Se realizará el estudio en dos partes, iniciando por la aplicación del mencionado principio de jerarquía de las normas. A nivel constitucional, encontramos su aplicación en el voto de la Sala Constitucional 02707-1999¹¹, en él se presenta una acción de inconstitucionalidad promovida en contra de los incisos 3) y 4) del artículo 35 del Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad de la Caja Costarricense de Seguro Social y el artículo 79 del Código de Trabajo, por infringir el párrafo primero del artículo 7 de la Constitución Política, pues las cláusulas en el pago de subsidios del seguro por enfermedad, transgrede las normas fundamentales del derecho laboral y seguridad social.

Además, se alega que transgrede entre otros, el principio de supremacía de la constitución, aduciendo que el período de subsidio debe comprender desde el primer día de la inhabilitación y hasta por un tiempo indefinido, en lugar de estar limitado a un máximo de un año y con la misma cantidad de dinero que recibía normalmente.

Se alega, en lo que interesa para esta investigación, que los servicios sociales y la seguridad social en su configuración y desarrollo han tenido una gran relación con convenios internacionales, y que por suscribirse Costa Rica, son de forzoso acatamiento y obtienen un rango superior a las leyes. Teniendo por comprendido el principio de jerarquía normativa, afirmación que corrobora la Sala Constitucional en su considerando, aduce a su acatamiento en el artículo 7 constitucional.

¹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 2707-99*; 14 de setiembre de 1999, 15:39 horas. Expediente 96-004511-0007-CO.

Sin embargo, hace mención de lo dispuesto por el Convenio 130 de la OIT, para hacer un análisis del cumplimiento de lo contenido en este y concluir, que los incisos en controversia del artículo 35 del Reglamento del Seguro de Invalidez y Maternidad no son contrarios a los artículos 73 y 74 de la Carta Magna, ni a los Convenios de obligatorio acatamiento, pues se garantiza una protección mínima, mediante un subsidio que atiende las necesidades fundamentales de los trabajadores y de sus familias.

Si bien el caso concreto no tuvo éxito en la acción de inconstitucionalidad, en esta resolución es posible apreciar un importante análisis y aceptación por parte de la Sala Constitucional, del principio de jerarquía de las normas que aplica en nuestro país; al corroborar la supremacía de la norma internacional, a partir del artículo 7 constitucional donde se entiende que los Tratados Internacionales son superiores al contenido de leyes y reglamentos y el sometimiento obligatorio que conllevan.

En nuestro país solo existen dos sentencias constitucionales expresamente referentes al principio de jerarquía de las normas, la segunda, en este caso, es la 1434-99¹², en esta se discute sobre un recurso de amparo interpuesto en contra del acuerdo ejecutivo número 710-98-MSP, con motivo en su fundamento por parte del Poder Ejecutivo, para cesar de su cargo a un miembro de la Fuerza Pública.

Al respecto, la Sala manifiesta que, por el principio de jerarquía de las normas, según reza el artículo 140 de la Constitución Política, el Presidente de la República, conjuntamente con el Ministro de Seguridad Pública, tienen la facultad de remover a miembros de la Fuerza Pública. Se agrega que no hay legislación inferior que se pueda oponer a ninguna disposición de la Constitución, por ser esta la norma superior por excelencia.

Es, entonces, a partir de este voto, que se observa un punto de vista, refiriéndose a la Constitución como norma superior jerárquicamente, y que ninguna disposición inferior dentro de la pirámide que maneja nuestro sistema normativo puede contradecirle, pero se considera que, si bien es cierto, la Constitución es normalmente la norma a la que se da mayor importancia, se piensa que la óptima interpretación es darle esa supremacía a los Tratados de

¹² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 1434-99*; 26 de febrero de 1999, 09:57 horas. Expediente 99-001396-007-CO-A.

Derechos Humanos, que otorguen mayor garantía que la Constitución Política, como norma suprema por excelencia, en vista de que, como se pudo estudiar en el apartado anterior, este es el único estrato normativo que nunca será superado por otra norma: es la única que siempre se mantendrá en la cúspide piramidal.

Ahora bien, ahondaremos en el desarrollo jurisprudencial, específicamente de los artículos 7 y 48 de la Constitución Política. Al respecto, se comienza con el criterio de la Sala Constitucional, en la resolución 3435-1992, la cual aborda un recurso de amparo interpuesto en contra del director y jefe de la Sección de Opciones y Naturalizaciones del Registro Civil.

El recurrente alega que desde el año 1984 contrajo matrimonio con una costarricense y en el año 1991 presentó ante el Registro una solicitud de naturalización y no recibió respuesta, el director recurrido manifiesta, entre otros alegatos, que no cumple su caso con el contenido del artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política.

En este artículo se estipulaba que solamente el hombre podía transmitir la nacionalidad costarricense a su esposa extranjera, tratándose, en este caso, de una violación al derecho a la igualdad.

Lo óptimo fue entrar a analizar la Constitución en sus artículos 33 y 48, la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 2 y 7, asimismo, el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, artículos 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1 y 24 del Pacto de San José; artículos donde se defiende en su mayoría, la igualdad ante la ley; tema sobre el que se abordará a fondo más adelante.

En la misma línea, la Sala agrega que se debe tomar en cuenta lo dispuesto por la Carta Magna en los artículos 51 y 52, así mismo el artículo 17 del Pacto de San José, al violentarse la igualdad y unidad matrimonial.

De este voto es posible extraer, para el análisis de este tema de investigación, no solo la interpretación que se ha generado a nivel constitucional sobre los artículos 7 y 48 de la Carta Magna, y la aplicación del principio de jerarquía de las normas, a partir de la destacada superioridad de los mandatos de la Constitución y de las normas internacionales, también se aborda un análisis del control de constitucionalidad y del derecho a la igualdad ante la ley.

La Sala dice en esta sentencia, que la igualdad y la no discriminación son derechos genéricos, inclusive los describe como:

*Piedra angular, clave, de nuestro Ordenamiento; son valores superiores que configuran e impregnan la convivencia democrática de la Nación y del estado social de derecho vigente. La discriminación señalada cede frente a principios de rango superior dado que la desigualdad en comentario no tiende a proteger una finalidad superior, concreta, dirigida a crear, proteger o fomentar intereses comunes superiores sino a discriminar contra derechos subjetivos.*¹³

Se considera totalmente necesario la especial atención a la presente cita, pues en la ella, no solo se está abordando una aplicación del principio de jerarquía normativa al hablar de valores superiores, principios de rango superior y una finalidad prioritaria, donde se aprecia un claro uso del artículo 48, para así tener el fundamento para resolver, acudiendo a la superioridad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así también, para darle protagonismo a lo dispuesto por la Constitución, sino que es un párrafo totalmente aplicable al caso concreto del matrimonio igualitario, inclusive, en el derecho transgredido, el derecho de igualdad ante la ley, pero estos temas serán abordados en los siguientes capítulos.

En esta misma línea de análisis, se contempla el voto 807-2016¹⁴, en cuyo texto se constata un hábeas corpus a favor de unos detenidos por oficiales de la Fuerza Pública en la sección de cárceles, a quienes no se les había suministrado alimento por una cuestión de horario, y la imposibilidad de tomar dinero de la caja chica para la adquisición de bienes o servicios que se suministran a esta institución por contrato. En este caso, se trata de la Licitación Abreviada "Servicios de Alimentación para los privados de libertad que deben permanecer en las Celdas del I Circuito Judicial de San José".

En el fondo, la Sala resuelve recordando la supremacía de la dignidad del ser humano, por consignarse en la Constitución Política, en la Convención Americana de Derechos

¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 3435-92*; 11 de noviembre de 1992, 16:00 horas. Expediente 91-002695-0007-CO.

¹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Hábeas Corpus: voto 807-16*; 20 de enero de 2016, 11:45 horas. Expediente 16-000005-0007-CO.

Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales son legislación vigente por así rezarlo los artículos 7 y 48 de la Constitución Política y por ello, el Estado no puede transgredir derechos fundamentales como el que aquí se discute.

Se agrega que el Estado existe para satisfacer necesidades colectivas, no al contrario, y es por ello un Estado de Derecho; se declara con lugar el recurso, y se ordena adoptar las medidas necesarias para los casos de excepción como el aquí conocido.

Respecto al voto 1899-2016 de la Sala Constitucional, se aborda el caso de un hábeas corpus en contra de la Dirección General de Migración y Extranjería, y a favor de dos esposos que fueron detenidos por asuntos migratorios, entre los involucrados se encontraba una mujer embarazada, que presentó dolores abdominales severos, de esta situación, se puso en conocimiento a las autoridades, pero estos ignoraron la solicitud de asistencia médica, hasta el día siguiente, cuando fue trasladada al centro médico, donde se le informó de la pérdida del bebé, se menciona, además, de condiciones físico-sanitarias en prisión, deficientes para una mujer embarazada.

Respecto al fondo, la Sala declara parcialmente con lugar, acogiendo el recurso sobre las malas condiciones en las que se encontraba el Centro de Aseguramiento de Extranjeros, apartado donde se realiza un abordaje del artículo 7 de la Constitución.

En el caso hay una discusión entre el valor seguridad pública y el valor dignidad humana, por ello, es necesario acudir a lo que dispone el artículo 40 constitucional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigentes en Costa Rica por el mencionado artículo 7 de la Carta Magna.

Y es por ello que el Estado no puede transgredir derechos fundamentales, así mismo, menciona como en el análisis de sentencias anteriores, que el Estado existe para satisfacer los problemas de la colectividad y que el Estado de Derecho respetuoso de los derechos humanos, no puede valerse del cumplimiento de la protección de la seguridad ciudadana para ser partícipe de tratos denigrantes.

En el mismo voto se realiza una observación al artículo 48 Constitucional, en el caso concreto, resulta para la Sala, necesaria la aplicación de “Reglas mínimas para el Tratamiento

de los Reclusos”, adoptadas por el Consejo Económico y Social de la ONU, en este punto es resaltable de esta resolución la siguiente cita:

*...son aplicables a nuestro país a la luz del artículo 48 de la Constitución Política que **ha elevado todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a rango constitucional los que deberán ser incorporados en la interpretación de la Constitución sobre todo en materia de derechos humanos.***¹⁵ (El resaltado no es del original).

En esta cita se puede apreciar la posición de Costa Rica respecto a la jerarquía normativa, y su respectiva aplicación por parte de la Sala Constitucional, al determinar que el artículo 48 de la Carta Magna coloca los Tratados Internacionales en la misma posición jerárquica que la Constitución Política, cuando se trate de protección a derechos humanos.

Seguidamente, se realizará un análisis del voto N° 12758-2019¹⁶ de la Sala Constitucional, en cuanto a la aplicación del artículo 48 de la Carta Magna. En este voto se discute sobre un recurso de amparo en contra de la Caja Costarricense de Seguro Social, donde los recurrentes, por un tiempo de un año y diez meses, viven en unión de hecho, tienen tres hijos, hace aproximadamente ocho meses cesó el trabajo de uno de los convivientes, y se mantuvo con el seguro de la CCSS por seis meses, posterior a la finalización de su labor, su pareja realizó trámites para asegurarlo, pues dependía totalmente de este, pero la solicitud se rechazó por falta del requisito mínimo de tres años de unión para ser reconocida, establecido en el inciso 3) del artículo 21 del Manual de Adscripción y Beneficio Familiar.

Al respecto, la Sala resuelve, en lo relevante para el abordaje de este tema, indicando que el requisito de los tres años para el caso de las uniones de hecho es exclusivamente para efectos de adquirir derechos patrimoniales, indica que este requerimiento es necesario para el caso concreto, donde hay una persona que tiene una relación estable, es económicamente dependiente y está en un estado de vulnerabilidad.

¹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Hábeas Corpus: voto 1899-16*; 09 de febrero de 2016, 14:30 horas. Expediente 16-000820-0007-CO.

¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 12758-19*; 12 de julio de 2019, 09:30 horas. Expediente 19-004994-0007-CO.

Violenta el artículo 33 constitucional y las normas convencionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 4 y 5, artículos 9 y 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se transgrede la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y, en especial atención para el caso en concreto, se violenta el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer.

La cual, de acuerdo con lo previsto por el artículo 48 Constitucional tiene un rango de igual valor al constitucional, es por ello de inmediata aplicación, y tiene superioridad a la norma legal como la que dispone la necesidad de los tres años para que se adquiriera el beneficio familiar, como resultado, la Sala acoge este recurso en todos sus extremos.

Se determina aquí la aplicación del segundo escalón en la pirámide de Kelsen, tal y como se explicó en el apartado anterior, se posiciona a la Constitución y a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con la misma fuerza obligatoria, por encima de lo establecido por la CCSS en su Manual de Adscripción y Beneficio Familiar. Al tratarse por supuesto, de una norma inferior jerárquicamente, que no está en posición de apartarse de lo que establecen los derechos fundamentales y humanos.

A lo largo de este relato de votos, se resalta el hecho de que, si bien la jerarquía es conocida, como imperante en nuestro país; en la Constitución como tal, solo se establece el tercer escalón de la pirámide jerárquica (artículo 7), respecto a la superioridad de los Tratados Internacionales, en razón de las leyes. Es solo por medio de la interpretación y jurisprudencia que se conoce y contempla superioridad de estos en los casos de Derechos Humanos, donde según se trate, pueden estar en el primer o segundo escalón jerárquico.

Es gracias al artículo 48 que constitucionalmente se ha interpretado por la Sala que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se encuentran en una posición igual a la Constitución. Sin embargo, como se dijo, no se trata de una posición jerárquica tan clara como la del artículo 7 mencionado.

No obstante, no existe regulación expresa que sostenga la superioridad de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, se ha sostenido así por la Sala, como se observó en el voto 2313-95, pero a criterio de estos expositores, daría mayor garantía

y protección a la razón de ser de la pirámide normativa, el constatar esta fuerza obligatoria a nivel constitucional y no exclusivamente en criterios jurisprudenciales.

La importancia de estos artículos constitucionales, radica en ser las bases de nuestra pirámide de Kelsen. Así mismo, se consideró totalmente relevante el estudio de los votos recientemente analizados, en vista de la necesidad de interpretar los presentes artículos para completar la pirámide de Kelsen, pero esta vez, en “versión Costa Rica”.

Donde se aborda la razón de ser piramidal, no solo por una cuestión de derogabilidad de las normas, como se abordó en la posición de Hans Kelsen, por una intención del sistema jurídico nacional de darle mayor protagonismo a los Derechos Humanos, considerando como proteccionista a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al ser el órgano por excelencia para interpretar la CADH, consideran así la posibilidad que, en cierto momento, la Constitución no brinde la mejor garantía de estos.

Ahora bien, respecto a los desfases mencionados en la posición de la Sala Constitucional, respecto a la jerarquía normativa, el sujeto experto Norberto E. Garay Boza refuerza la línea llevada a lo largo de estas líneas, e indica que la Sala Constitucional ha sostenido diferentes frentes argumentativos, pues a pesar de votos como el 2313-95 supra mencionado, también se presenta votos como el 15737-2015, que limitan los alcances del Control de Convencionalidad, al decir que solo el Tribunal Constitucional podía desaplicar normas al amparo del control de convencionalidad, al respecto aclara lo siguiente:

...si bien es cierto que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el control de convencionalidad puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH, lo que se podrá hacer “...dependiendo de las facultades de cada autoridad pública...” (Caso Gelman Vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 193), esa posibilidad, en determinados escenarios procesales, podría jugar en contra del principio pro persona, pues la respuesta a una consulta judicial puede no ser oportuna para la aplicación de la norma interna cuya convencionalidad se cuestiona.

Capítulo II: Análisis de resoluciones de la Sala Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el presente capítulo se procederá a analizar diferentes resoluciones, tanto de la Sala Constitucional de Costa Rica, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de establecer las diferentes líneas jurisprudenciales relacionadas con la investigación de forma cronológica, para determinar si dichas líneas han evolucionado, involucionado, o se han mantenido a lo largo del tiempo.

a) Resoluciones de la Sala Constitucional

En primer lugar, se analizará diferentes resoluciones constitucionales referentes a diversos temas de importancia para esta investigación, como es el manejo que le ha dado la Sala Constitucional a los tópicos de Jerarquía normativa, Control de convencionalidad, derecho de igualdad, y derechos reconocidos a las personas homosexuales con el paso del tiempo.

a.1) Jerarquía Normativa en la Sala Constitucional

Se iniciará un análisis de la línea jurisprudencial de jerarquía normativa, si bien, este tema ya fue analizado con sus respectivos votos en el capítulo anterior. En este apartado, se unirán las posiciones de la Sala en cada voto, con el fin de arrojar un resultado de progreso o retroceso a lo largo de los años en este tema.

Se inicia el abordaje por el voto 3435-92¹⁷. En su momento, esta interpretación resultó un gran avance para nuestro ordenamiento jurídico y con positivas repercusiones para el derecho de igualdad y no discriminación. Hace 28 años, la Sala le dio sentido al principio de jerarquía normativa, al resolver un conflicto entre un artículo constitucional y el propio principio de igualdad protegido a nivel interno e internacional como derecho humano.

En esta ocasión, la Sala no duda en utilizar la razón de ser de la jerarquía normativa y anteponer lo que protegen y garantizan con mejor tutela los Tratados Internacionales de

¹⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 3435-92*; 11 de noviembre de 1992, 16:00 horas. Expediente 91-002695-0007-CO.

Derechos Humanos que la Constitución. Este razonamiento, a raíz de que es en la Constitución donde se encontraba la norma discrepante.

Tres años más tarde nace uno de los votos más analizados en esta investigación, el 2313-95¹⁸. En esta oportunidad, se determina en concreto, cuál es el uso e interpretación que se le debe dar a los artículos 7 y 48 constitucionales, en sí, dice expresamente cuál es la jerarquía que rige en nuestro país al determinar que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se encuentran jerárquicamente en el mismo estrato o posición que la Constitución, y que cuando estos brinden una mayor protección que la Carta Magna misma, serán superiores a la Constitución.

Dos años después, en relación con esta línea jurisprudencial resalta el voto 1434-99¹⁹. Tal como se indicó en el capítulo anterior, en este voto hay una línea de jerarquía más enérgica hacia la supremacía constitucional, pues aquí lo que se pretendía era determinar la superioridad de lo que establece la Constitución, frente a cualquier norma de inferior rango. Claro está que por el caso que versaba no era necesario acudir a la vía de la superioridad del Tratado Internacional de Derechos Humanos.

Sin embargo, se establece como norma superior por excelencia la Constitución, olvidando que la única norma que realmente se encuentra en esa posición es la normativa de Derechos Humanos, que proteja, en mayor medida que la Constitución misma. Acorde con la resolución de 1995, la mejor interpretación al respecto sería decir, que no hay norma que sobrepase en jerarquía a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ya que siempre se van a encontrar en la misma posición que la Constitución; en ciertos casos, podrían sobrepasarla, pero nunca ser inferiores.

Se continúa con otra resolución de referencia en el mismo año; 2707-99²⁰. En esta oportunidad, la Sala se dirige más hacia la exposición de la jerarquía de los Convenios

¹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 2313-95*; 9 de mayo de 1995, 16:18 horas. Expediente 90-000421-0007-CO.

¹⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 1434-99*; 26 de febrero de 1999, 09:57 horas. Expediente 99-001396-007-CO-A.

²⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 2707-99*; 14 de setiembre de 1999, 15:39 horas. Expediente 96-004511-0007-CO.

Internacionales que suscribe Costa Rica, al hablar de lo que expone el artículo 7 Constitucional, sobre la superioridad de estos frente a las leyes.

Diecisiete años más tarde surge el voto 807-16²¹. La Sala retoma su interpretación respecto a los artículos 7 y 48 de la Constitución Política para reiterar la supremacía de los derechos fundamentales, al constatar que el derecho que versaba en este caso era la dignidad humana, y se debía recordar la superioridad de la Constitución Política, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En la misma línea, se analizó el voto 1899-16²², donde también se abordaba derechos fundamentales, por ello, la Sala acude a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en aplicación del artículo 7 de la Carta Magna.

Además, emplea un instrumento internacional para que sea tomado en cuenta en la interpretación de la Constitución misma, y reitera lo que se ha sostenido desde 1992, al acudir a normativa internacional, que generan una mejor garantía de los derechos humanos; además de insistir en su rango de igual valor a la Constitución.

Por último, y como más reciente, se analizó el voto 12758-2019²³, en este voto se continúa la misma línea, y se reitera que, de acuerdo con el artículo 48 Constitucional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen igual valor y posición a la Carta Magna.

A lo largo de la lectura de estos votos, y analizando la línea jurisprudencial que se tomó a lo largo de los años, se puede apreciar una línea sin mayores cambios. Siempre se conservó la misma visión, al sostener la posición superior de los Tratados Internacionales frente a las leyes y demás normativa inferior.

²¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Hábeas Corpus: voto 807-16*; 20 de enero de 2016, 11:45 horas. Expediente 16-000005-0007-CO.

²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Hábeas Corpus: voto 1899-16*; 09 de febrero de 2016, 14:30 horas. Expediente 16-000820-0007-CO.

²³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 12758-19*; 12 de julio de 2019, 09:30 horas. Expediente 19-004994-0007-CO.

La superioridad de la Constitución ha sido siempre resaltada y denominada por la Sala, como la norma superior por excelencia. Sin embargo, como se manifestó, parece que la Sala suele pasar por alto que la cúspide jerárquica se encuentra en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Esto en la lógica de que es en sí, la normativa que va a develar todas las dudas, que existan ante un choque de normas, que involucren lo más importante de un sistema jurídico, y de un Estado de Derecho: los Derechos Humanos.

Si se piensa, este orden jerárquico tiene como fin evitar que la Constitución, como norma suprema en todas las naciones, se use como medio y excusa para violentar los derechos de las personas. No se habla de cualquier tipo de derecho, se refiere a derechos necesarios para una vida digna y plena, donde no se violente nunca de forma arbitraria derechos fundamentales como la vida, la libertad, la igualdad, entre otros.

Y es que también el orden existe, no solo en modo de prevención, sino en atención a experiencias en otros países, donde se han dado casos en que se violentaron Derechos Humanos. Es justamente por eso, que estos expositores consideran que la Sala Constitucional en el voto 2313-95 resalta la pirámide Kelseniana que rige para nuestro país. Considerando que habrá ocasiones en que la Constitución pueda llegar a violentar derechos humanos, o no pueda regular todas las situaciones que se presenten.

Ante todo, este razonamiento resulta importante por el hecho que la Sala hace un uso no expreso de lo que se dictaminó en 1995. Se usa en algunas situaciones la normativa internacional de derechos humanos, en un caso donde la Constitución no garantiza algún derecho, como ocurre en el voto 3435-92.

Pero, no se dice, expresamente, en ningún momento, que la Constitución no esté garantizando o protegiendo adecuadamente cierto derecho a las personas. Así como tampoco se menciona que se alcance el uso de la cúspide jerárquica. En este sentido, se opta más por el criterio de mantenerlo con igual valor al constitucional, es decir, se agota en el segundo escalón piramidal formalmente, aunque se observe en la práctica la necesaria aplicación del primero.

Esta situación preocupa, en el sentido en que, se sabe y se mantiene formalmente, una pirámide normativa con una cúspide de instrumentos internacionales de derechos humanos,

con mejor tutela que la constitucional. Pero se queda en la pirámide, sin ser usada de manera expresa, en muchos casos, de acuerdo con la línea jurisprudencial que se estudió en esta oportunidad.

Es decir, se tiene, pero no se pone en práctica, significando esto un importante retroceso a nivel jerárquico y para los derechos humanos que no han sido visibilizados. Quizá con una jerarquía que pasara más allá del ideal formal, y se le diera mayor protagonismo, muchos casos se habrían resuelto de forma más práctica, sin demoras y, lo más importante es, que muchos derechos humanos estarían más protegidos.

a.2) Control de Convencionalidad en la jurisprudencia Constitucional

El control de convencionalidad es un instrumento utilizado por los entes jurídicos internacionales, principalmente aquellos tratados o convenciones internacionales referentes a Derechos Humanos. El término fue introducido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del caso *Almonacid Arellano vs Chile*. Este control no es más que la efectiva aplicación del derecho internacional, en el marco jurídico interno de un país suscrito a dicha convención o tratado, así como de la jurisprudencia emanada por el órgano encargado de interpretar ese instrumento internacional.

Este control se ejerce de manera difusa por cualquier operador del derecho, personas que por su cargo tengan que aplicar normas jurídicas en su trabajo diario. Las normas internas no pueden contradecir a las normas internacionales y, en caso de que eso suceda, lo correcto es desaplicar la norma jurídica nacional, y aplicar la internacional, por una lógica de jerarquía normativa que se expuso en esta investigación.

La Sala Constitucional de Costa Rica, máximo órgano jurisdiccional del país, se ha encargado de desarrollar y aplicar el control de convencionalidad, a través de su jurisprudencia. Es por esto que a continuación, se procederá a analizar esta línea jurisprudencial, vertida por dicho ente constitucional, de forma cronológica. De esta manera, se podrá evidenciar si ha existido una evolución, involución, o se ha mantenido un criterio uniforme con el paso de los años.

El primer voto que se analizará referente a este tema, es el número 3435-1992, que fue analizado en el capítulo primero. A grosso modo, versaba sobre la imposibilidad de transmitir

la nacionalidad siendo mujer. La Sala Constitucional falló en favor de esta persona, y procede a reformular la interpretación del artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, para que en adelante se lea:

*Son costarricenses por naturalización: 5) Las personas extranjeras que al casarse con costarricenses pierdan su nacionalidad o que luego de haber estado casadas dos años con costarricenses, y de residir por ese mismo periodo en el país, manifiesten su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense.*²⁴

En lo referente al control de convencionalidad, mediante este voto, la Sala Constitucional establece dos importantes acotaciones. En primer lugar, dice que el derecho de igualdad y no discriminación, no está solo protegido por el ordenamiento jurídico interno, sino también que está resguardado en instrumentos internacionales.

*De acuerdo con lo expuesto, la disposición cuestionada, que no establece, criterios fundamentales de convivencia, carece de vigencia y aplicabilidad frente a los principios fundamentales que establece la Constitución Política y los Convenios Internacionales, para quienes la igualdad y no discriminación son derechos genéricos, y por ello piedra angular, clave, de nuestro ordenamiento; son valores superiores que configuran e impregnan la convivencia democrática de la Nación y del estado social de derecho vigente.*²⁵

Lo importante del extracto citado, es que la Sala Constitucional establece que los convenios internacionales son parte de nuestro ordenamiento. Es decir, no solo es aplicable el derecho interno a la hora de dirimir conflictos, sino que los convenios internacionales tienen un peso trascendental, y se tiene que entender el derecho como un todo, en el cual normas de diferente rango deben convivir y armonizar entre sí. Es una primera aproximación que hace la Sala Constitucional al tema de control de convencionalidad, utilizando argumentos de derechos convencionales para resolver conflictos internos.

²⁴ Vinicio Piedra Quesada, comp., *Constitución Política de la República de Costa Rica* (San José, Costa Rica: Imprenta Nacional, 2014), 10.

²⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de amparo: voto 3435-1992*, 11 de noviembre, 1992 16:20 horas, expediente 91-002695-0007-CO, considerando, párr. 5

El segundo tema importante al que se refiere la Sala Constitucional, en lo atinente al control de convencionalidad en este voto, es la interpretación el artículo 48 constitucional (ampliamente analizado en esta investigación). En el cual debe entenderse que los tratados internacionales de Derechos Humanos tienen el mismo rango que la Constitución Política, cuando tutelen los mismos derechos; y tienen mayor rango cuando sean Derechos Humanos mejor tutelados o inexistentes, en comparación a la Carta Magna. Este artículo no solo es un tema de jerarquía normativa, sino también, aplicable al control de convencionalidad, pues estos dos conceptos deben ir siempre de la mano, y no es posible aplicar uno sin el otro.

... es incuestionable que el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política contiene una disposición que resulta inaplicable por ser contraria a los valores fundamentales de Carta en cuanto a igualdad jurídica y su complemento de no discriminación, tutelados con igual trascendencia por las normas internacionales, cuyo efecto erga omnes es de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional por su misma naturaleza y por imperativo del artículo 48 de la Constitución.²⁶

La Sala entiende que las normas internacionales tienen efecto erga omnes, y su acatamiento es obligatorio. Dando al traste con que el artículo 48 constitucional, no solo nos habla sobre jerarquía normativa, sino que también es aplicable a control de convencionalidad, porque es la aplicación de normativa internacional en el marco jurídico nacional.

El segundo voto de la Sala Constitucional que se analizará por motivo del control de convencionalidad es el número 2313-95. Un voto sumamente importante para esta investigación, cuyo contexto ya fue supra expuesto. De esta sentencia, se puede extraer cuatro ejes fundamentales en lo relacionado con el control de convencionalidad.

En primer lugar, establece la vinculatoriedad de las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en segundo lugar, indica disposiciones de interpretación del artículo 48 constitucional. Como tercer eje, dicta que, si un órgano es el encargado de interpretar una norma, esta interpretación adquiere el rango de la norma

²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de amparo: voto 3435-1992*, 11 de noviembre, 1992 16:20 horas”, expediente 91-002695-0007-CO, considerando, párr. 2

interpretada; por último, insta que la Sala Constitucional puede declarar violaciones realizadas en contra de Derechos Humanos, consagrados en instrumentos internacionales vigentes.

Según el criterio de la Sala Constitucional, en este voto, las opiniones consultivas son vinculantes para Costa Rica. Para establecer esto, ha realizado una interpretación a la Convención Americana de Derechos Humanos, al decir que cuando se refieren a “partes” no debe entenderse únicamente a casos contenciosos, sino que es aplicable a opiniones consultivas. Esta interpretación, dicho sea de paso, únicamente tiene validez en Costa Rica, pues el único que tiene la capacidad de interpretar la CADH con carácter erga omnes, es la propia Corte IDH.

Si se pretendiera que tal norma, por referirse a quienes "sean partes", solamente contempla la situación de los casos contenciosos, la Corte Interamericana misma ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones también a la materia consultiva (OC-3-83), y en el caso bajo examen no le cabe duda a la Sala que Costa Rica asumió el carácter de parte en el procedimiento de consulta, toda vez que ella misma la formuló y la opinión se refiere al caso específico de una ley costarricense declarada incompatible con la Convención. Por lo tanto, se trata de una ley (la norma específica) declarada formalmente ilegítima.²⁷

Es importante esclarecer que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite dos tipos de pronunciamientos relativos a interpretaciones de la CADH. La jurisprudencia mediante los casos contenciosos, y la facultad consultiva, justamente mediante las opiniones consultivas. Se ha manejado la tesis de que lo único que es vinculante por parte de esta corte, son las jurisprudencias.

Sin embargo, la Sala Constitucional establece que, en lo que atañe a Costa Rica, las opiniones consultivas también son vinculantes, pues ellas son parte, aun cuando estamos ante una consulta dirigida a la Corte IDH.

²⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucional: voto 2313-95*, 09 de mayo, 1995, 16:18 horas”, expediente 90-000421-0007-CO, considerando, párr. 6

Respecto a la interpretación del artículo 48 constitucional, la Sala, en este voto, sigue la misma línea jurisprudencial, que en el analizado. Son claros en enfatizar que este numeral debe entenderse como la aplicación del control de convencionalidad. En el entendido de que normas convencionales de Derechos Humanos, tienen el mismo, o incluso mayor rango, que la propia Constitución Política, y lo correcto es aplicar estas normas, aun cuando haya disposiciones en contrario, dentro del ordenamiento jurídico interno.

Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93). Por eso, algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años.²⁸

En este sentido, se ve como la Sala Constitucional ha mantenido un criterio unificado en lo concerniente a la interpretación del artículo 48 de la Carta Magna. Otorgándole un valor constitucional y supraconstitucional a los tratados internacionales de Derechos Humanos. También extiende el criterio, al establecer que, en lo concerniente a Derechos Humanos, no es correcto aplicar el artículo 7 constitucional, sino que lo correcto es utilizar el numeral 48 de la dicha norma y, por ende, una ubicación por encima de la propia Constitución Política.

En este voto, también se encuentra uno de los extractos más importantes y más ricos para esta investigación. La Sala Constitucional establece que el órgano que interpreta una norma, adquiere el valor de la norma interpretada, lo cual hoy es parte del inconsciente

²⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucional: voto 2313-95*, 09 de mayo, 1995, 16:18 horas”, expediente 90-000421-0007-CO, considerando, párr. 6

colectivo de los juristas. Pero para esa época, esa interpretación fue todo un hito, y un acierto muy importante en la historia jurídica del país.

...si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada.²⁹

Este criterio es de suma importancia, y si se detiene un momento a pensar, es simplemente una lógica jurídica. Porque las normas deben verse como un todo, y si un instrumento normativo establece a un órgano para su interpretación; entonces, las interpretaciones que este órgano realice, adquieren un rango igual que el de la norma que está siendo interpretada.

Al tratarse este caso en particular sobre disposiciones de la Corte IDH, entonces, se encuentra ante una aplicación del control de convencionalidad, al anteponer criterios de interpretación constitucional, por encima del derecho interno del país.

Ahora, analizando el último eje de control de convencionalidad en este voto, se encuentra con que la Sala Constitucional establece que ellos están facultados para declarar violaciones a derechos convencionales que se dan en el país, y no solo violaciones a derechos constitucionales, como se pensó en un inicio. Es claro que esto ejemplifica cómo la Sala Constitucional ha empleado control de convencionalidad en sus resoluciones.

Se hace más que notorio que la Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país. Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos

²⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucional: voto 2313-95*, 09 de mayo, 1995, 16:18 horas, expediente 90-000421-0007-CO, considerando, párr. 7

*Humanos en su Opinión Consultiva OC-05-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia.*³⁰

Este es el ejemplo más claro que contiene este voto de la aplicación del control de convencionalidad, pues establece que no solo están facultados para ejercer un control de constitucionalidad, sino también un control de convencionalidad. Tiene la facultad de aplicar normas internacionales de Derechos Humanos, en la resolución de casos nacionales. Eso no es más que control de convencionalidad en estado puro.

Podemos concluir con este voto, que la Sala Constitucional tuvo una evolución en comparación con el anterior voto. No solo logró mantener una lógica jurídica concatenante con el voto 3435-1992, sino que logró trascender más allá, y hace una mejor definición de lo que es conocido hoy como el control de convencionalidad. A pesar de que en ese momento aún no se le había dotado de ese nombre. Este voto refleja un avance en las resoluciones con el paso cronológico.

Ahora es turno de trasladarnos hasta el año 2013, al analizar el voto 4491-13. Este versa sobre una acción de inconstitucionalidad, interpuesta en contra del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, pues consideran los accionantes que el único facultado para interponer sanciones administrativas de inhabilitación para cargos públicos es un juez de la República. Este artículo le da esa facultad a la Contraloría General de la República. Los accionantes basan su tesis en que esta norma contraría las disposiciones, que tanto la CADH como la Corte IDH han pronunciado en el pasado.

Para referirnos a este voto, es necesario dividirlo en tres fracciones. En primer lugar, es conveniente analizar el concepto que le da la Sala Constitucional al control de convencionalidad. En segundo lugar, es establecer que no solo los jueces constitucionales están facultados para aplicar dicho control, sino que también lo pueden hacer otros jueces. Por último, la confrontación de las normas nacionales con las convencionales, para determinar si existe armonía o discrepancia entre ellas.

³⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucional: voto 2313-95*, 09 de mayo, 1995, 16:18 horas, expediente 90-000421-0007-CO, considerando, párr. 8

La Sala Constitucional, se atreve a establecer un concepto de control de convencionalidad mediante este voto. En las sentencias que se analizó, se evidencia la aplicación del control de convencionalidad, mas no se da un concepto de él, hasta este momento.

El control de convencionalidad es una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la “supremacía convencional” en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado “parámetro de convencionalidad”, conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el “Estado convencional de Derecho”, anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediablemente, el “bloque de convencionalidad.”³¹

La Sala Constitucional mantiene el criterio vertido en el voto 2313-95, al establecer que el control de convencionalidad, no es solo referente al acatamiento de la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH. También es obligatorio obedecer las opiniones consultivas, pues el ordenamiento jurídico interno debe ser sometido a la armonía de estos dos instrumentos interamericanos.

Ahora bien, algo importante por determinar en el control de convencionalidad, es quién es el encargado de ejercer este control. Muchos han sostenido la tesis de que solamente la Sala Constitucional puede ejercerlo, sin embargo, la Sala cita extractos jurisprudenciales de la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se enfatiza que todos los jueces están en la obligación de ejercer el control de convencionalidad.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes

³¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucional: voto 4491-13*, 03 de abril, 2013, 16:00 horas, expediente 11-013971-0007-CO, considerando, párr. 8

en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³²

Entonces, se ve cómo este extracto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del caso Almonacid Arellano vs Chile, citado por la Sala Constitucional en el voto 4491-13, establece que todos los jueces del Poder Judicial están en la obligación de ejercer un correcto control de convencionalidad.

Por último, se analizará la confrontación de las normas nacionales con las normas convencionales, y la obligación del acatamiento que deben tener los operadores jurídicos internos, a la hora de decidir cuál es la norma aplicable al caso en concreto.

...el control de convencionalidad debe ser ejercido “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”, circunstancia que obliga a considerar de manera sistemática el ordenamiento jurídico, sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de

³² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucional: voto 4491-13*, 03 de abril, 2013, 16:00 horas, expediente 11-013971-0007-CO, considerando, párr. 8

*convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales.*³³

Se debe hacer un análisis completo de normas, no se puede ver el ordenamiento jurídico interno de un país como apartado al bloque de convencionalidad. El derecho es un todo, y debe verse como tal, no es solo confrontar las normas jurídicas internas con las internacionales, sino que, a un buen aplicador del derecho, esta confrontación se hace de oficio, pues al final de cuentas, se está hablando de un único sistema jurídico.

Mediante este voto, la Sala Constitucional, no solo emitió un concepto propio del control de convencionalidad, sino que dio pie a que jueces de diferentes materias del Poder Judicial, pudieran aplicar un efectivo control de convencionalidad. Quitando la exclusividad de esa potestad a la misma Sala, incluso hoy, al hablar de control de convencionalidad, no se limita esa potestad de aplicación únicamente a los jueces, sino a todo operador del derecho.

En el mismo año 2013, salió a la luz el voto 6120-2013, el cual es sumamente importante para esta investigación, pues la Sala Constitucional establece indubitadamente que todos los jueces de la República tienen la facultad de aplicar el control de convencionalidad.

En este caso, se planteó una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 98 bis del Código de Familia, el cual establece el procedimiento del proceso especial de filiación, la accionante asegura que este artículo contraría las disposiciones de la convención de los derechos del niño, pues no establecía que los jueces de familia debían resolver los casos de filiación, basándose en el principio de intereses superior del menor.

Este voto arroja dos temas que es importante poner en la palestra. En primer lugar, establece la Sala Constitucional su experiencia, aplicando el control de convencionalidad durante los años y, en segundo término, en lo que parece más relevante, es que la Sala Constitucional es enfática en afirmar que corresponde a todos los jueces de la República aplicar el control de convencionalidad, lo cual demuestra una evolución considerable en cuanto a las resoluciones constitucionales que se ha analizado.

³³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucional: voto 4491-13*, 03 de abril, 2013, 16:00 horas, expediente 11-013971-0007-CO, considerando, párr. 8

La Sala Constitucional hace gala de su experiencia en la aplicación del control de convencionalidad, asegurando que la jurisprudencia de esta Sala, no solo se apega a la normativa interna, sino que también se ajusta a las disposiciones de los instrumentos internacionales vigentes para la República.

Esto nos lleva al tema del control de convencionalidad, el cual no resulta ajeno a nuestro sistema, pues de una u otra forma este Tribunal lo ha ido implementando en forma paulatina durante los últimos años, de manera que puede afirmarse con certeza que la jurisprudencia constitucional se encuentra fundada no solo en el reconocimiento de los derechos constitucionales, sino en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.³⁴

Entonces, la Sala Constitucional hace énfasis en que tienen experiencia en la aplicación del control de convencionalidad, y que su jurisprudencia es una manifestación de los criterios convencionales vigentes en los tratados internacionales ratificados por el país.

Los jueces de la República, independientemente de su materia, al ser operadores jurídicos, están en la obligación de aplicar el control de convencionalidad. Respecto a esto, la Sala Constitucional ha dicho lo siguiente.

Los jueces de la República están en la obligación de aplicar el control de convencionalidad, el cual permite integrar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos a las resoluciones que dicten en los asuntos sometidos a su conocimiento. La circunstancia de que el artículo 98 bis del Código de Familia no indique en forma expresa que el Juez debe tomar en consideración el interés superior del menor al resolver un asunto no lo hace inconstitucional, pues se trata de un principio, que está contenido no solo en otros cuerpos normativos

³⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 6120-2013*, 08 de mayo, 2013, 15:05 horas, expediente 12-012657-0007-CO considerando, párr. 5

*nacionales, sino también en los instrumentos internacionales que se han aludido.*³⁵

Este extracto significa uno de los avances más importantes que hace la Sala Constitucional en el marco del control de convencionalidad. Dota a los jueces de la República, no solo con la facultad, sino con la obligación, de aplicar un control difuso de convencionalidad. Establece que si una norma de derecho interno, no contempla todo lo que insta una convención internacional sobre el mismo tema, el juez está en la obligación de aplicar el derecho comunitario, aún por encima del interno.

A continuación, se hará un análisis conjunto de votos, pues consideramos que los votos 12703-14 y 6058-15, ambos de la Sala Constitucional. Presentan un elenco de hechos casi idénticos, y la Sala Constitucional resuelve ambos de la misma manera, incluso, los extractos que interesa analizar para establecer el control de convencionalidad, tienen exactamente la misma redacción uno del otro.

Estos casos son dos recursos de amparo, presentados en contra del Colegio de abogados y el Colegio de médicos y cirujanos, pues ambos órganos le denegaron la expedición de un carné para utilizar sus instalaciones a las parejas homosexuales de dos de sus miembros. También, se les denegó incluir a sus parejas como beneficiarias de un seguro de salud.

En ambos votos existe una línea jurisprudencial que es de análisis obligatorio en este tema, y de vital importancia para la trayectoria de esta tesis. La Sala Constitucional considera que no importa que haya hechos fácticos diferentes, siempre y cuando, la ratio decidendi sea igual. Por lo tanto, es correcto aplicar jurisprudencia convencional a casos nacionales que no reflejan el mismo elenco de hechos, pero en sustancia se discutan derechos de igual naturaleza.

Ante esto, deciden aplicar la lógica de la Corte IDH, en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, a pesar de que, en ese caso, se discutía que se le había quitado la guarda, crianza y educación a una madre respecto a sus dos hijas, por ser lesbiana. Sin embargo, mediante esta jurisprudencia, la Corte IDH establece que no puede existir discriminación alguna, en razón de la orientación sexual, y que las personas con inclinación sexual diferente de la

³⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 6120-2013*, 08 de mayo, 2013, 15:05 horas, expediente 12-012657-0007-CO considerando, párr. 6

heterosexual, tenían las mismas facultades para gozar todos los derechos establecidos en la CADH.

No obstante, bajo una mejor ponderación (partiendo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley que rige esta jurisdicción) y considerando la doctrina establecida por ese Tribunal internacional en cuanto a la prohibición de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de incurrir en actos discriminatorios en contra de las personas por su orientación sexual, esta Sala estima procedente utilizar aquellas consideraciones jurídicas como parámetro de interpretación para resolver el presente asunto aun cuando se trate de situaciones fácticas distintas, ya que, la ratio decidendi es igual, por cuanto, se trata de impedir toda discriminación por razón de la orientación sexual. Lo anterior atendiendo a que, según lo dispuesto por la CIDH “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención” y, por ende, quedan proscrita cualquier práctica fundada en esos aspectos.³⁶

La Sala mantiene la línea jurisprudencial, e incluso, agrega que es aplicable un control de convencionalidad, y una vinculatoriedad de lo emanado por la Corte IDH, aun cuando el cuadro fáctico no sea el mismo. Por lo tanto, es correcto indicar que el caso Atala Riffo y niñas vs Chile, a pesar de tratarse de paternidad de una madre lesbiana, sea aplicable a casos en los cuales exista discriminación en contra de las personas homosexuales, lo cual reafirma uno de los ejes centrales de esta investigación que, desde este caso, el matrimonio igualitario es válido en Costa Rica.

El voto que se analiza a continuación, genera una importante involución en la línea jurisprudencial que ha venido manejando la Sala Constitucional. Hablamos del voto 15737-15, el cual versa sobre una consulta judicial de constitucionalidad del Tribunal Penal de Heredia. Consideraban que el uso del sistema de monitoreo mediante tobilleras es

³⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de amparo: voto 12703-2014*, 01 de agosto del 2014 11:51horas, expediente 13-008162-0007-CO, considerando, párr. 3

inconstitucional, al usarse solo como medida cautelar, y no como una sustitución de la pena, todo esto en virtud del transitorio de la ley 9271.

En lo que interesa analizar, para efectos de control de convencionalidad, resalta el hecho de que la Sala Constitucional hace una involución en la materia, y restringe los alcances que había extendido. Esto se debe a lo que hay una errónea interpretación del artículo 2, inciso b) de la Ley de Jurisdicción Constitucional. La Sala Constitucional dictaminó lo siguiente:

Dado que el órgano consultante fundamenta la alegada inconstitucionalidad del transitorio de la Ley N° 9271 en la vulneración de artículos de convenciones internacionales de derechos humanos, cabe referir lo que esta Sala Constitucional –único tribunal competente en el país para desaplicar normas del derecho interno en razón del control de convencionalidad, según el numeral 2 inciso b de la Ley de Jurisdicción Constitucional- ha dispuesto anteriormente sobre este tema.³⁷

Se considera que la Sala Constitucional hace una errónea interpretación de la norma supra citada, y se abroga la facultad de ser el único tribunal competente en el país para desaplicar normas de derecho interno por control de convencionalidad.

Esto es un claro retroceso a lo dispuesto en el voto 6120-13, en el cual obligaba a todos los jueces de la República a ejercer un efectivo control de convencionalidad y, claro está, por lo dispuesto reiteradamente por la Corte IDH, que todos los jueces de la República deben ejercer control de convencionalidad, y eso implica, desaplicar normas de derecho interno que contradigan disposiciones convencionales.

El criterio a raíz de esta investigación sobre la errónea interpretación que hace la Sala Constitucional, respecto al artículo 2, inciso b) de la Ley de Jurisdicción Constitucional, no es antojadiza, por lo tanto, se procede a dar una perspectiva diferente, sobre cómo debería entenderse ese artículo, el cual dispone lo siguiente:

*Artículo 2. Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: b)
Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza*

³⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Consulta facultativa de constitucionalidad: voto 15737-2015*, 09 de octubre, 2015 10:20 horas, expediente 15-012320-0007-CO, considerando, párr. 3

*y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.*³⁸
(La negrita no es parte del original).

Esta interpretación contraría la línea jurisprudencial que se venía manejando en lo interno de la Sala Constitucional, así como en las disposiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Almonacid Arellano vs Chile*, *Trabajadores cesados vs Perú* y *Gelman vs Uruguay*. Lo que debería entenderse es que el control de constitucionalidad, en el entendido de dirimir conflictos constitucionales, sí es exclusivo de la Sala Constitucional.

En lo concerniente al control de convencionalidad, dicha Sala está en la obligación de armonizar las resoluciones constitucionales con las disposiciones convencionales. La potestad de desaplicar normas nacionales contrarias al bloque de convencionalidad pertenece a todos los jueces de la República, porque está implícito en el ejercicio del control de convencionalidad.

De lo contrario, la Sala Constitucional no podía obligar a los jueces de familia a utilizar control de convencionalidad en los casos del artículo 98 bis del Código de Familia, y usar disposiciones convencionales, aun cuando la normativa nacional es omisa con el tema del interés superior del menor (voto 6120-2013).

Esta tesis que se maneja, se sustenta en lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores cesados vs Perú* del 2006, que expresa lo siguiente:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos

³⁸ Asamblea Legislativa, *Ley N°7135: Ley de la Jurisdicción Constitucional*, 11 de octubre, 1989, Sinalevi: art. 2. Consultado el 21 de mayo, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC

*del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes.*³⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no restringe la aplicación del control de convencionalidad únicamente a los tribunales constitucionales, sino que lo extiende a todos los jueces del Poder Judicial. Un abordaje diferente de este tema llevaría a un error de la lógica jurídica. Como hemos dicho, el control de convencionalidad y la jerarquía normativa son institutos que deben ir siempre de la mano, no puede existir uno sin el otro.

Entonces, si por jerarquía normativa e interpretación del numeral 48 constitucional, los tratados internacionales de Derechos Humanos tienen rango supraconstitucional, cuando tutelen mejores derechos que la propia Constitución Política, y la Sala Constitucional en el voto 2313-95, establece que el órgano que interpreta una norma adquiere el rango de la norma interpretada.

Además, en tema de jerarquía normativa, cuando una norma de menor rango contradice a una de mayor rango, lo correcto es desaplicarla. Parece absolutamente ilógico que la Sala Constitucional pretenda abrogarse de manera exclusiva la facultad de aplicar todos los extremos del control de convencionalidad, las cuales no implican únicamente la confrontación de las normas, sino que involucra la desaplicación de la norma de menor rango, pues de otra manera, este ejercicio de confrontación, carecería de absoluta utilidad.

A continuación, se analiza el último voto referente a control de convencionalidad, el principal de esta investigación, la sentencia 12782-2018. Es una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 14, inciso 6) del Código de Familia, el cual establece que es prohibido el matrimonio entre personas del mismo sexo. Este es un voto sumamente popular, y que pasará a la historia como uno de los más determinantes en la historia jurídica del país, pues es el que faculta el matrimonio igualitario en Costa Rica.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Trabajadores cesados vs Perú*; 24 de noviembre, 2006, párr. 128.

En lo referente a control de convencionalidad, interesa hacer un análisis en dos sentidos. En primer lugar, rescatar las disposiciones jurisprudenciales que sí se apegan al control de convencionalidad. Por otra parte, aquellos segmentos del voto que no se apegan a un efectivo control de convencionalidad.

En primer lugar, queremos ser enfáticos en establecer que la Sala Constitucional, en lo referente al voto de mayoría, no expresa manifiestamente la intención de aplicar un control de convencionalidad para facultar el matrimonio igualitario en Costa Rica. Lo hacen de manera implícita, al analizar las disposiciones de la Corte IDH en los casos Atala Riffo y niñas vs Chile, Duque vs Colombia, y la OC 24/17.

La Sala Constitucional menciona estos casos, pero no hace un análisis explícito para aplicarlo en el proceso que se les sometía a su jurisdicción, la primera manifestación explícita de control de convencionalidad se da en la incursión del ya citado voto 2313-95:

Sin embargo, la tesis de la mencionada Sala en el voto 1995-2313 también lleva a esta Sala a concluir –en su rol de intérprete último de la Constitución Política, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico– que, en caso de conflicto jurídico-positivo con normas del derecho internacional, invariablemente se impondrá aquella normativa que, en el caso concreto, brinde mayor protección a los derechos humanos... En tal sentido, se subraya que este Tribunal está en la obligación de velar por que el núcleo esencial de los derechos fundamentales resguardados en nuestra Carta Magna sea respetado, aunque, ciertamente, en esa tarea se debe procurar una interpretación armoniosa con el derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁰

La sola mención de los casos de la Corte IDH que se dijeron, sin un mayor esfuerzo intelectual por procurar su análisis, nos pone en una situación de un control de convencionalidad implícito, debido a la forma en la que terminaron resolviendo. Es hasta en el extracto supra citado que hacen un análisis más a fondo sobre control de convencionalidad, a pesar de que no le dan ese nombre, pero establecen que se debe ponderar la Constitución

⁴⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas, expediente 15-013971-0007-CO considerando, párr. 10.

Política y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y se debe resolver conforme al que más derechos les da a las personas, esto en obediencia del principio pro homine.

Se podría decir que los magistrados pasan el primer examen de convencionalidad en este voto, eso sí, de una manera muy implícita, lo cual no es conveniente cuando se está ventilando un tema tan delicado referente a Derechos Humanos.

Ahora corresponde analizar, lo que parece ser, es el mayor desacierto de la Sala Constitucional en este voto, y ese es el plazo de 18 meses que le otorga a la Asamblea Legislativa para regular el matrimonio igualitario, si al cabo de esos meses no lo hubieren hecho, se procedería a eliminar el impedimento de matrimonio entre personas del mismo sexo del artículo 14 del Código de Familia. Siendo que en el momento de defender esta tesis, ese plazo se venció, y la Asamblea Legislativa nunca reguló el tema, lo cual conllevó a la eliminación de oficio de dicho impedimento.

Declarar inconstitucional un artículo, pero otorgarle una vigencia de 18 meses más, carece de toda lógica jurídica, pues la Sala Constitucional está permitiendo que se violenten Derechos Humanos en el país, cuando ya existe una resolución en firme de ellos que los protege. No cabe otra interpretación de ese atropello jurídico, más que una desatención significativa del control de convencionalidad, pues ese plazo es completamente injustificable, a la luz del bloque de convencionalidad, el plazo de los 18 meses parece antojadizo, y se limita únicamente a decir lo siguiente:

No obstante, también se denota discrepancia a lo interno de esa mayoría en torno a la fijación de un plazo en la exhortación efectuada al órgano legislativo. Una posición es asumida por los magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez, quienes estiman procedente establecer un plazo de 18 meses para efectuar tal adecuación –de acuerdo con la explicación contenida en su voto-; el segundo criterio proviene de los magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez, quienes se decantan por prescindir de tal plazo, según la aclaración que efectuaron oportunamente.⁴¹

⁴¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas, expediente 15-013971-0007-CO considerando, párr. 11.

Para entender esto, hay que ponerlo en contexto, de los siete magistrados que emitieron este voto, seis de ellos estaban de acuerdo en declararlo con lugar, y uno de ellos estaba en contra, dentro de la mayoría existían tres grupos.

Los que consideraban oportuno establecer el plazo de 18 meses para que la Asamblea Legislativa legislara el tema (Rueda Leal y Esquivel Rodríguez); otros decían que debía legislar la Asamblea Legislativa, pero sin fecha establecida (Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez), y otro sector opinaba que ese plazo era innecesario y la aplicación de esta sentencia debía ser inmediata (Cruz Castro y Hernández López), al final, este último grupo tuvo que ceder para hacer voto de mayoría.

Surge la inquietud de ¿Por qué los magistrados Salazar Alvarado, Hernández Gutiérrez, Rueda Leal y Esquivel Rodríguez querían otorgarle esa potestad a la Asamblea Legislativa? La respuesta a esa interrogante es sencilla, porque no aplicaron correctamente el control de convencionalidad, y así lo hicieron notar en sus votos salvados. Ellos consideran que las opiniones consultivas de la Corte IDH no tienen carácter vinculante para el país, por lo tanto, lo emitido en la OC 24/17, carece de obligatoriedad, además, que los casos Atala Riffo y niñas vs Chile, y Duque vs Colombia no son aplicables al caso en concreto.

El voto salvado de los magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez, establece lo siguiente:

Contrario a lo que parece entender la mayoría de la Sala, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no tienen, en principio, carácter vinculante con respecto al orden jurídico interno. Y esto es así, por la propia naturaleza de lo que es una opinión consultiva, sea, un criterio jurídico de la Corte sobre el contenido de la Convención hecha a instancias de un país consultante. Lo que diga la CIDH en este tipo de procesos, ciertamente tiene un valor de guía, orientación o derrotero para el Estado consultante sobre un tema en particular, en este caso, sobre el reconocimiento

de los derechos de las parejas del mismo sexo, a la luz de la Convención. Pero esto no obliga a acatar, necesariamente, el criterio allí vertido.⁴²

Entonces, si ellos pensaban que no era aplicable el control de convencionalidad, ¿por qué declaran con lugar la acción de inconstitucionalidad? Ellos lo hacen por motivos diferentes, porque consideran que existe una omisión por parte del Poder Legislativo de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, y es por eso que le ordenan a la Asamblea Legislativa que lo haga:

Los problemas generados por un vacío legislativo como el que plantean los accionantes, que afectan los derechos de las parejas del mismo sexo, por muy graves que aquellos sean y por muy legítimos y loables que sean los fines que con ello se persiguen, no puede justificar la indebida intromisión de esta Sala en las competencias constitucionales propias del legislador. Esto, precisamente, es lo que implica la acción que plantean los accionantes, ya que, según lo expuesto, lo que la norma cuestionada estipula es la imposibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, según el diseño que el legislador dio al matrimonio civil; de modo, que no se trata de una mera prohibición, con lo cual, para lograr lo pretendido por los gestionantes, sería necesario que la Sala modificara el diseño legal del matrimonio civil y, una vez sustituido su contenido original, le diera un contenido distinto y ajeno al que el legislador concibió, con la consecuente creación de nuevas normas jurídicas de alcance general, lo que implica exceder las facultades de la Sala; y, adicionalmente, afectar la seguridad jurídica al variarse el contenido esencial dado por el legislador a la norma.⁴³

Los magistrados Rueda Leal, y Esquivel Rodríguez, si bien es cierto salvan el voto y su tesis es similar a la de los magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez. Ellos consideran que no debe ser un plazo antojadizo, sino debe ser un plazo rígido de 18 meses.

⁴² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucional: voto 12782-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas, expediente 15-013971-0007-CO, Razones diferentes de los Magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez, párr. 6

⁴³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucional: voto 12782-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas, expediente 15-013971-0007-CO, Razones diferentes de los Magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez, párr. 5

Sin embargo, no esclarecen en qué se basan para interponer ese plazo específico. Ante esa situación, los magistrados Cruz Castro y Hernández López, deciden unirse a estos últimos para hacer mayoría.

En virtud de estos razonamientos, los magistrados Cruz Castro y Hernández López se adhieren al criterio mencionado para que haya voto de toda conformidad y, consecuentemente, instan a la Asamblea Legislativa en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia, lo que constituye el criterio de mayoría de esta Sala.⁴⁴

En conclusión, la Sala Constitucional no aplica adecuadamente un control de convencionalidad en este caso, debido a que el voto de mayoría es, en virtud de la omisión legislativa, y no del control de convencionalidad. A pesar de que los magistrados Cruz Castro y Hernández López consideran que sí es aplicable este control de convencionalidad.

Ellos deben adherirse al voto de mayoría, y seguir la tesis de que hay una omisión legislativa y, por ende, se debe otorgar un plazo de 18 meses, entonces, debemos entender que un control de convencionalidad parcial, no configura, bajo ninguna lógica, un adecuado control de convencionalidad.

Todo lo contrario, esta resolución de la Sala Constitucional no es solo un atropello a los Derechos Humanos, sino que es un atropello al control de convencionalidad y al mismo bloque convencional, pues ahora existe el matrimonio igualitario en Costa Rica, pero no por los motivos que debería existir.

a.3) Derecho de Igualdad en la jurisprudencia constitucional

Seguidamente, se realizará un análisis de la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional, respecto al derecho de igualdad y no discriminación.

⁴⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas, expediente 15-013971-0007-CO considerando, párr. 11.

Comenzamos por una sentencia que a la fecha cumple veintiocho años, la N°03435-92. Esta sentencia se retoma en su análisis, puesto que aborda de forma relevante el derecho a la igualdad y no discriminación, al reclamar el hecho que la mujer no puede transferir la nacionalidad por el mero hecho de su género.

Se está evidenciando un trato distintivo, desigual, por razón del género. En este caso, la Sala realiza un abordaje, tomando en consideración el artículo 33 constitucional que habla expresamente sobre la igualdad ante la ley. Al mismo tiempo, utiliza el artículo 48 para hacer un análisis a la luz de instrumentos internacionales, que también aborda temas de igualdad y no discriminación.

Por lo que la Sala indica que evidentemente, si se comparan estos artículos con lo que dice el artículo 14 inciso 5) de la Carta Magna, es totalmente discriminatorio, contrario al derecho de igualdad, pues solo le está dando el beneficio de adquirir nacionalidad costarricense a la mujer extranjera que se case con un hombre de nacionalidad costarricense.

En consecuencia, se declara que debe entenderse “persona”, cada vez que se diga hombre o mujer, pues al ser la igualdad y no discriminación derechos genéricos se vuelven valores supremos para el Estado. Agrega que la discriminación que realiza este artículo constitucional no protege una finalidad superior ni un interés común. Por el contrario, arremete contra derechos subjetivos, al respecto destaca el siguiente extracto textual:

II.- En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de la facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos "hombre" o "mujer", deberán entenderse como sinónimos del vocablo "persona", y con ello eliminar toda posible discriminación "legal", por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados⁴⁵.

⁴⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 3435-92*; 11 de noviembre de 1992, 16:00 horas. Expediente 91-002695-0007-CO.

Es posible apreciar, entonces, en este caso, una concepción muy progresiva de igualdad, seguida por la Sala en el 1992, donde dispone que no debe hacerse diferenciación entre hombre y mujer. Esto es contrario al principio de igualdad y no discriminación, protegidos, tanto a nivel nacional como internacional, y que hacer esta exclusión, en realidad, no responde a un interés superior.

Sin embargo, al leer este extracto, es imposible no preguntarse ¿Por qué si la Sala en el año 1992, previó futuras desigualdades y discriminaciones como las que nacen del matrimonio civil exclusivamente heterosexual, no siguió con la misma línea? Incluso en este extracto contempla un mandato por realizar este cambio de forma abierta, al expresar su aplicación en la Constitución y otros instrumentos jurídicos vigentes. A lo largo de este apartado, se evidenciará el progreso o retroceso de la Sala en esta línea, para responder estas interrogantes.

Un año más tarde, la Sala indica en el voto 316-93, su criterio sobre la concepción del principio de igualdad, en la cual dice lo siguiente, al referirse a una situación de beneficios diferenciados, a partir de determinado grado académico de preparación universitaria:

El principio de igualdad, contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente discriminación. La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, solo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que debe existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal

*de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso.*⁴⁶

En este extracto, la Sala empieza a abordar una línea donde indica que está bien diferenciar con límite razonable. En este caso, se trata de una ventaja económica razonable que obtienen las personas en el área de salud, de acuerdo con sus logros académicos. La Sala desarrolla un criterio de igualdad material, e igualdad real, para determinar que existen distinciones que no constituyen violación al derecho de igualdad, criterio, por cierto, totalmente comparable con la teoría aristotélica de la justicia “*igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales*”.⁴⁷

Sobre la resolución 7262-06, se aborda una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 14 inciso 6 del Código de Familia y 176 del Código Penal. Por su contrariedad al principio de igualdad, y por ser discriminatorio contra las personas del mismo sexo que quieran contraer matrimonio.

La Sala estima que, para determinar una violación al artículo 33 Constitucional, debe analizarse el principio de igualdad. Para esto es necesario determinar si las personas se encuentran en la misma situación y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, es violentado el principio. Empero, agrega que es necesario determinar si esa diferenciación que se está realizando, se funda en fines constitucionales legítimos.

Seguidamente, la Sala, trece años más tarde, trae a colación en la presente resolución en análisis, la cita antes incluida del voto 316-93, sobre la interpretación del principio de igualdad que debe utilizarse, retomando la posición de la igualdad material y real, agregando los siguientes ejemplos para comparar la situación de las parejas homosexuales y heterosexuales:

...dotar de vivienda a los sectores más pobres justificaría la existencia de un bono de vivienda para ellos y no para los demás. Reconocer becas universitarias para los que no pueden pagar la educación y negarla a los demás. Conceder una

⁴⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 316-93*; 22 de enero de 1993, 09:39 horas. Expediente 92-000543-0007-CO.

⁴⁷ Aristóteles de Estagira, “Moral a Nicómaco” (Madrid, 1873), Libro V, *Teoría de la Justicia*. Consultado 15 de mayo de 2020, <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01.htm>

*pensión a las personas mayores de cierta edad y negarla a los que no hayan cumplido esa edad.*⁴⁸

En este punto, es de resaltar que la Sala realiza una comparación de situaciones de vulnerabilidad con las parejas heterosexuales. Al determinar que unos tienen prioridad sobre otros y no es discriminatoria esta exclusión que se hace del resto de la población que no está en estado vulnerable y las personas homosexuales, o por no cumplir con los requisitos que la ley contempla para ser beneficiados.

No cabe posibilidad de realizar esta comparación, ya que los ejemplos brindados por la Sala en esta resolución son una cuestión de seguridad social, se refiere a un deber del Estado y no se encuentra un criterio válido para realizar discriminación en el caso que aquí acontece, porque evidentemente no se está hablando de un estado de vulnerabilidad, se está hablando de preferencias del ámbito de la subjetividad y libertad de cada persona.

Sin embargo, la Sala mantiene el criterio de interpretación del año noventa y tres y agrega otro criterio, que es el del fin constitucional legítimo, que persigue una norma que, en primera instancia, sería contrario al principio de igualdad, en este caso indica lo siguiente.

*...al perseguir la norma legal un fin constitucional legítimo, la distinción que hace entre un tipo de parejas y aquellas que quedan excluidas, resulta razonable y objetiva a la luz de lo señalado. Es decir, **no estima que se trate de una norma arbitraria e irracional, sino una consecuencia lógica y necesaria de un tipo de matrimonio consagrado en el Derecho de la Constitución.***⁴⁹ (El resaltado no es del original).

Tal como se aprecia en la cita, la Sala en el 2006 superpuso la necesidad de seguir la concepción con la que se reguló el matrimonio, cincuenta y siete años atrás, en el momento de elaboración de este voto. Contemplaba la realidad a la cual debe responder el Derecho, no solo se visualiza una concepción retrógrada en este punto, sino que se agrega en este voto concepciones del matrimonio de los años 1950, en el artículo 12 del Convenio de Roma y el

⁴⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 7262-06*; 23 de mayo de 2006, 14:46 horas. Expediente 03-008127-0007-CO.

⁴⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 7262-06*; 23 de mayo de 2006, 14:46 horas. Expediente 03-008127-0007-CO.

caso español, en 1994, para determinar que el matrimonio solo está garantizado para las uniones entre hombre y mujer, y se excluye expresamente a las parejas homosexuales.

Todo esto para concluir en una acción declarada sin lugar, que determina que la ausencia de normativa para regular las uniones de parejas del mismo sexo no es contrario al principio de igualdad, pues las parejas heterosexuales no están en la misma situación de las homosexuales y, al darse esto, no corresponde darle un trato igualitario.

Dos años más tarde, la Sala emite el voto 17301-2008. Se trata, de igual forma, de una acción de inconstitucionalidad, se refiere a los artículos 1 y 2 del Decreto Ejecutivo 19933-S del año 1990, pues estos prohíben la donación de sangre de parte de las personas homosexuales, esto se encuentra contrario al principio de igualdad.

En el abordaje de este caso, la Sala recurre al mismo criterio de igualdad que se sigue desde la resolución abordada de 1993, reafirma que no debe entenderse que todos requieren el mismo nivel de igualdad, sin atención a sus diferencias, reitera que existen desigualdades razonables, justificadas, y estas son compatibles con un Estado democrático y social de Derecho y destaca la siguiente frase *“porque dar un tratamiento similar a situaciones desiguales, conllevaría una mayor desigualdad”*.⁵⁰

En este caso, la Sala declara sin lugar la acción, pues considera que la exclusión de este sector dentro de un denominado “grupo de riesgo”, se debe a estadísticas que demuestran que las prácticas sexuales de las personas homosexuales son mucho más riesgosas que las de las personas heterosexuales, y en que no es posible detectar la enfermedad hasta semanas o meses de adquirir el contagio, el denominado “período ventana” ,y aceptar la donación de sangre de este grupo, por estas razones, trae como consecuencia poner en riesgo de contagio a quien recibe la donación.

Por tanto, en este caso en concreto, se aborda una discriminación racional, según criterios de salud objetivos, de acuerdo con circunstancias de tipo epidemiológico.

Tres años más tarde, la Sala emite la resolución 8724-11. En este caso, se entra a conocer un amparo en contra de la Cruz Roja y S.A. Juegos Sociales Iberoamericanos, por

⁵⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 17301 - 08*; 19 de noviembre de 2008, 14:54 horas. Expediente 06-014356-0007-CO.

un trato discriminatorio y ofensivo de parte de estos hacia una pareja homosexual, por el mero hecho de tomarse de las manos, les señalan que deben dejar de realizar esta acción y, en caso de omitir este mandato, serían expulsados del lugar.

En este caso, la Sala acude al criterio de instrumentos internacionales como el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe los actos de discriminación que atenten contra el derecho a la igualdad y dignidad humana por orientación sexual, destaca la siguiente cita:

*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 contraria al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país.**⁵¹*
(El resaltado no es del original).

Es así, que la Sala agrega un nuevo criterio al principio de igualdad y no discriminación. Define lo que debe entenderse por “discriminar”, además, vincula el principio en estudio directamente con la dignidad del ser humano. Determina en el caso concreto, que toda persona homosexual es libre de acudir a cualquier establecimiento, sin recibir un trato diferente, contrario a su dignidad, por el mero hecho de su orientación sexual.

Una resolución muy similar a la anterior en la línea jurisprudencial de igualdad y no discriminación es la 4524- 12⁵². En esta oportunidad, se aborda un amparo contra el Centro de atención institucional la Reforma, se interpone por la imposibilidad que presenta un

⁵¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 8724-11*; 1º de julio de 2011, 09:18 horas. Expediente 11-004981-0007-CO

⁵² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 4524-12*; 30 de marzo de 2011, 11:03 horas. Expediente 11-009801-0007-CO

recluso de vestirse de acuerdo con su autopercepción de sí mismo, esta persona se vestía como mujer, y nunca presentó problemas, hasta que un día le hicieron el reclamo y le indicaron que no podría salir a sus actividades fuera del ámbito penitenciario, si no vestía como varón.

A lo largo del voto, la Sala utiliza los mismos criterios empleados en la resolución anterior, al usar el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así como el mismo concepto de “discriminación”; para determinar que, en el caso concreto, se estaba en presencia de ella, pues no existían fundamentos para determinar esta prohibición al recluso.

Ya que no obedecía esta orden a ninguna razón de seguridad o de conmoción a lo interno del centro, sino que fue una exclusión personalizada hacia esta persona, se trató de una prohibición verbal, no se comprobó la existencia de ningún reglamento o acto administrativo motivado y fundamentado que determinara la prohibición a nivel general. Para así no ser considerado discriminante, y contrario al principio de igualdad, empero, en el caso solo se trató de un acto dirigido a atacar la preferencia sexual del recurrente.

En esta resolución se observa adicionalmente el uso tácito del criterio de igualdad, donde es necesario determinar, si el trato distintivo que se está practicando tiene una razón suficiente, que persiga un fin superior para motivar ese acto y de no encontrarse ese fundamento, se comprenderá como discriminatorio y contrario al principio de igualdad.

Un año después, se emite el voto 3090-13. En esta resolución se aborda un recurso de amparo contra el Ministerio de Salud, con motivo de un decreto ejecutivo que declara de interés público un Congreso de Bioética, donde uno de los conferencistas sostiene la posición de que la homosexualidad es una enfermedad, un trastorno sexual que puede ser curado.

Mientras que la OMS sostiene que la homosexualidad es una diversificación de la sexualidad y no una enfermedad. Es contrario al criterio de no discriminación por orientación sexual que ha sostenido la Sala y la Corte IDH, que el Estado promueva la discriminación a personas homosexuales en esta conferencia de interés público.

Al respecto del principio aquí estudiado, resalta la siguiente cita que motiva el considerando de la Sala:

*... un acto discriminatorio puede darse cuando entre dos sujetos existe una diferencia de trato injustificado y arbitrario, en cuyo caso se requiere de un parámetro de comparación para determinar si hay desigualdad dentro de una relación normativa. Empero, la discriminación también se puede dar cuando a una persona se le califica con criterios denigrantes claramente contrarios a la opinión científica mayoritaria, como sería considerar que una persona por su color, género, etnia u orientación sexual (entre otros) sea un individuo de menor valía o bien una persona enferma.*⁵³

Sobre este extracto, se observa como la Sala retoma la idea del interés superior o justificación razonable que, de pie a un acto discriminatorio, para determinar si es contrario o no al principio de igualdad. En esta ocasión, sí se está frente a un acto discriminatorio, puesto que el Estado está apoyando un acto que lesiona la dignidad de las personas homosexuales, en este caso.

Así mismo, resalta en este voto las razones adicionales del Magistrado Jinesta Lobo, quien, en lo que atañe a la línea jurisprudencial analizada, manifiesta:

*De otra parte, existe un principio constitucional común o universal, que es el de la igualdad y la no discriminación, el que, a su vez, se ha concretado progresivamente, en el derecho fundamental a la igualdad (artículos 33 de la Constitución y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Los grupos de personas que tienen una orientación sexual diversa, son grupos, esencialmente, vulnerables y en franca desventaja que, tradicionalmente, han estado sometidos a todo tipo de vejámenes y discriminaciones, todos los poderes públicos, además de evitar cualquier tipo de discriminación (obligación negativa), están constitucional y convencionalmente, obligados a desarrollar y ejecutar acciones afirmativas en su favor (obligación positiva).*⁵⁴

En este sentido, el magistrado menciona una obligación a la que está sometido el Estado, que es la protección del derecho a la igualdad, en la cual se contempla la no

⁵³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 3090-13*; 6 de marzo de 2013, 16:10 horas. Expediente 13-001911-0007-CO

⁵⁴ Ídem.

discriminación y la dignidad misma. Tal como se ha desarrollado jurisprudencialmente, además de ser un deber consagrado, tanto en la Constitución, como en instrumentos internacionales en los cuales el país se obliga.

Es así como afirma que la declaratoria de interés público y nacional que aquí se discute, fomenta la discriminación y marginación, además de violentar, entre otros, los derechos a la igualdad y no discriminación de las personas de intereses sexuales diversos.

En la resolución 12703-14 ya abordada en la línea de control de convencionalidad, también se contiene una línea jurisprudencial de igualdad y no discriminación. Al respecto, se considera contrario, entre otros, al artículo 33 de la Constitución, 24 de la CADH y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Sala reitera su posición, al decir que toda diferencia que se realice con fundamento en la orientación sexual va en contra del principio de igualdad y dignidad humana, por ende, se les debe garantizar igualdad en la protección de la ley. Se retoma en este voto el concepto de “discriminación” manejado con anterioridad: “*es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos*”.⁵⁵

De igual forma, retoma la posición de la justificación objetiva para el trato diferente que se aborde, sin embargo, en este caso, se determina que, al otorgarse los beneficios exclusivamente a los cónyuges de las personas agremiadas, no hay tal justificante o interés razonable. Se trata de un interés por excluir y, de esta forma, discriminar ilegítimamente a personas por su orientación sexual.

También es necesario retomar el voto 6058-15⁵⁶, que ahora será abordado desde la línea de la igualdad y no discriminación. El presente caso reutiliza el extracto sobre el principio de igualdad usado el voto 7262-06, el cual, como ya se abordó, habla de la posibilidad de que un acto discriminatorio sea legítimo, mediante la ponderación de situaciones, para determinar la igualdad o no de ellas, pues puede existir una justificante

⁵⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 12703 -14*; 1º de agosto de 2014, 11:51 horas. Expediente 13-008162-0007-CO.

⁵⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 6058 -15*; 29 de abril de 2015, 11:32 horas. Expediente 15-000450-0007-CO

objetiva y, para ello, se debe tener presente la proporcionalidad entre la finalidad y efectos de ese acto distintivo, esta es, la retomada posición de la igualdad material y real.

Se busca de nuevo, determinar si el trato es idóneo para alcanzar el fin perseguido constitucionalmente, resalta un extracto retomado de la resolución del 2006:

c) Que cuando se persigue un fin constitucionalmente tutelado, la diferenciación de trato será válida en función de este criterio (sin necesidad de encontrar una razonabilidad en la diferenciación”, pero quedará sujeta al cumplimiento de las demás exigencias derivadas del principio-derecho de igualdad (...).⁵⁷

Como dato variante de esta línea, la Sala expuso una autocrítica sobre la ausencia de regulación de las uniones homosexuales. Asegura que esto es inconstitucional, va en contra de lo dispuesto por los órganos internacionales de Derechos Humanos, y que esto arremete contra el derecho humano de la igualdad y no discriminación que toda persona debería tener.

Seguidamente, se realizará un análisis de la resolución base de esta investigación; 12782-18⁵⁸, en cuanto a la línea jurisprudencial de la igualdad y no discriminación.

En este famoso voto, la Sala tuvo que realizar un análisis sobre la discriminación sexual, en este caso, donde hace referencia a todos los criterios que ya se han abordado a lo largo de las nueve sentencias relacionadas con la igualdad y no discriminación que aquí se incluyó. Retoma la prohibición absoluta de realización de cualquier discriminación que atente contra la dignidad de cualquier persona.

Se reutiliza el concepto de discriminación que ya se ha expuesto, se indica que estos actos de discriminación son contrarios a la Constitución y los Tratados Internacionales de los cuales Costa Rica forma parte. Se reitera el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se expone que los actos de discriminación por motivos de preferencia sexual son contrarios al derecho de igualdad y dignidad.

⁵⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 7262-06*; 23 de mayo de 2006, 14:46 horas. Expediente 03-008127-0007-CO.

⁵⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-18*; 8 de agosto de 2018, 16:45 horas. Expediente 15-013971-0007-CO.

Se reitera la posición antigua que se ha sostenido respecto a la desigualdad de situaciones entre parejas homosexuales y heterosexuales, y que, por ello, no merecen igual trato. La Sala acude a la variedad de votos que han resuelto, en relación con derechos que se violentaban hacia personas con orientación sexual diversa, así como a criterios de la Corte IDH como el caso *Duque vs Colombia*.

Donde se determina, precisamente, un trato que vulnera el derecho que aquí interesa el de igualdad y no discriminación; al excluir a las parejas homosexuales de la posibilidad de obtener la pensión por viudez. Se extrae por la Sala, de esta misma resolución de la Corte, que debe reconocerse que existe un vínculo de personas históricamente discriminadas, que merece igualdad de derechos y protección.

Luego de esto, se incluye la postura tomada, a partir de la OC-24/17. Donde se dice expresamente que los Estados deben adecuar las figuras existentes para garantizar a parejas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos, en relación con los que gozan las personas heterosexuales.

Es solo a partir de una situación casi forzosa, por todas estas indicaciones expresas por parte de la Corte IDH, que la Sala decide concluir, que efectivamente el artículo 14 inciso 6) del Código de Familia es inconstitucional, por violación al derecho constitucional y convencional de igualdad aquí abordado.

A partir de este nuevo criterio es posible determinar que la Sala sostuvo por veintiséis años un mismo criterio, con ciertas variaciones respecto al derecho de igualdad y no discriminación. Otorgó la razón, en muchas oportunidades, a personas homosexuales que se sentían violentadas en su derecho a la igualdad y no discriminación, pero al debatirse el derecho al matrimonio de estas personas, la Sala (por mayoría), se resguardó en el criterio de “igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales”, para decir que no se estaba violando el derecho de igualdad y, por ende, no tener que cambiar la postura del constituyente originario.

De no ser por la opinión consultiva que emitió la Corte IDH a Costa Rica, probablemente ni las experiencias de Colombia y Chile habrían bastado para cambiar la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional.

a.4) Derechos reconocidos por la Jurisprudencia Constitucional a las personas homosexuales

Si bien es cierto, el objeto de estudio principal de esta investigación es establecer un posible quebranto del control de convencionalidad por parte de la Sala Constitucional, en el voto 12782-2018. Es menester hacer un análisis de los derechos que ha ido adquiriendo la población con orientación sexual diversa a la heterosexual con el paso de los años.

Debido a que el voto supra mencionado, versa entre otras cosas, sobre la entrada en vigencia en el país del matrimonio igualitario; siendo este el máximo logro para esta comunidad con el paso de los años. Pero este ha sido un camino muy lento, y con muchos obstáculos, así que se analizará cronológicamente, los diferentes derechos que les reconoció la Sala Constitucional, para averiguar si la línea jurisprudencial ha evolucionado, involucionado o se ha mantenido.

El primer voto que se analizará, en este apartado, es el 7262-2006 de la Sala Constitucional, del cual se comentó su contexto en esta investigación, en resumidas cuentas, se trata de una acción de inconstitucional en contra del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia. Este fue un primer intento para facultar el matrimonio igualitario en el país.

Como se dijo, en esta ocasión, la Sala Constitucional denegó la entrada en vigencia del matrimonio igualitario. Por lo tanto, se analizará el porqué de este razonamiento de la Sala:

Se puede afirmar que la norma impugnada no quebranta el principio de igualdad. En primer lugar, porque la realidad demuestra que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las parejas homosexuales... a pesar de tener este Tribunal competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma, en el caso concreto, ello implicaría modificar toda la estructuración normativa de la concepción que sobre el matrimonio adoptó el constituyente originario. Adicionalmente, al perseguir la norma legal un fin constitucional legítimo, la distinción que hace entre un tipo de parejas y aquellas que quedan excluidas, resulta razonable y objetiva a la luz de lo señalado. Es decir, no estima la Sala que se trate de una norma arbitraria e irracional, sino

*una consecuencia lógica y necesaria de un tipo de matrimonio consagrado en el Derecho de la Constitución.*⁵⁹

Del extracto anterior, se puede extraer dos conclusiones importantes. En primer lugar, la Sala Constitucional considera que no existe igualdad entre parejas heterosexuales y homosexuales. Hace una especie de discriminación positiva, sin embargo, es mal empleado, debido a que la discriminación positiva se hace para visibilizar a una población vulnerable, en el intento de concederle derechos que le ayuden a ponerse en condiciones similares al resto de personas.

Pero en este caso, dicha discriminación positiva no existe, y es una simple discriminación ordinaria. A pesar de que en el voto 3435-92 (analizado ampliamente en esta investigación), la Sala había establecido que para evitar discriminaciones, todas las normas que usaran los vocablos hombre y mujer, debían entenderse como personas, lo cual, confrontado con este voto, denota una involución en la línea jurisprudencial.

La segunda conclusión a la que se puede llegar es que la Sala Constitucional es consciente de que pueden declarar la inconstitucionalidad de la norma. Utilizan un argumento histórico para no hacerlo, pues alegan que el constituyente originario no pretendía regular el matrimonio igualitario.

Sin embargo, la acción de inconstitucionalidad se da en razón de los artículos 28 y 33 de la Constitución Política, que son referentes a la libertad y a la igualdad, no al matrimonio. Sí existe un artículo constitucional que regula el matrimonio (artículo 52), pero en dicha norma, en ninguna parte usa los vocablos hombre y mujer, pues dispone textualmente “*El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges*”.⁶⁰

⁵⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 7262-2006*, 23 de mayo, 2006, 14:46, expediente 03-008127-0007-CO considerando, párr. 7.

⁶⁰ Vinicio Piedra Quesada, comp., *Constitución Política de la República de Costa Rica* (San José, Costa Rica: Imprenta Nacional, 2014), 16.

Entonces, no se puede extraer de este artículo que el constituyente originario quisiera regular únicamente los matrimonios heterosexuales, por lo cual la interpretación de la Sala Constitucional es errónea.

El siguiente voto que se analizará es el número 641-2010, el cual versa sobre una acción de inconstitucionalidad, en contra del artículo 242 del Código de Familia, que regula las uniones de hecho, siendo que ese artículo establece que solo es reconocible las uniones de hecho entre un hombre y una mujer.

La Sala Constitucional, al igual que en el voto anterior, termina rechazando la acción en todos sus extremos, tomando como parámetro de análisis lo siguiente:

En un planteamiento anterior similar al caso concreto, presentado por el mismo accionante, pero relacionado con la posibilidad de que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio, este Tribunal en sentencia No. 2006-7262 estableció que el hecho de que el legislador no contemplara en nuestra legislación dicho supuesto, no lesiona el derecho de igualdad, en primer lugar, porque la realidad demuestra que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las parejas homosexuales; consecuentemente, el legislador se encuentra legitimado para dar, en estos casos, un trato diferenciador.⁶¹

En lo siguiente, la Sala Constitucional utiliza los mismos argumentos que en el voto anterior, inclusive la redacción exacta. Se puede concluir que, a pesar del paso de los años y que se habla de dos figuras jurídicas similares, pero con diferencias evidentemente marcadas, no se hace una evolución en el criterio de la Sala, y mantiene una misma línea jurisprudencial de establecer diferencias entre las parejas heterosexuales y homosexuales.

Denegando de esta manera, la incursión de derechos para esta población en el país, tanto el matrimonio como la unión de hecho, siendo que hay una desprotección de todos los derechos patrimoniales y de otra naturaleza para las parejas homosexuales.

El tercer voto que se expondrá en este apartado es el 8724-2011. Es un recurso de amparo en contra de la Asociación Cruz Roja Costarricense y la Sociedad anónima Juegos

⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 641-2010*, 13 de enero del 2010 14:56 horas, expediente 09-008375-0007-CO, considerando, párr. 3

Sociales Iberoamericanos. Como ya se mencionó, en este caso, una pareja de hombres homosexuales fue discriminada por tomarse de las manos en un bar, incluso, propiciando su expulsión del lugar.

Por consiguiente, a efectos de resolver este tipo de discriminación, resulta fundamental determinar, por una parte, si la pareja afectada estaba realizando acciones de evidente contenido erótico o amoroso en un grado desproporcionado de acuerdo con las normas del local o los estándares culturales del país, y, por otra, si tal tipo de escenas le resulta permitida a una pareja heterosexual pero no a una homosexual... en el caso de una pareja heterosexual y de acuerdo con los estándares culturales del país, el mero hecho de tomarse la mano durante unos instantes difícilmente podría ser catalogado como una interacción amorosa excesiva o un acto erótico desproporcionado, razón por la que se debe aplicar idéntico criterio cuando se trata de parejas del mismo sexo.⁶²

Vemos como en este voto, la Sala Constitucional sí pone en una situación de igualdad las conductas desplegadas por una pareja heterosexual y una homosexual. Las muestras públicas de amor que no recaigan en la inmoralidad o actos explícitamente eróticos, están completamente permitidos, debido a que no existe norma en contrario que lo regule.

Mediante el principio de autonomía de la voluntad las personas pueden optar por realizar la conducta, entonces, vemos una primera y muy tímida aproximación por derribar los mitos sociales que atacan a las parejas homosexuales.

El siguiente voto que se investigará es el 13800-2011. Es una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo Número 33876-J, debido a que se les prohibía a los privados de libertad homosexuales, recibir visitas íntimas de personas de su mismo sexo, lo que para las personas heterosexuales es un derecho con el que siempre han gozado:

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

⁶² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de amparo: voto 8724-2011*, 1 de julio, 2011 09:18 horas, expediente 11-004981-0007-CO, considerando, párr. 6.

*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.*⁶³

Este es otro pequeño avance de los derechos adquiridos por personas homosexuales con el paso de los años. La Sala Constitucional no encuentra justificable que haya una distinción en cuanto a personas homosexuales y heterosexuales, cuando son privadas de libertad. El derecho de las visitas íntimas tiene como finalidad el contacto con el mundo exterior, y poder disfrutar de su sexualidad libremente como cualquier persona tiene derecho a hacerlo.

El quinto voto que se analiza es el 4524-12. Este ya fue contextualizado. Recapitulando, es un recurso de amparo contra el CAI la Reforma, porque no permitían que un privado de libertad hombre, se vistiera como mujer, debido a que su identidad de género no coincidía con su sexo asignado al nacer.

En este caso es importante determinar que un hombre que se auto perciba como mujer, o una mujer que se auto perciba como hombre, no necesariamente es una persona homosexual. Este concepto se conoce como identidad de género, que es la forma en la que cada persona se auto percibe, sea conforme al sexo asignado al nacer, sea con un género opuesto, o bien, con un género no binario.

Mientras que la orientación sexual, es la atracción emocional y sexual hacia otra persona, ya sea de su mismo sexo, del opuesto, o de otro género no binario. Hecha esta aclaración, procedemos a analizar lo que dispuso la Sala Constitucional en este caso:

De esta forma, si una persona –esté o no privada de su libertad- siente el deseo o incluso la necesidad de vestir según su preferencia sexual, establecer una

⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 13800-2011*, 12 de octubre, 2011 15:00 horas, expediente 08-002849-0007-CO, considerando, párr. 5.

limitación arbitraria al respecto es un irrespeto de su derecho a la igualdad (pues a los heterosexuales no se le imponen limitaciones a su forma de vestir) y a su dignidad como persona.

Entonces, se denota que hay una evolución en la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional. Al reconocerse cada vez más derechos a personas con orientación sexual diversa, ya que como se dijo, no necesariamente esta persona era homosexual (bien podía serlo), pero sí pertenece a la minoría conformada por la comunidad LGBTIQ. Entonces, en sí, es un avance digno de recalcar.

De igual manera, como se hizo en el apartado de análisis jurisprudencial sobre control de convencionalidad, se procede a analizar de manera conjunta los votos 12703-14 y 6058-15 de la Sala Constitucional. Debido a que existe mucha similitud, tanto en el elenco de hechos, como en el razonamiento en el que incurre dicha Sala.

Estos votos eran ambos recursos de amparo en contra del Colegio de Abogados y el Colegio de Médicos y Cirujanos, respectivamente, porque no le querían expedir un carné para utilizar las instalaciones a la pareja homosexual de los recurrentes. Respecto al derecho reconocido en estas sentencias, nos encontramos, justamente, con esa expedición, basándonos en la siguiente lógica de la Sala Constitucional:

Este Tribunal no cuestiona la potestad del colegio recurrido de establecer reglas para la permanencia y uso de las instalaciones, las cuales deben tener como marco el principio de autonomía de la voluntad dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política. Pese a esto, no podría rechazarse el uso de esas instalaciones a las parejas del mismo sexo de los colegiados basados, únicamente, en su orientación sexual, pues estaría incurriéndose en una actuación discriminatoria y contraria al principio de igualdad.⁶⁴

En el caso en concreto, se considera que la Sala Constitucional ha tenido una evolución en su línea jurisprudencial. Se les reconoció el derecho a las parejas homosexuales de los afiliados de los colegios citados previamente al uso de sus instalaciones, justo como sus

⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de amparo: voto 12703-2014*, 1 de agosto, 2014 11:51 horas, expediente 13-008162-0007-CO, considerando, párr. 10.

parejas, sin distinción alguna respecto a las parejas heterosexuales como se venía haciendo. Si bien es cierto, este pareciera un paso pequeño en el sentido en que solo afecta a los abogados(as) y médicos suscritos a su respectivo colegio. Lo cierto del caso es que es un importante paso en derrumbar mitos y estereotipos que homofóbicamente se fueron construyendo con el paso del tiempo.

Por último, referente a este apartado, es momento de analizar el voto principal de esta investigación: el 12782-2018 constitucional. Como se sabe, mediante este voto es que se faculta en Costa Rica el matrimonio igualitario, pero surge la siguiente duda ¿Solamente al matrimonio igualitario se accedió mediante esa sentencia? ¿O existen acaso otros derechos que podrían desencadenarse de ella? No se analizará los motivos que llevaron a los magistrados a tomar este razonamiento, porque eso ya fue expuesto en la investigación, se centrará este análisis en los derechos reconocidos, y lo que eso implica para la vida jurídica del país.

No queda la menor duda de que mediante este voto se le reconoció el derecho de casarse a las parejas homosexuales, y que desde el pasado 26 de mayo del 2020 esa posibilidad está latente. Este es un análisis muy básico, que se puede extraer del siguiente extracto jurisprudencial:

De este modo, luego de examinar los elementos supra citados, la Sala arriba a las siguientes conclusiones. El impedimento estatuido en el inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia, impugnado en esta acción, resulta inconstitucional por violación al derecho a la igualdad, cobijado en los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶⁵

Es claro e indudable que la Sala Constitucional, sea cuales sean sus motivos (como se analizó y se profundizará luego), mediante ese voto reconoció el derecho al matrimonio de las parejas homosexuales. Sin embargo, se sabe que esta no es la única figura de índole legal que regula las relaciones de pareja. También se encuentra la unión de hecho, y también existía una

⁶⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas, expediente 15-013971-0007-CO considerando, párr. 7.

prohibición para las parejas homosexuales de acceder a ese instituto ¿Cómo resolvió la Sala Constitucional este tema en el voto 12782-2018?

La unión de hecho produce los mismos efectos patrimoniales que el matrimonio. Este se encuentra regulado en el artículo 242 del Código de Familia. Tiene una serie de características que deben cumplir las parejas para que se les reconozca este instituto jurídico.

*Artículo 242.- La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, **entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio**, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa⁶⁶ (la negrita no es parte del original).*

En lo que nos interesa para este análisis, se debe destacar lo resaltado con negrita, las características de entre hombre y mujer y aptitud legal para contraer matrimonio.

Genera de primer plano una discriminación con las parejas homosexuales, pues tienen una doble denegación en el mismo artículo para acudir a esta posibilidad jurídica. Además de ser expresa la prohibición de reconocimiento de unión de hecho para este sector de la población, hace referencia a tener aptitud legal para contraer matrimonio.

Eso redirecciona al artículo 14 del mismo cuerpo normativo, que contempla las prohibiciones para contraer matrimonio, y en su inciso 6) resalta que no pueden hacerlo personas del mismo sexo. Evidentemente, este análisis es de la situación fáctica anterior a la emisión del voto 12782-2018, entonces, surge la duda ¿Cómo resolvieron el tema de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo los magistrados de la Sala Constitucional?

Por un lado, la norma cuestionada se traduce por sí misma en una prohibición para el matrimonio entre personas del mismo sexo, negándoseles con base en su orientación sexual el acceso a tal instituto; por otro, de manera refleja afecta la posibilidad de que las parejas del mismo sexo accedan a la figura de la unión de hecho, toda vez que el ordinal 242 del Código de Familia se refiere a la

⁶⁶ Asamblea Legislativa, Ley N° 5476: Código de Familia, 7 de noviembre, 1973, Sinalevi: art. 242. Consultado el 21 de mayo, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970

“...aptitud legal para contraer matrimonio...”, con lo que remite a las imposibilidades legales del numeral 14, entre ellas la que es objeto del sub examine. Es decir, la norma cuestionada impide tanto la formalización de un matrimonio como el reconocimiento de una unión de hecho entre personas del mismo sexo por la sola razón de la orientación sexual, lo que contraría la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida que esta ha venido a expandir la cobertura de protección en esta materia.⁶⁷

La Sala Constitucional no limita su análisis exclusivamente al matrimonio igualitario. A pesar de que la norma impugnada es el artículo 14 inciso 6) del Código de Familia, que regulaba exactamente la prohibición de parejas del mismo sexo de contraer matrimonio. También analiza lo dispuesto en el artículo 242 del mismo cuerpo normativo, porque si bien es cierto no es la norma impugnada, indudablemente está estrechamente correlacionada con ella. Si se declara inconstitucional dicha norma, debe también entenderse que son inconstitucionales las diversas aplicaciones que el artículo tenía en otros instrumentos jurídicos, ya que hoy esa norma es inconstitucional y, por ende, ha salido de la vida jurídica nacional.

Para un buen aplicador del derecho, no debería quedar duda alguna de que hoy la unión de hecho entre personas del mismo sexo es completamente válida, a pesar de no haber sufrido modificación o derogación alguna el artículo 242 del Código de Familia. Pues la redirección que hace dicho artículo al numeral 14 supra mencionado, hace que los alcances de la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso 6), tenga efecto directo a este instituto.

Por si fuera poco, se debe analizar las normas aplicables cuando dos o más chocan entre sí. Claro está, que uno de los criterios determinantes es la bastamente analizada jerarquía normativa. En un segundo plano una forma de resolver esto es que una norma especial, tiene prevalencia ante una norma general, pero este análisis se nos hace insuficiente, debido a que estamos contrastando dos normas del mismo cuerpo normativo.

⁶⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas, expediente 15-013971-0007-CO considerando, párr. 7.

Es por esto que hay que recurrir al último criterio de aplicación, y eso es que una norma posterior, deja sin efecto una norma anterior. El hecho que se declare inconstitucional el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, modifica el contenido original de esa norma, lo cual se puede tomar como una norma nueva, ya que la esencia de la misma ha sido cambiada.

Es por esto, que esta variante del artículo 14 de la materia familiar, constituye los efectos de una norma nueva, por lo tanto, debe prevalecer su aplicación por encima del ordinal 242. Entonces, debe entenderse que las parejas homosexuales tienen aptitud legal para casarse, y al ser este uno de los requisitos para el reconocimiento de la unión de hecho, debe prevalecer, aunque la norma siga diciendo que debe ser entre un hombre y una mujer.

Otro de los puntos que es importante analizar referente a este tema de la unión de hecho, es lo contenido en el por tanto de esta sentencia, específicamente, en el siguiente extracto:

...se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que, en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. En consecuencia, se mantiene la vigencia del inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia hasta por el citado plazo de 18 meses.⁶⁸

La Sala Constitucional no insta a la Asamblea Legislativa a regular el matrimonio igualitario, porque a pesar de que por el principio de seguridad jurídica podría ser importante una normativa clara sobre el tema, resulta innecesario para el fin perseguido, ya que con la simple declaratoria de inconstitucionalidad de la prohibición de contraer matrimonio por parte de las parejas homosexuales, se extrae ese efecto jurídico inmediato.

⁶⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas, expediente 15-013971-0007-CO, Por tanto, párr. 1.

La Sala Constitucional ordena a la Asamblea Legislativa a regular con base en los alcances y efectos derivados de las relaciones de parejas del mismo sexo, como se dijo, estas bien podrían ser el matrimonio o la unión de hecho.

Los diputados de la República podían legislar, tanto el matrimonio igualitario, como la unión de hecho entre personas del mismo sexo, como se sabe, no legislaron con base en ninguno de los temas, y las uniones de hecho han quedado a la interpretación que realicen tanto los jueces de la República, como los mismos magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, se mantiene la tesis que por lo analizado es perfectamente válido aplicar este instituto jurídico a las parejas del mismo sexo, pese a la prohibición expresa que todavía existe en el artículo 242 del Código de Familia.

Esta postura que se ha tomado no se hace de manera antojadiza, sino que está resguardada en abundante jurisprudencia de la Sala Constitucional. Al recalcar que cuando una norma diga matrimonio o cónyuges, debe también ampliarse ese término a las uniones de hecho.

Esta línea jurisprudencial tiene su origen en el voto 7521-2001, el cual es una consulta judicial de constitucionalidad, debido a que la adopción conjunta era únicamente aplicable a cónyuges. Entonces, considera la Sala Constitucional que este derecho también se le debe extender a las parejas en unión de hecho, sin distinción alguna:

En consecuencia, no resulta legítimo negarles la posibilidad de solicitar una adopción conjunta a aquellos convivientes ligados por una unión de hecho, con todos los elementos requeridos en el artículo 242 del Código de Familia, esto es, que se trate de "la unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio". De manera que el artículo 103 del Código de Familia en cuanto define la adopción conjunta referida únicamente a "los cónyuges" debe comprender también a "los convivientes", siempre y cuando la solicitud sea

*realizada en forma conjunta por una pareja que reúna los elementos previstos en el comentado artículo 242 del Código de Familia.*⁶⁹

De este extracto, se puede concluir que no es correcto hacer una distinción entre los derechos que ostenta un matrimonio, y los que tiene una unión de hecho válidamente constituida, a la luz del artículo 242 del Código de Familia. Si bien es cierto, ese voto trataba sobre una adopción conjunta, es correcto hacer una analogía y extender esa lógica a otras situaciones derivadas de la distinción entre un matrimonio y una unión de hecho, eso incluye las uniones de hecho entre personas homosexuales.

Para reafirmar la postura de la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan constituirse en unión de hecho, resalta el voto número 12783-2018, dicha sentencia fue dictada unas horas después del voto principal de esta investigación. En la cual resuelven una acción de inconstitucionalidad, en contra del artículo 242 del Código de Familia, a propósito del artículo 33 constitucional, y en concordancia con la ley de adulto joven.

En dicha sentencia, la Sala Constitucional llega a la misma lógica que en el voto 12782-2018, a saber:

*Por mayoría se declara con lugar la acción y, en consecuencia, se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a adecuar el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia.*⁷⁰

El error más grande de la Sala Constitucional en este voto, radica en que a diferencia del voto 12782-2018, no le otorgan un plazo a la Asamblea Legislativa para que regule el tema. Siendo que, en el momento de la defensa de esta tesis, los diputados no han regulado todavía las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Generando de esta manera un quebranto al principio de seguridad jurídica, y dejando vigente un artículo que ya tiene una

⁶⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Consulta Judicial Facultativa: voto 7521-2001*, 01 de agosto, 2001, 14:54 horas, expediente 01-005651-0007-CO, considerando, párr. 4.

⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12783-2018*, 08 de agosto, 2018, 23:00 horas, expediente 13-013032-0007-CO, Por tanto, párr. 1.

declaración de inconstitucionalidad. Creando, de esta manera, una importante violación a los Derechos Humanos.

Es por eso que se mantiene la postura desplegada en este escrito, que hasta que la Asamblea Legislativa no se atreva a regular estas uniones, será aplicable lo dispuesto en el voto 12782-2018, y les corresponderá a los jueces de la República y a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, decidir sobre el asunto que se presente ante su jurisdicción.

b) Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Continuando con el análisis de las líneas jurisprudenciales, se someterá a estudio las resoluciones: Atala Riffo vs Chile; Duque vs Colombia y la opinión consultiva OC 24-17, todas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales tienen estricta relación con la temática de esta investigación. Se realizará un abordaje enfocado en las líneas jurisprudenciales de no discriminación a las personas homosexuales, derechos de personas homosexuales, diversidad y matrimonio igualitario.

b.1) No discriminación a las personas homosexuales en resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se iniciará el abordaje de la línea jurisprudencial de no discriminación a las personas homosexuales, con el fin de determinar la discrepancia y concordancia de la Corte en cada caso concreto.

Sobre esto, se iniciará analizando esta línea en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile del año 2012. El caso surge a raíz del retiro del cuidado y custodia que tenía la señora Atala Riffo de sus hijas, en razón de su orientación sexual.

La Corte, para poder determinar la existencia de discriminación, en este caso, realiza un análisis sobre la determinación de la diferencia basada en la orientación sexual. Verifica sobre la existencia o no de una justificación ante tal trato diferenciado, para el caso concreto, velando por el interés superior del menor.

Al respecto la Corte manifiesta lo siguiente:

...la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente

*a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.*⁷¹

En este extracto, la Corte IDH, hace una observación de la condición inseparable entre la igualdad y la dignidad humana, todos estos son conceptos que entran dentro de la no discriminación. Además, define lo que debe entenderse como trato discriminatorio; este es aquel trato que establezca privilegios de derechos a ciertas personas, que se encuentran en una misma situación que otras, pero simplemente se les ha dado el criterio de beneficio por considerarlos superiores a los otros.

La Corte reitera que, de acuerdo con el artículo 1.1 de la CADH, es deber de los Estados respetar el derecho de igualdad, abstenerse de propiciar actos que tiendan a la discriminación y adoptar las medidas que sean necesarias para evitar todo acto discriminatorio.

Relaciona este artículo con el 24 del mismo cuerpo normativo, que expresamente prohíbe la discriminación y que deben ser interpretados de forma conjunta, ya que tiene que entenderse que el Estado debe proteger y respetar sin discriminación alguna los derechos que se consagra en la CADH. Esto debido a que resulta ilógico que se proteja de forma parcial o diferenciada el derecho a la no discriminación.

Se hace la aclaración, además, sobre el artículo 1.1 convencional en cuanto a la frase “cualquier otra condición social”, para que se comprenda en ella cualquier opción, según le sea más favorable. Es por ello que, a partir de esta frase, se contempla, para la Corte Interamericana, la discriminación por razón de la preferencia sexual, pues no se trata de una lista taxativa, sino de una disposición abierta a muchos tipos de razones en un acto discriminatorio, atendiendo a la evolución de los derechos fundamentales, y es así, incluso, como se ha manejado por la Sala Constitucional.

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs Chile de 24 de febrero de 2012*, Derecho a la igualdad y a la no discriminación, párr. 79.

Es también confirmado por la Corte que esta categoría de discriminación, “por la orientación sexual” es también contemplada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al mencionar “otra condición”, pues así se determinó ya en los casos *Silva Mouta vs. Portugal* y *Clift vs. Reino Unido*. En ellos también se mantuvo la posición, la cual indica que es una lista no taxativa. Fundamenta, además, lo siguiente:

*En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso *Toonen Vs. Australia* que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas⁷². (El resaltado no es parte del original).*

En el mismo sentido se ha manifestado el Comité de Derechos Humanos, el de Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura, y el constituido para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Se añade que desde el año 2008:

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.”⁷³

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs Chile de 24 de febrero de 2012*, La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana, párr. 88.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs Chile de 24 de febrero de 2012*, La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana, párr. 90

Además, se adoptó la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”.

Se extrae de todo lo constatado, que la Corte IDH trata de poner en bandeja de oro a los países que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que la interpretación que hace de los artículos de la Convención no son antojadizos. Se trata de una interpretación que busca demostrar que prevalece una tendencia a la evolución de los derechos humanos, donde se contempla la prohibición de discriminar por la orientación sexual. Debido a que se ha dado una tendencia a denegar derechos a las personas con orientación sexual diversa.

Se trata de una discriminación que se realiza incluso de parte del sistema jurídico de los países, por lo que resalta la obligación de los Estados de no discriminar a las personas por estas razones y de garantizar, y reforzar los derechos de ellas, en razón de que es totalmente inaceptable la disminución de los derechos de una persona por su orientación sexual, ya que esto solo sería una perpetuación de la discriminación que, a lo largo de la historia, por posiciones meramente subjetivas, han sufrido estos sectores; además, se resalta el siguiente extracto:

El hecho de que esta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana⁷⁴. (El resaltado no es parte del original).

La cita anterior es posiblemente el reflejo y la respuesta para la situación que se dio por años y hoy se sigue reproduciendo en Costa Rica, ya que como se apreció por años, en los votos analizados referentes a la inclusión de derechos como el matrimonio, ha sido siempre controversial, y no había consenso al respecto.

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs Chile de 24 de febrero de 2012*, La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana, párr. 92

Se apreció por años la posición de la Sala respecto a la igualdad material y real al decir que las personas homosexuales y heterosexuales no se encontraban en la misma posición y, por ello, la discriminación era totalmente válida y no violentaba el derecho humano y fundamental a la igualdad.

Se podía, sin embargo, contemplar en los votos salvados la posición de otros magistrados que defendía en este caso una posición similar a la Corte IDH, pero nunca se logró el consenso sobre el asunto, incluso para declarar con lugar en el año 2018, la falta de acuerdo fue tal, que tuvieron que hacer mayoría para determinar un plazo de 18 meses para la entrada en vigencia.

Es, entonces, totalmente procedente la preocupación que plantea la Corte IDH, respecto a la discriminación que sufren las personas diversas sexualmente. Pues es comprobado que sus derechos se han transgredido por el mismo sistema legal, por el mero hecho de no encontrar los Tribunales nacionales un punto de encuentro que proteja la igualdad ante ley y la no discriminación.

Correlativamente, en este caso, se aborda por parte de la Corte IDH, una visión del derecho a la no discriminación, por razón de la orientación sexual, que también atañe a la no discriminación de las niñas y niños con fundamento en sus propias condiciones, al interpretar que esas características también se extienden a los familiares de esos menores de edad, es decir, que el sufrimiento que, en el caso concreto, resulta en la señora Atala por discriminación, basada en la orientación sexual, también repercute en sus hijas como discriminación.

En secuencia de esta misma línea jurisprudencial, se someterá a análisis el caso Duque vs Colombia del año 2016. Surge a raíz de la exclusión de Duque a la obtención de la pensión de sobrevivencia al morir su pareja del mismo sexo. Esto con fundamento en un concepto de familia, restringido solo para las conformadas por parejas heterosexuales, se añade en la introducción a esta causa, que el señor Duque tiene factores de riesgo que se ven muy afectados ante la violación a su derecho a la no discriminación, igualdad e integridad personal, pues es portador de VIH y su condición económica es desfavorable.

En esta oportunidad, la Corte es congruente con lo resuelto en el caso examinado y establece una definición de discriminación, mediante lo que han establecido instrumentos internacionales relacionados como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

También acude a la definición del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”⁷⁵(El resaltado no pertenece al original).

De la cita supra indicada, se observa una misma orientación de la Corte, al contemplar la discriminación de las personas por razón de su orientación sexual en la frase “o cualquier otra condición social”, esta vez, sin redundar en el fundamento planteado en Atala Riffo sobre el contenido de esta frase. Se conserva la posición de correlatividad de este derecho con la dignidad humana, así mismo, respecto a la improcedencia del posicionamiento superior o inferior de cierto grupo ante otro.

Conjuntamente, se recuerda el deber de los Estados de adecuar sus sistemas jurídicos para evitar o eliminar la discriminación por la orientación sexual, según dispone el artículo 1.1 que, como se dijo, debe ser interpretado de forma conjunta con el 24, ambos de la CADH.

Este último artículo prohíbe la discriminación en la aplicación de las leyes internas de cada Estado. Aplica, entonces, al caso concreto, ya que se trata de la colisión del derecho interno con lo protegido por la CADH. Por contemplar para las uniones maritales de hecho y del régimen patrimonial, así como respecto al régimen de seguridad social, una

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs Colombia del 26 de febrero de 2016*, Derecho a la igualdad y a la no discriminación, párr. 90

discriminación al indicar que solo las parejas heterosexuales podían formar una unión marital de hecho:

La corte aplica el mismo criterio de análisis; debe comprobar: “a) si esas normas establecían una diferencia de trato; b) si esa diferencia de trato se refería a categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, y c) si esa diferencia de trato revestía un carácter discriminatorio”.⁷⁶ Al respecto del punto c) se refiere a la motivación del acto que discrimina, se relaciona a la no contemplación de una justificante que esté permeada de objetividad, tal y como se indicó en el caso de Atala Riffo.

La Corte, al igual que en el caso chileno expuesto, acude a la exposición de criterios importantes que apoyan su decisión respecto a la distinción que sufren las parejas del mismo sexo. Y que el sistema de derechos humanos ha decidido proteger expresamente, como es el caso de lo dictaminado por el Principio N°13 de Yogyakarta, el cual contempla el derecho generalizado a la protección social sin discriminación por motivos de orientación sexual.

También es aplicable lo que indica el Comité de Derechos Humanos, el cual se adelanta a la pregunta c), antes enlistada, y dice que no existe en un caso de negativa a brindar un derecho de pensión basado en orientación sexual razonabilidad alguna donde se permitiera justificante.

En muchos casos internacionales se ha determinado, que en temas de discriminación por orientación sexual, no hay justificante que valide tales actos limitantes del disfrute de los derechos de las personas, por una cuestión del ámbito privado, que cada ser humano tiene y que resulta improcedente la intervención jurídica en ella.

Así también, resulta más que evidente que las disposiciones superiores, como en este caso, serían los derechos humanos, no autoriza ninguno de estos tratos discriminantes y se retoma el hecho que las personas no tienen por qué padecer una diferente garantía de derechos por una falta de consenso de los operadores jurídicos, llamados a proteger estos derechos.

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs Colombia del 26 de febrero de 2016*, El derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso, párr. 100

Por último, se aborda, en esta línea, la Opinión Consultiva 24-17⁷⁷ la cual corresponde al caso costarricense que surge de una consulta planteada por el país, con intención de que la Corte les indicara cual es la interpretación que se debe hacer de los artículos 11.2, 18 y 24 de la CADH.

Costa Rica consulta sobre la protección de la Convención para el cambio de nombre, de acuerdo con la identidad de género, si el hecho que solo se contemple la vía jurisdiccional para realizar los trámites referentes sería contrario a la Convención, y si además, debiese ser un proceso gratuito y rápido. Por último, Costa Rica consulta si la Convención contempla el reconocimiento de los derechos patrimoniales del vínculo de personas del mismo género.

Respecto a la línea jurisprudencial de no discriminación por razones de la orientación sexual, la Corte ha analizado una línea idéntica al respecto. Continúa señalando la nula posibilidad de separar la dignidad humana del derecho a la igualdad y no discriminación y que por ser una categoría en repetidas ocasiones señalada, con protección en la Convención Americana de Derechos Humanos. Los Estados deben abstenerse de realizar o mantener actos o medidas que se dirijan a la reproducción y sistematización de esta discriminación, con sustento en el mencionado artículo 1.1 y su respectiva relación con el artículo 24.

Se repite el listado de instrumentos internacionales que, para el caso concreto de discriminación, por razones de orientación sexual, protegen esta categoría, para así redundar en la incompatibilidad de las disposiciones que así se contengan a nivel interno, en contra de las señaladas disposiciones de instrumentos internacionales, que buscan garantizar la igualdad y no discriminación.

La Corte le señala a Costa Rica de la misma forma que a los países anteriores, que el trato discriminatorio se repudia como tal, cuando no hay criterios objetivos y razonables en su trasfondo. Lo que existe es realmente uno de los fundamentos protegidos por el aclamado artículo 1.1 Convencional que es ya de por sí abierto a las opciones en favor del principio pro- persona, en su mención, “otra condición social”.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17* de 24 de noviembre de 2017, El derecho a la igualdad y a la no discriminación de personas LGBTI, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Como consideraciones generales respecto a la línea jurisprudencial de no discriminación a las personas homosexuales, la Corte es consistente en su criterio, ya que realiza el mismo abordaje en todos los casos estudiados. Es más bien inconsistente nuestro país, al realizar una consulta a la Corte IDH con criterios tan firmes al respecto como los que sustentan su consulta.

Resulta una estrategia realizar dicha consulta, no con motivo de una duda respecto al criterio de igualdad y no discriminación por orientación sexual, sino como una salida alterna para abordar el tema ante la inoperancia, e inaplicación del principio de jerarquía de las normas y el control de convencionalidad.

b.2) Derechos reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a personas homosexuales

Seguidamente, se realizará un análisis de línea jurisprudencial de la Corte IDH sobre derechos de personas homosexuales. Al igual que en la línea jurisprudencial ya fue abordada, para su análisis se tendrá un orden cronológico, comenzando por el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*.

Entre los derechos que valora la Corte, como parte de los que debe garantizarse a las personas homosexuales, se encuentra el derecho a la vida privada y el derecho a la vida familiar. En contexto se señala que el artículo 11 de la CADH:

*Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.*⁷⁸

Es totalmente evidente, ante tal afirmación, que una injerencia estatal en un ámbito tan personal como la orientación sexual ocasiona una transgresión al derecho a la vida privada y familiar. En este sentido, es información que en nada tiene relevancia para el Estado, y que su transgresión atentaría el derecho humano a la dignidad. En el caso concreto,

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs Chile* de 24 de febrero de 2012, Derecho a la vida privada, párr. 225.

la dignidad de la señora Atala fue disminuido al hacer pública su información privada como lo es su preferencia sexual, la cual fue expuesta en su ámbito laboral como jueza.

La Corte afirma que en el derecho a la vida privada se contempla la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, según considere, tanto a nivel interno, en su psiquis, como en lo exterior, según considere subjetivamente pertinente en forma y tiempo.

La Corte establece una concepción de violación a la vida privada, de una forma muy similar a la discriminación. De igual manera, contempla la posibilidad de una razón de proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la injerencia en la vida privada de las personas.

Pero la injerencia por la mera razón de la orientación sexual, no es considerada como tal. En el caso concreto, los Tribunales chilenos alegaron amparar su actuación en un fin legítimo; el interés superior de las menores. Sin embargo, la Corte indica que es una medida inadecuada y desproporcionada para proteger este fin, no era necesario exponer información sobre la orientación sexual de la recurrente Atala:

En la misma línea, la Corte indica expresamente, el siguiente extracto relevante:

...se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1., de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.⁷⁹ (El resaltado no pertenece al original).

De lo anterior, se constata que la orientación sexual no debe ser una característica por tomar en cuenta en un proceso de guarda, crianza y educación. Son aspectos de la intimidad de cada quien, que no llevan consigo etiquetas en el trato a los hijos.

Con respecto al derecho a la vida familiar, la Corte establece su amparo en el artículo 11.2 que se relaciona con el artículo 17, ambos de la Convención Americana, en la protección

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs Chile* de 24 de febrero de 2012, Derecho a la vida privada y derecho a la vida familiar, párr. 167.

a la familia y la convivencia con ella. Recuerda la obligación del Estado de proteger a los menores de edad y favorecer el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar.

El derecho a la vida familiar se reconoce, según manifiesta la Corte en los siguientes instrumentos internacionales: “*artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 del Convenio Europeo*”.⁸⁰

Como es costumbre, la Sala expone su posición con fundamentos de casos internacionales, por lo general del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este sentido, se mencionó, entre lo más destacable para esta línea, el caso *Schalk y Kopf vs Australia*.

En él se acepta que la relación emocional y sexual de las parejas del mismo sexo, forma parte del derecho a la vida privada, y que para el caso de la vida familiar se contempla a las parejas homosexuales que conviven establemente, tal como se considera para las parejas heterosexuales.

Sostiene que hacer diferenciación al decir que un tipo de pareja tiene derecho a una vida familiar y otro tipo de familia no, es improcedente. La Corte IDH por su parte, agrega que la injerencia en la vida privada, conlleva un impacto negativo en el núcleo familiar y, por ello, se protege también la vida en familia.

Ahora bien, se analizará la línea jurisprudencial de derechos de las personas homosexuales de la Corte, en el caso *Duque vs Colombia*. En esta oportunidad, la Corte desarrolla los derechos a la integridad personal y el derecho la vida.

La Corte realiza un análisis que vincula la integridad personal con el derecho a la salud de las personas con VIH. Para fundamentar su postura recurre a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XI, este básicamente explica que toda persona tiene derecho a que su salud sea protegida con las medidas necesarias, según permitan los recursos públicos.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs Chile* de 24 de febrero de 2012, Derecho a la vida privada y derecho a la vida familiar, párr. 170.

Este artículo relacionado con el numeral 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual menciona que la salud es un bien público y otros instrumentos internacionales, entre ellos, el Protocolo de San Salvador, que ha agregado la obligación de los Estados de “*impulsar la prevención y tratamiento de enfermedades*” y de garantizar “*la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables*”.⁸¹

Así también, se relaciona con lo dictaminado por el Consejo de Derechos Humanos y la antigua Comisión de Derechos Humanos, estos han reconocido:

*El acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*⁸²

También, se contempla las Directrices Internacionales sobre VIH/SIDA y los derechos humanos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, como referencias autorizantes para establecer las obligaciones de los Estados con respecto a las personas con VIH.

Es a raíz de estas disposiciones que la Corte mantiene una posición donde se establece, no solo el derecho a la salud dentro de la integridad personal, que al mismo tiempo se relaciona con el derecho a la vida. El derecho a la salud está directamente ligado y se desprende del derecho a la vida, sino que se vincula directamente con la protección a las personas con VIH, y es deber los Estados garantizar su tratamiento adecuado, integral, continuo, oportuno y su prevención.

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs Colombia del 26 de febrero de 2016*, Estándares relativos al derecho a la integridad personal, en relación con el derecho a la salud de las personas con VIH, párr. 173.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs Colombia del 26 de febrero de 2016*, Estándares relativos al derecho a la integridad personal, en relación con el derecho a la salud de las personas con VIH, párr. 174.

En el caso concreto respecto a la violación de estos derechos consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH no se logra obtener prueba que fundamente que el Estado colombiano fuera responsable en perjuicio del señor Duque, ya que este podía acceder a los centros de salud, sin necesidad de contar con los recursos económicos. Sin embargo, se obtiene un importante abordaje de estos derechos a nivel internacional y su comprensión para los casos de VIH/SIDA, donde muchas veces, se vincula a personas homosexuales que deben ser tratadas en igualdad de condiciones que las personas heterosexuales.

Por último, en la línea de derechos de las personas homosexuales, se analizará la Opinión Consultiva OC 24-17. En esta oportunidad, se contempla el derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambio de nombre.

Sobre el derecho a la identidad, la Corte mantiene su estricta relación con la dignidad que ha sido categorizada como derecho humano. Es así como se adentra en la concepción de dignidad, para indicar que parte de esta es la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse, tomar las elecciones sobre su vida, cuerpo y su personalidad.

Se hace una relación con nivel normativo con el artículo 7.1 y 11 de la CADH con la inclusión del derecho a la identidad de género y, por ende, cambio de nombre en el concepto de libertad.

Al respecto, resalta el siguiente extracto:

*...es entendido como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, **constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.** La libertad definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.⁸³ (El resaltado no pertenece al original).*

En este punto, la Corte retoma el reconocimiento del derecho a la vida privada que desarrolló en *Atala Riffo y niñas vs Chile*, pues indica que el derecho a la identidad se

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017*. El derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambios de nombre, párr. 89. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

desprende del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y de la protección del derecho a la vida privada. Se establece el siguiente concepto de identidad: “...*el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso*”.⁸⁴

Se afirma que, aunque la Convención no contiene expresamente este derecho, incluye otros elementos que lo conciertan. El derecho a un nombre es también parte del derecho de identidad, el cual es abordado en esta opinión consultiva. Así mismo, se expresa la relación directa con el derecho a la identidad sexual y de género; aduciendo aquí, a la también contemplación en él de un derecho de persona homosexual, se trata de derechos que buscan proteger la autonomía personal, desprendiéndose al mismo tiempo del derecho humano supremo de libertad.

La Corte sostiene que el sexo asignado al nacer no es un componente objetivo e inmutable del estado civil, se ha condicionado a lo largo del tiempo por la condición biológica al nacer, pero es necesario recordar que existe una identidad de género que interioriza cada persona, lo cual se vincula directamente con la personalidad y una decisión de cada individuo sobre cómo se auto percibe a sí mismo, elementos que, por supuesto, son parte del derecho a la vida privada de cada quien.

Enuncia la Corte que son inaceptables, de acuerdo con el protegido derecho de igualdad ante la ley y no discriminación, los tratos diferenciados o restrictivos por la mera disconformidad de la sociedad, pues se trata, como se dijo, de un derecho que compete exclusivamente a cada persona en su singularidad.

En esta misma línea, la Corte aborda el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho al nombre e identidad de género. En relación con la personalidad jurídica se indica que se debe proteger, sin importar la diversidad de identidades, género u orientación sexual, pues el artículo 3 de la CADH establece que, sin una identidad jurídica, no cabría la posibilidad para que los titulares de la sociedad tuvieran capacidad de actuar o derechos.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017*. El derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambios de nombre, párr. 90, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Señala que se trata de una facultad inherente al ser humano, por ende, perteneciente al ámbito de la dignidad de él, que no puede ser eliminado, limitado o impedido por el Estado.

Se afirma que el nombre es la afirmación o materialización de la identidad de cada persona ante el mundo. Es un derecho fundamental inherente a todas las personas, y este es reconocido por el artículo 18 de la CADH, y muchos otros instrumentos internacionales. Ante esto, se sostiene que cada persona debe tener la posibilidad de cambiarlo, según le parezca.

Por último, se sostiene que los Estados deben adoptar las medidas que faciliten el cambio de nombre, y protejan el derecho a la identidad de género de cada persona, ya que si este no es reconocido, puede acarrear problemas en el ejercicio de otros derechos fundamentales, sobre todo, en el caso de personas transgénero. Además de reforzar la discriminación sistematizada hacia estos sectores.

A modo general, se puede observar un seguimiento muy similar en cuanto al desarrollo de esta línea jurisprudencial por parte de la Corte. Es un desarrollo progresivo, pero siempre contemplando la misma línea. De acuerdo con la variedad de casos estudiados se debe analizar un conjunto de derechos que, al final, se trata de una descomposición a la igualdad y libertad protegidos por la Convención.

Se trata de derechos que ya existen, que se supone se garantizan a todos, pero ante casos de discriminación, llegan al punto de tener que realizarse todo un abordaje fundamentado, donde se contemple a las personas diversas sexualmente o a nivel de género e identidad.

b.3) Orientación Sexual según las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora se analizará la línea jurisprudencial que ha mantenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a la orientación sexual de las personas. Tomando como base para esto, los casos *Atala Riffo y niñas vs Chile*, *Duque vs Colombia*, y la OC 24/17, siendo que estas son las resoluciones de la Corte IDH, que se toma como parámetro de análisis en el voto 12782-2018 de la Sala Constitucional.

Cronológicamente, el primer pronunciamiento de los supra mencionados, es *Atala Riffo y niñas vs Chile*, del año 2012. Como se ha explicado, este caso es sobre una madre

chilena, cuya orientación sexual era el lesbianismo. Por convivir con una pareja de su mismo sexo, el Estado de Chile le quitó la guarda, crianza y educación de sus hijas. En lo que nos interesa analizar en este extracto, referente a la orientación sexual, la Corte IDH manifestó lo siguiente:

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párr. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.⁸⁵

Esto es importante, porque la Corte IDH introduce en los contenidos del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la orientación sexual como uno de los sectores protegidos por la no discriminación. Entonces, dicho órgano acepta, interioriza, y protege la diversidad sexual, siendo este un primer acercamiento importante para dar como resultado todos los derechos que se les ha ido reconociendo a las personas con orientación sexual diversa, tanto por la misma Corte IDH, como por la Sala Constitucional, en los diversos votos que se analiza en esta investigación.

Por otra parte, en el mismo caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se refiere y condena la diferencia de trato basada en la orientación sexual. Debido a que es usual que a la comunidad LGBTIQ se les haga una discriminación sistemática, y se intente disimular

⁸⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs Chile* de 24 de febrero de 2012, El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, párr. 91.

esa discriminación, aduciendo que se les está denegando un derecho por motivos ajenos, cuando en el fondo hay un marcado sesgo discriminatorio:

El Tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión.⁸⁶

Esto es aplicable en casos en los cuales exista una decisión, negándole algún servicio o derecho a una persona con orientación sexual diversa, pero este argumento no sea el que se alega como principal para dicha denegatoria. Sin embargo, implícitamente se puede observar que fue un parámetro que se tomó en cuenta para dictaminar esa decisión.

En conclusión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, inserta dentro de la protección que se presenta en el artículo 1.1 de la CADH como uno de los grupos de no discriminación a las personas con orientación sexual diversa. Además, indica que esta discriminación no puede hacerse explícita ni implícitamente, pues al final de cuentas, sea cual sea el acto, es discriminatorio y, por ende, prohibido.

El segundo caso que se analizará en la línea jurisprudencial de la Corte IDH, respecto a la orientación sexual, es el caso *Duque vs Colombia* de 2016. Como se dijo, ese caso es referente a la prohibición del Estado colombiano, para que una persona homosexual tuviera derecho a una pensión de sobrevivencia, debido a que su pareja del mismo sexo había fallecido. Siendo que las parejas heterosexuales contaban con este derecho sin restricción alguna:

La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs Chile* de 24 de febrero de 2012, El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, párr. 94.

*consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.*⁸⁷

Es posible ver como la Corte Interamericana de Derechos Humanos mantiene la misma línea jurisprudencial que, en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, y reafirma su posición sobre que la orientación sexual es una de las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo por esto, prohibido cualquier tipo de discriminación o comportamiento desigual, en perjuicio alguna persona por razón de su orientación sexual.

Por último, en este apartado, se analizará la Opinión Consultiva OC 24/17, realizada por el Estado de Costa Rica. Dicha opinión ya ha sido ampliamente explicada en esta investigación. Lo importante de este pronunciamiento de la Corte IDH, se puede resumir en dos apartados.

En primer lugar, que revoluciona las resoluciones convencionales referentes a orientación sexual y la comunidad LGBTIQ, porque insta un glosario en donde define diferentes conceptos relevantes para el entendimiento de este tema. En segundo lugar, la referencia a la orientación sexual como categoría protegida por la convención.

En el glosario supra mencionado, se contempla una primera definición oficial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre lo que es orientación sexual, dicho órgano lo conceptualiza de la siguiente manera:

Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs Colombia del 26 de febrero de 2016*. El Derecho a la Igualdad ante la Ley y a la No Discriminación, párr.104.

*personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona.*⁸⁸

Entonces, se ve que todas las personas tienen una orientación sexual, pero esta podría variar con el paso del tiempo, y es la atracción emocional, afectiva y sexual, que tiene una persona por otras, sean o no del mismo género, o de un género no binario. Cada persona por su rol de auto-identificación, es quien decide y se percibe como perteneciente a una orientación sexual determinada, en cierto periodo, siendo las más usuales, pero no las únicas que existen, la heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad, y pansexualidad.

Por otra parte, la Corte IDH reitera la misma línea jurisprudencial que ha mantenido en los casos *Atala Riffo y niñas vs Chile*, y *Duque vs Colombia*, que la orientación sexual es una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

*En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio del principio pro homine. Del mismo modo, este Tribunal reitera que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Es así como, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.*⁸⁹

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17* de 24 de noviembre de 2017, Consideraciones generales, párr. 32, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17* de 24 de noviembre de 2017”, El Derecho a la Igualdad y a la No Discriminación de Personas LGBTI, párr. 70, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Algo importante por tomar en cuenta de este extracto, es que se hace referencia al principio pro homine, el cual se entiende como aquel que dicta que, en temas de interpretación de los derechos humanos, dicha interpretación debe hacerse, según más le convenga a las personas tuteladas en la convención. Debe ser una interpretación extensiva y progresiva.

En conclusión, se hace más que evidente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene como proscrito toda norma, decisión o pronunciamiento que sea contraria al principio de igualdad y no discriminación en el que se pueda incurrir, en razón de la orientación sexual de las personas.

Esta orientación es una categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH y, por ende, las personas con orientación sexual diferente de la heterosexual, tienen la facultad de gozar de todos los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos sin distinción alguna.

b4) Matrimonio Igualitario en resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como punto final del análisis de los pronunciamientos de la Corte IDH referente a los casos Atala Riffo y niñas vs Chile, Duque vs Colombia, y la Opinión Consultiva OC 24/17. Se hará el análisis de la línea jurisprudencial referente al matrimonio igualitario. De la misma manera como se ha venido manejando este análisis, de forma cronológica, según el año en el que cada pronunciamiento tuvo lugar.

Respecto a los casos Atala Riffo y niñas vs Chile (2012), y Duque vs Colombia (2016), se sabe que trataban de la maternidad de una mujer homosexual a quien le fue prohibida la tuición de sus hijas, y sobre una persona homosexual, a quien se le negaba el derecho de una pensión de supervivencia, tras la muerte de su pareja del mismo sexo. El centro de la discusión de ambos casos no era el matrimonio igualitario, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se pronuncia al respecto de este tema.

Sin embargo, a lo largo de esta tesis, se sostiene la postura que desde el caso del 2012, es cuando por control de convencionalidad y jerarquía normativa debe reconocérseles a las personas homosexuales el derecho, tanto a casarse, como de acceder a todos los instrumentos que tutelan la unión en pareja de las personas.

En el caso de Atala Riffo y niñas vs Chile, se encuentra este extracto jurisprudencial:

La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.⁹⁰

Por otra parte, en Duque vs Colombia, se analizará este otro extracto jurisprudencial, para sustentar la postura:

En ese sentido, el instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana.⁹¹

Este análisis nace de estos extractos, porque si bien es cierto, en ninguna parte se hace mención del matrimonio igualitario, ambos establecen que toda norma que busque discriminar de cualquier forma a las personas, en razón de su orientación sexual, y pretenda negar cualquier derecho contenido en la CADH, es per se incompatible con la misma convención.

Si se asocia a los artículos 17 y 24 de este instrumento internacional, se entiende que el artículo 17, inciso 2 dispone:

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes

⁹⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs Chile* de 24 de febrero de 2012, Derecho a la vida privada y derecho a la vida familiar, párr. 63.

⁹¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs Colombia* del 26 de febrero de 2016, El Derecho a la Igualdad ante la Ley y a la No Discriminación, párr. 105.

*internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*⁹²

El derecho a contraer matrimonio es un Derecho Humano, porque se tutela en la CADH, entonces, si la propia Corte IDH indica que no se puede negar ningún derecho consagrado en la misma convención por razón de la orientación sexual, y que toda norma que pretenda denegar cualquier Derecho Humano es contraria a la CADH.

Por ende, utilizando los principios de control de convencionalidad y jerarquía normativa, se entiende que, aunque existan normas que prohíban el acceso al matrimonio igualitario, estas no son válidas a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, y por dicha jerarquía normativa deben desaplicarse.

Mientras que, en lo referente al control de convencionalidad, debe aplicarse en el país las interpretaciones que haga la Corte IDH respecto a la CADH y, por eso, todos los pronunciamientos relativos al tema, sean de jueces ordinarios, magistrados, o cualquier aplicador del derecho, deben ser consecuentes con esta lógica. Haciéndose innecesario el pronunciamiento 12782-2018 de la Sala Constitucional, pues discuten un tema que ya estaba resuelto desde el 2012 por control de convencionalidad y jerarquía normativa.

Por otra parte, el numeral 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.⁹³ Entonces, haciendo concordancia con el artículo 1.1, el 17, y los extractos jurisprudenciales analizados, se extrae que, por medio del principio de igualdad, las parejas homosexuales tienen el derecho de acudir al matrimonio establecido en el artículo 17 convencional.

No se les puede negar por el amparo establecido en el numeral 1.1 del mismo cuerpo normativo, así es que se considera que desde el 2012, es permitido el matrimonio igualitario,

⁹² Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre 1969”, consultado el 20 de mayo, 2020 https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

⁹³ Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre 1969”, consultado el 20 de mayo, 2020 https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

no solo en Costa Rica, sino en todos los países suscritos a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por último, se analizará lo que dispone la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC 24/17 referente al matrimonio igualitario. Es importante establecer que Costa Rica le consulta a la Corte IDH si es necesaria la creación de una figura jurídica que pretenda regular las relaciones de pareja del mismo sexo, ante esto, la Corte IDH opinó lo siguiente.

De acuerdo a (sic) los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.⁹⁴

Es de opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que Costa Rica tiene que garantizar el acceso a las parejas homosexuales a todas las figuras ya existentes en el marco jurídico interno. No es necesario crear nuevos institutos, cuando ya existen unos definidos en el país para lo mismo, simplemente, se trata de extender los alcances de ellos, para que cobijen también a las parejas homosexuales.

Estos tres pronunciamientos analizados en este apartado, se tomaron en cuenta, porque son mencionados en la resolución 12782-2018 de la Sala Constitucional, y además, son parte del bloque de convencionalidad que se debe tomar como parámetro para determinar si la actuación realizada por la Sala Constitucional se apega al control de convencionalidad o no.

b) Consecuencias de la resolución 12782-2018. Análisis del voto 45-2020 del Juzgado Notarial

El voto 12782-2018 de la Sala Constitucional, acarreó consecuencias negativas para la seguridad jurídica del país. Posterior a la resolución del órgano constitucional, se dictó la sentencia número 45-2020 del Juzgado Notarial. Esta definía un caso sumamente popular en

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17* de 24 de noviembre de 2017, Opinión, párr. 9, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

el país, debido a que en el año 2015, una pareja de mujeres lesbianas contrajo matrimonio, debido a un error en el asiento registral de una de ellas en el Registro Civil. Se consignaba su sexo como hombre, ante esto, un notario público decidió casarlas, aprovechándose de dicho error registral.

Es importante dividir este análisis en seis partes. En primer lugar, las razones extrajurídicas que motivan al juez notarial a dictar esta sentencia; en segundo término, análisis del quebranto del control de convencionalidad y jerarquía normativa en este voto. En tercera instancia, el quebranto del control de constitucionalidad; como cuarta posición, el ligamen existente entre esta sentencia y el voto salvado del magistrado Castillo Víquez en la resolución 12782-2018. En un quinto puesto, el análisis de la consecuencia directa que el voto 12782-2018 constitucional tuvo en esta sentencia y, por último, la no aplicación del principio de irretroactividad de la norma jurídica, en el caso en concreto.

c.1) Razones extrajurídicas contenidas en la sentencia 45-2020 del Juzgado Notarial

El caso en concreto del matrimonio entre dos mujeres lesbianas del año 2015, acarrió un sinfín de opiniones y comentarios a lo largo del país, de índole social, cultural, religioso y, el más importante de todos, el jurídico, que debería ser el análisis más importante que hay que realizar cuando se discute un tema de esta naturaleza. Claro está, que un juez de la República a la hora de emanar sus sentencias, es este parámetro del cual debe partir para una correcta aplicación del derecho.

Sin embargo, se considera que en el caso en concreto, el juez utiliza argumentos alejados del análisis jurídico para sustentar su decisión. El primer extracto que se encuentra de esta naturaleza es el siguiente:

El voto de mayoría de la SALA CONSTITUCIONAL y la opinión consultiva de la CIDDH, parten de una sesgada, parcializada y subjetiva, ANTICIENTÍFICA y apartada de toda intersubjetividad técnica jurídica; interpretación y aplicación de la teoría de los derechos humanos.⁹⁵

⁹⁵ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.2.

La primera afirmación importante, referente a este tema, que realiza el juzgador, es que tanto la opinión consultiva OC 24/17 de la Corte IDH, como el voto 12782-2018 de la Sala Constitucional, parten de una premisa anticientífica y, por ende, contraria a derecho. Al hablar de matrimonio entre personas del mismo sexo, es poco relevante el factor científico, ya que el tema de la homosexualidad y cualquier orientación sexual es inherente al ser humano, teniendo una base psicológica, emocional y social, por lo tanto, no debe analizarse desde el punto de vista científico, como en el pasado quisieron hacer erróneamente.

Basta recordar, que en el año 1990, la Organización Mundial de la Salud determinó eliminar la homosexualidad de su lista de enfermedades mentales. Desde ese momento, se acabó el debate científico, porque así lo determinó el máximo ente médico del mundo. Por otra parte, el matrimonio es un instituto jurídico, que pretende tutelar la vida en común de los cónyuges, tampoco se encuentra abordaje científico que realizar en ese análisis, ya que es una cuestión jurídica.

Entonces, resulta extraño que el juez opine que el matrimonio igualitario tiene una base anticientífica, cuando justamente no existe ningún parámetro científico que se deba tomar en cuenta.

Como segundo parámetro relevante en ese análisis de extrajuricidad, es el uso de argumentos e interpretaciones arcaicas, cuando siempre se ha establecido que el derecho es cambiante y debe ajustarse a las necesidades de cada época. Argumentos como que el matrimonio igualitario no se reguló antes y, por ende, no se debe regular ahora. Resulta tan absurdo como decir que antes las personas afrodescendientes por ley eran esclavos, y que en la actualidad, deberían seguir siéndolo.

Hay que recordar que las peores fechorías de la humanidad se han hecho al amparo de la ley, pero eso no lo hace correcto ni perpetuo, sino que el derecho debe ser visto como una herramienta de solución de conflictos actuales:

Ignorando la SALA que la familia es un concepto pre-jurídico, pre-estatal, es decir, antes de los primeros estados y que existiera la primera ley ya existía la familia constituida por la unión de un hombre y una mujer, o sea la familia heterosexual y monógama, en la mayoría de las naciones, con sus excepciones.

Ni siquiera en la Roma antigua con su vasto desarrollo jurídico y la gran aceptación que había de la homosexualidad les pasó por la mente lo que la SALA ha aprobado, tampoco en Grecia cuna de democracia, y donde la homosexualidad era bastante tolerada; en ninguna época se pretendió aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo en igualdad al matrimonio heterosexual. Recordemos como la cultura griega rendía culto a la razón. El fallo de la SALA y la opinión consultiva citada, solo se sostienen por ser una falacia de autoridad, pero no por razones jurídicas serias.⁹⁶

El Derecho Romano es una fuente jurídica importante, que ha acompañado el desarrollo del derecho con el paso de los siglos. Muchas instituciones que usamos con total naturalidad hoy nacieron ahí. Sin embargo, es importante hacer una separación de épocas, el hecho que los romanos y los griegos no regularan el matrimonio homosexual, no implica que en la actualidad se deba seguir la misma línea, pues se debe considerar las necesidades de la vida moderna.

Sostener un argumento jurídico contrario al matrimonio igualitario, sustentado en el derecho romano y griego, sí constituye una falacia de autoridad, pues el juzgador considera irrefutable e innegable la lógica vertida hace muchos siglos, por encima de lo que hoy se debe regular.

En lo que se refiere a la judicatura, hay un principio de independencia judicial, esto se contempla en la esfera interna y externa. En resumidas cuentas, de manera interna, la decisión del juez debe ser independiente de las presiones que realicen, tanto las partes, como los jueces de jerarquía superior. Mientras que, en el factor externo, la decisión del juez debe ser independiente de las presiones sociales que aborden dichos tópicos.

Sin embargo, el señor juez en esta sentencia utiliza el siguiente argumento “*no obstante poderosos medios de comunicación nacionales de doble moral, dicen promover los derechos de los homosexuales y tienen programas para ganar mucho dinero en los cuales se*

⁹⁶ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.2

*realizan burlas constantes a estas personas.*⁹⁷ Resulta extraña esta mención, ya que los medios de comunicación no son parte de este proceso, entonces, poco debe importar el rumbo que ellos tomen respecto a este tema.

Pareciera que la independencia externa del juez se ha visto mermada por la opinión de los medios de comunicación, ya que ellos constituyen parte de la sociedad, y del inconsciente colectivo, lo cual podría llevar a la parcialización de la opinión del juez, cosa que es contraria al derecho que debe aplicar.

Otro de los indicadores de la presencia de elementos extrajurídicos en una sentencia judicial, es invocar debates que no están en discusión, y nada tienen que ver con lo que es objeto de análisis. Se considera que si se ha puesto ante la jurisdicción del juzgador emitir un criterio referente a la validez de una actuación notarial, que desencadenó en el matrimonio de dos personas del mismo sexo, la línea de estudio debería mantenerse en ese ámbito.

Sin embargo, el juez emite opinión sobre temas que no se le han puesto en conocimiento para el dictado de esta sentencia:

*Nótese que la misma estrategia, es la usada para promover el aborto por medio de la NORMA TÉCNICA por decreto ejecutivo, al leerlo nos damos cuenta que solo habla de derechos sexuales y reproductivos de la mujer y no desarrolla, ni menciona el derecho a la vida del nasciturus y omite toda regulación o mención del interés superior del menor. Siendo este último caso de carácter más totalitario, pues por simple decreto ejecutivo se concede a la mujer un derecho que no existe en el orden jurídico patrio, el derecho de pedir el aborto, lo cual no está en el numeral 121 del CÓDIGO PENAL que pretende regular.*⁹⁸

Resulta extraño emitir una opinión directa sobre un tema que ya se definió hace mucho tiempo en el país, como es la norma técnica del aborto impune, no se entiende la lógica vertida

⁹⁷ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.3.

⁹⁸ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.4.

por el juzgador en este argumento, pues el tema de debate es el matrimonio igualitario, tópico que poco o nada tiene que ver con el aborto.

En la misma línea anterior, se considera que el juez notarial ha emitido una sentencia contraria a Derecho. Esta resolución roza el fanatismo y la parcialidad sesgada. No cumple los tres requisitos básicos de las sentencias judiciales, las cuales son explicadas por el sujeto experto Raymond Porter, especialista en argumentación jurídica, entrevistado por los autores de esta investigación, al precisar lo siguiente:

Lo más relevante de cara al cumplimiento de los tres pilares de la jurisdicción, a saber: sujeción a la ley, objetividad/imparcialidad e independencia judicial; es el transparentar las razones por las cuales se ha tomado la decisión, es decir, que las razones que hemos tomado en consideración para resolver el asunto sean consignadas de forma expresa, para que resulten controlables por las partes y por el resto de las personas. Eso implica que tales razones solo pueden consistir en argumentos aceptables por el derecho. Los prejuicios, preconcepciones, creencias, pautas morales (propias de la vida privada) claramente no son aspectos que resulten legítimos en una decisión jurisdiccional, porque estas se refieren al ámbito público donde está presente el principio de igualdad ante la ley y los parámetros de la decisión no pueden ser (no deben ser) los de la esfera privada del funcionario.⁹⁹

Como punto final de este segmento, se le dará énfasis a una opinión que vierte el juez en esta sentencia: “Cuando un TRIBUNAL, cualquiera que sea, abandona la razón y el derecho, su fallo deja de ser jurídico, y pasa a ser ideológico o político, siendo ambas formas de prostituir la justicia.¹⁰⁰ Se considera que esta es una afirmación muy acertada, evidentemente, no hay mayor forma de prostituir la justicia que las violaciones realizadas en abandono del derecho, únicamente por ostentar un cargo tan importante, como lo es la loable labor del juez.

⁹⁹ Raymond Porter, correo electrónico recibido por los autores, 22 de octubre, 2020.

¹⁰⁰ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.3.

c.2) Quebranto del Control de Convencionalidad y Jerarquía Normativa

Como ya se ha hablado, a lo largo de esta investigación, y se seguirá profundizando más adelante, el control de convencionalidad y la jerarquía normativa son pilares angulares de lo que es el derecho hoy. Es una forma muy eficiente de introducir normas internacionales al ordenamiento jurídico interno del país, siguiendo una técnica de lógica jurídica para aplicar la norma vigente de mayor rango en un universo jurídico. El juzgador, en este caso, considera que las opiniones consultivas de la Corte IDH no son vinculantes para Costa Rica:

Sobre este tema remito al claro desarrollo que hace el voto salvado de CASTILLO VÍQUEZ. Solamente agrega el suscrito, que al no ser una opinión consultiva producto de un juicio internacional, es decir, al no ser una sentencia producida con el debido contradictorio en donde se pudieran plantear y deben plantear posiciones en contra y a favor del matrimonio homosexual. Tal opinión consultiva no puede ser vinculante para el país.¹⁰¹

Como se ha desarrollado ampliamente en esta investigación, por disposición de la Sala Constitucional, mediante el voto 2313-95, las opiniones consultivas son vinculantes para la República de Costa Rica. Porque entre otros temas, la Sala consideró, en su momento, que el órgano que interpreta una norma, adquiere el rango de la norma interpretada, y si la Corte IDH es el órgano legitimado para interpretar el pacto de San José, entonces, tanto las opiniones consultivas, como las sentencias contenciosas emitidas por este ente, en razón de que interpretan a la CADH, adquieren el rango de dicha norma.

Por ser aplicable en estos casos el numeral 48 constitucional, dicha norma tiene mayor jerarquía que la propia Constitución Política y, por ende, mayor rango que cualquier norma de derecho interno, siendo que lo correcto es desaplicar la norma de menor rango, en prevalencia de la de mayor rango.

El derecho es un universo de normas, y se debe aplicar la más idónea al caso en concreto. Entonces, si la interpretación de normas convencionales, ofrecen mayor protección al derecho recurrido, que cualquier otra norma, es la que debe aplicarse, siendo que, de esta

¹⁰¹ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.4.

manera, una norma interna no puede, en principio, contradecir una de rango superior, y al no existir en el caso en concreto una norma de mayor jerarquía que el pacto de San José, entonces, esta es la que se debe aplicar por encima de cualquier otra.

Relativo a este mismo elenco de hechos, el notario público procesado, estaba afrontando otro proceso de carácter penal, ante la posible comisión de delitos, en razón de su cargo. Sin embargo, de este proceso fue exonerado, justamente, por la aplicación del control de convencionalidad que, ante la inteligencia de los juzgadores penales, es lo aplicable en el país, y no ninguna otra norma, sea cual sea, esto mismo fue reconocido por el juez del Juzgado Notarial.

Veamos: El 29 de mayo de 2019 el notario denunciado presenta a estrados un escrito en el que presenta una copia impresa y digital, dice que es de la sentencia del Juzgado Penal del 05 de febrero de 2019, alega que esa sentencia declara que ese Juzgado declaró que el matrimonio que él autorizó no es un matrimonio prohibido y ordenó al Registro Civil quitar la nota preventiva que le hizo a su asiento de inscripción para que tenga plena vigencia. Se refiere a la sumaria 15-902-612-PE. Alega que el acto notarial realizado y que causó este proceso no se trata de un matrimonio prohibido de acuerdo a (sic) la jurisprudencia nacional y con fundamento también en el control de convencionalidad. Pide que con base en esa sentencia absolutoria se rechace la pretensión de la DNN.¹⁰²

Entonces, se pone en conocimiento, que, en otro juzgado, pero de carácter penal, por los mismos hechos aquí vertidos, se aplicó control de convencionalidad, y se decidió exonerar de todos los cargos al mencionado notario público. Esto demuestra que en el país existen jueces capaces de aplicar el control de convencionalidad, y consideran, al igual, que el sentido de esta investigación, que el fallo de la Sala Constitucional en el voto 12782-2018, quebranta el principio de control de convencionalidad.

¹⁰² Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.1.

c.3) Quebranto del Control de Constitucionalidad

Se ha hablado en reiteradas ocasiones sobre el control de convencionalidad en esta tesis, sin embargo, existe otro control a nivel interno, y ese es el control de constitucionalidad. Si bien es cierto, es de menor rango que el control de convencionalidad, es igualmente aplicable en el país. Este control es ejercido, en primer lugar, por la Sala Constitucional, como órgano facultado para interpretar la Constitución Política, según el artículo 1 de la ley de jurisdicción constitucional.

La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.¹⁰³

Ante este control de constitucionalidad, el juez notarial, mediante el voto 45-2020, tiene la siguiente apreciación:

Lo cual es una falacia, como solo por medio de una falacia, puede la SALA arrogarse el poder CONSTITUYENTE, y apartándose del texto, del principio de unidad de la CONSTITUCIÓN, usurpa el PODER CONSTITUYENTE y realiza una "deconstrucción" del concepto de familia que los constituyentes de 1948 establecieron y por ese camino realiza también una "deconstrucción" del concepto de la esencia del matrimonio.¹⁰⁴ (Las imprecisiones fácticas son parte del original).

Se considera que el hecho de interpretar una norma constitucional, como parte de las atribuciones de la Sala Constitucional, no es de ninguna manera una atribución del poder constituyente, ya que dicho poder reside en la creación de una nueva Constitución Política. La

¹⁰³ Asamblea Legislativa, *Ley N°7135: Ley de la Jurisdicción Constitucional*, 11 de octubre, 1989, Sinalevi: art. 1. Consultado el 21 de mayo, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC

¹⁰⁴ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.2.

Sala Constitucional únicamente ejerce la facultad de interpretación que en ella se depositó, mediante la ley de jurisdicción constitucional.

Esto debido a que el derecho es cambiante, y cada norma debe tener un órgano que la interprete conforme a las necesidades actuales; de esa manera, se evita reformas totales cada cierto tiempo de las normas jurídicas. Negar que la Sala Constitucional es el ente encargado para interpretar la Constitución Política, es negar la lógica del derecho mismo.

Por otra parte, sobre la alegada y ya resuelta inconstitucionalidad del artículo 14, inciso 6) del Código de Familia, que de esta manera reconoce el derecho a contraer matrimonio de las parejas homosexuales, el juzgador tiene las siguientes consideraciones:

En el derecho las cosas se deshacen como se hacen, principio general de derecho. Si la CONSTITUCIÓN DE 1948 estableció con meridiana claridad el concepto de familia y matrimonio heterosexual monógamo, como históricamente lo aceptó la SALA, el CÓDIGO DE FAMILIA en su numeral 14 inciso 6 solo recoge el espíritu del constituyente, si el matrimonio homosexual hubiera estado en la mente del Constituyente, las actas y las discusiones respectivas lo reflejarían.¹⁰⁵

En primer lugar, es oportuno esclarecer que la Constitución Política es de 1949, y no de 1948. En segunda instancia, se mantiene la misma línea que se ha seguido en el pasado en esta investigación. No se puede sustentar violaciones de Derechos Humanos alegando consideraciones de otra época, si bien el texto de la Constitución no varía, su interpretación sí debe obedecer a un tiempo determinado.

Aunado a esto, se recalca que en ninguna parte de la Constitución Política se establece que el matrimonio solo puede ser heterosexual, pues los artículos 51 y 52 de la Carta Magna, en ningún momento hacen distinción alguna entre parejas heterosexuales y homosexuales.

¹⁰⁵ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.3.

En el mismo orden de ideas, el juzgador asegura que una interpretación de la Constitución Política no tiene el mismo valor que una constituyente nueva, y que lo correcto sería una nueva Carta Magna, en lugar de interpretar de otra manera la ya existente:

¿Sostiene la mayoría de la SALA CUARTA la aplicación del principio de la "protección especial del Estado" para las uniones entre hombre y hombre y mujer y mujer? Numerales 51 y 52 de la CP. ¿Es en serio? Cuál constituyente del 48 habló de eso? Detentadores del poder de COSTA RICA, si no les gusta la CP, háganse una nueva, pero por medios legítimos, como una nueva constituyente, no por medios espurios como ha ocurrido con el fallo de la SALA ANALIZADO Y LA OPINIÓN CONSULTIVA.¹⁰⁶

Se hacen extensos los argumentos que recientemente se expuso. No es necesario crear una nueva Constitución Política cada cierto tiempo, para eso existe un órgano facultado para interpretar el cuerpo de la Carta Magna. Tampoco se considera oportunos los argumentos claramente sesgados, por la forma en la que se pensaba en cierto periodo. Es exactamente el mismo argumento vertido con el derecho romano; además, se reitera que los numerales 51 y 52 constitucionales, en ningún momento, establecen que son exclusivos para las parejas heterosexuales.

Por último, referente a este tema, se cerrará con otra cita textual de la sentencia en análisis, ya que el señor juez considera que *"La SALA CUARTA Y LA CIDH crucifican a MONTESQUIEU, violando la división de poderes. "No hay peor tiranía que la que se ejerce a la sombra de las leyes y bajo el calor de la justicia". Montesquieu.¹⁰⁷* Se considera, que denegar un derecho humano, y discriminar en razón de la orientación sexual, mediante una sentencia, es la peor de las tiranías, pues no existe instrumento jurídico donde más se deba evidenciar la justicia, que en una sentencia.

¹⁰⁶ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.3.

¹⁰⁷ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.3.

c.4) Ligamen entre la sentencia 45-2020 del Juzgado Notarial y el voto salvado del magistrado Castillo Víquez en la resolución 12782-2018 de la Sala Constitucional

El juzgador, en reiteradas ocasiones, hace ver que él no está conforme con el voto de mayoría de la Sala Constitucional en la sentencia 12782-2018. Por otra parte, es fiel seguidor del voto salvado del magistrado Castillo Víquez, hasta el punto que transcribe literalmente la totalidad de dicho voto salvado para sustentar su sentencia. Basta esta afirmación para establecer dicha relación:

*Sobre este aspecto vale decir que, todos y cada uno de los planteamientos que en ese fallo realizaron, los señores magistrados, as, merecen el máximo respeto del suscrito como operador del derecho, sin embargo revisado y estudiado ese fallo en forma minuciosa para dictar esta sentencia, no resulta difícil fijar posición en torno a esa sentencia, avalando en todo el voto de minoría dictado por el MAGISTRADO CASTILLO VÍQUEZ. Las mayorías y las minorías se equivocan, es consustancial al ser humano el error o la imperfección. Teniendo presente eso y que la parte denunciada a invocado ese fallo, el control de convencionalidad así como la misma opinión consultiva de la CIDDH”.*¹⁰⁸

Para establecer el contexto, el magistrado Castillo Víquez, mediante su voto salvado, declaró sin lugar en todos sus extremos la acción de inconstitucionalidad planteada. Utilizando argumentos sumamente parecidos a los que utiliza este juzgador, por otra parte, se cree que es más que evidente el descontento existente por parte del juez, con la entrada en vigencia del matrimonio igualitario, pues considera errónea la sentencia que reconoció este derecho.

Sobre este tema, el sujeto experto Raymond Porter, considera lo siguiente:

Este proceder es claramente contrario al ordenamiento jurídico y en particular a los deberes o pilares de la jurisdicción. En primer lugar, la jurisprudencia constitucional es vinculante, no facultativa, y lo que ha hecho este juez es escoger la parte no vinculante de la sentencia para alegarla en su decisión, lo que es contrario al deber de sujeción a la ley. El dar prioridad a las creencias

¹⁰⁸ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.2.

personales (metafísicas o no) sobre lo que preceptúa el ordenamiento jurídico, tiene el mismo problema, aunado al hecho de que rompe claramente con el deber de objetividad/imparcialidad, pues se está siendo parcial a una cosmovisión personal e imponiéndosela a otras personas en su perjuicio y en contra del principio de igualdad ante la ley. La independencia está en entredicho, pues se resuelve conforme a la posición de grupos de poder fáctico como lo son las organizaciones religiosas que no deberían tener injerencia en los asuntos públicos.¹⁰⁹

Se considera que un voto salvado podría ser utilizado como un parámetro, o como una consideración, pero no debe ser sustento para argumentar una sentencia, debido a que el fin del voto salvado, es que un juzgador (en este caso magistrado), que esté disconforme con la opinión de la mayoría, puede expresar sus ideas y posturas referentes al caso, pero este voto salvado no es generador de derecho, como sí lo es el voto de mayoría. Entonces, no es realmente un criterio adoptado por la Sala Constitucional, y no viene a generar ningún efecto material en el marco jurídico del país.

c.5) Consecuencias del voto 12782-2018 de la Sala Constitucional

La sentencia que se está analizando fue casi un año y medio después del voto constitucional, objeto principal de esta tesis, y como en ambos se discute temas similares, es innegable la influencia que tiene el voto constitucional en el voto notarial, hasta el punto de que el mismo juez es claro en decir que su criterio se basa en que para el momento de dictada su sentencia, aún no había transcurrido el famoso plazo de los 18 meses que se le otorga a la Asamblea Legislativa para regular las relaciones de pareja del mismo sexo:

La sentencia de la Sala fue totalmente clara en que la norma cuestionada de inconstitucional, artículo 14 inciso 6 del Código de Familia que considera imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo, se mantendría vigente

¹⁰⁹ Raymond Porter, correo electrónico recibido por los autores, 22 de octubre, 2020.

*por dieciocho meses a partir de la publicación integral del fallo, plazo en el cual instaron a la ASAMBLEA LEGISLATIVA a legislar sobre el tema en concreto.*¹¹⁰

Como primer parámetro, el juez cree que la norma impugnada no es inconstitucional hasta el 26 de mayo del 2020, a pesar de que la acción de inconstitucionalidad fue declarada con lugar. Esto es, sin lugar a dudas, un efecto directo de dicho plazo, carente de lógica jurídica y contrario al control de convencionalidad, si se hubiera dictado que la inconstitucionalidad era de aplicación inmediata, esta sentencia del Juzgado Notarial hubiera ido completamente en otra dirección, pues no tendría motivo el juzgador para dictar la sentencia, en el sentido en que lo hizo, esta tesis también se fundamenta en el siguiente extracto de dicha sentencia:

*La Sala evidencia en el fallo y en ese POR TANTO, la enorme discusión y división que se dio, la diversidad de criterios, aún en los magistrados que estaban a favor de declarar la inconstitucionalidad. Del mismo modo es claro que el artículo 14 inciso 6 del Código de Familia está vigente en este momento, pues así lo dispuso la SALA por lo que, en este momento en el orden jurídico patrio, merced a ese fallo el matrimonio entre personas del mismo sexo está prohibido”.*¹¹¹

Si la Sala Constitucional hubiera fallado como era debido, según el control de convencionalidad, el voto 12782-2018, la inconstitucionalidad de la norma impugnada sería de carácter inmediato, generando de esta manera, seguridad jurídica, tal y como dicta la lógica de las declaraciones de inconstitucionalidad.

De esta manera, la Sala Constitucional dio pie a que se siguieran violentando los Derechos Humanos por 18 meses más, dando al traste con el voto que analizamos en este apartado.

¹¹⁰ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.1.

¹¹¹ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.1.

c.6) Principio de irretroactividad de la norma jurídica

Una norma jurídica es aplicada hasta que otra norma posterior, la deje sin efectos, es decir, las normas jurídicas podrían llegar a tener un periodo de vigencia determinado, y en principio, no se puede aplicar una norma a un periodo al que no corresponde.

No se puede juzgar con una norma actual un elenco de hechos del pasado, esto se conoce como principio de irretroactividad de la norma jurídica, sin embargo, este principio tiene una clara excepción consagrada en el artículo 34 de la Constitución Política “*A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.*”¹¹²

Es decir, sí es posible darle efecto retroactivo a una norma, en cuanto beneficie a las personas. Entonces, si bien es cierto, los hechos de esta sentencia ocurrieron en 2015, y la sentencia es de 2020, siendo que en el 2018 hay una reforma de la norma, que resulta más favorable sobre el tema.

Lo correcto es aplicar esa reforma, es decir, a pesar de que según muchos criterios, el matrimonio igualitario no era posible en 2015 (a pesar de que esta investigación sostiene que sí lo era), es posible aplicar lo que se dispuso en 2018 a los hechos del 2015 y, de esta manera, validar el matrimonio de la pareja homosexual, sin embargo, el juez tiene otra consideración:

*Si este fallo adquiere firmeza antes de que rija la inconstitucionalidad de la norma 14:6 CF, será cosa Juzgada y no podrá ser afectado por la inconstitucionalidad que regirá a partir de mayo de este año. La Sala Constitucional dejó vigente por dieciocho meses el numeral 14 inciso 6 del CF con todas sus consecuencias.*¹¹³

Esta es otra consecuencia directa del voto 12782-2018, pues de haber resuelto como era debido, era aplicable, irrefutablemente, la retroactividad de esta norma, y debía validarse el matrimonio de esta pareja homosexual.

¹¹² Vinicio Piedra Quesada, comp., Constitución Política de la República de Costa Rica (San José, Costa Rica: Imprenta Nacional, 2014), 14.

¹¹³ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.4.

Sin embargo, a pesar de este grave error del órgano constitucional, el juez notarial pudo haber aplicado la retroactividad de la norma, pero como es evidente en este análisis, este decidió no aplicarlo.

Capítulo III: Control de Constitucionalidad y Convencionalidad

A lo largo de este capítulo se desarrollará los temas de control de constitucionalidad y convencionalidad, con la finalidad de establecer, si la Sala Constitucional, mediante el voto 12782-2018, se apegó, o por el contrario, quebrantó estos dos principios. Comparando de esa manera, si dicho voto se ajusta o no al derecho vigente en el momento de su emisión.

a) Control de Constitucionalidad

Como primer parámetro en este capítulo, se procederá a desarrollar todo lo concerniente al Control de Constitucionalidad. Pasando por el concepto, aplicación, operadores, su control en sentido estricto y sentido amplio y, por supuesto, el análisis del voto 12782-2018 de la Sala Constitucional a la luz de este control.

a.1) Concepto

No es posible definir lo que es el control de constitucionalidad, sin antes hacer un repaso por algunos conceptos básicos. Para que, de esta manera, el camino a la definición del control de constitucionalidad sea más armonioso y comprensible. Partiendo de los conceptos más generales y aterrizando en los más específicos, lo primero que debemos determinar es ¿Qué es una Constitución Política?

Guillermo Cabanellas de las Cuevas, en su *Diccionario Jurídico Elemental*, lo define como “*Acto o decreto fundamental en que están determinados los derechos de una nación, la forma de su gobierno y la organización de los poderes públicos de que este se compone.*”¹¹⁴ La Constitución Política vigente de la República de Costa Rica data desde 1949 y en ella se establece la organización interna y los Derechos Fundamentales en los que se basa el Estado.

Ahora es momento de hacer un repaso por lo expuesto en el primer capítulo de esta investigación, en cuanto se hace referencia a la jerarquía normativa clásica. En la cual, la Constitución Política, como máxima manifestación jurídica de un Estado, es la cúspide de la pirámide, esto se conoce como principio de supremacía constitucional.

¹¹⁴ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires, Argentina, Heliasta, 2006), 88.

Según Jorge Alejandro Amaya, en su libro “Control de Constitucionalidad”, este principio se define de la siguiente manera:

...la supremacía de la constitución tiene un sentido fáctico, propio de la constitución material, que significa que ella es el fundamento y la base del orden jurídico-político de un Estado, y otro que apunta a la noción moderna de que la constitución formal, revestida de superlegalidad, obliga a que las normas y los actos públicos y privados se ajusten a ella.¹¹⁵

De la cita anterior, se extrae una visión clásica de jerarquía normativa, en la cual ninguna norma de rango inferior a la Constitución Política la puede contradecir, de lo contrario, se desaplica. Como se ha hablado en esta tesis, dicha teoría fue superada ampliamente, pues las concepciones modernas de la jerarquía normativa, ponen a los tratados de Derechos Humanos, que tutelen mejor estos derechos que la Constitución, por encima de ella.

Sin embargo, no es incorrecto decir, basándose en el mismo principio jerárquico, que todas las normas de menor rango deben obedecer a la Carta Magna, pero esta, a su vez, no debe ser contraria a las Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Toda norma necesariamente requiere un órgano que se dedique a interpretarla, pues como se ha expresado, el derecho es un ente cambiante, y debe ajustarse a las necesidades actuales. En el caso de la Constitución Política de Costa Rica, ese órgano es la Sala Constitucional, que según su mismo sitio web, dentro de sus competencias se encuentran las siguientes: “*La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es el Tribunal que garantiza la dignidad, las libertades y los derechos fundamentales de las personas consagrados en nuestra Constitución Política y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.*¹¹⁶

¹¹⁵ Jorge Alejandro Amaya, *Control de Constitucionalidad* (Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2015), 54.

¹¹⁶ Sala Constitucional, “Funciones y competencias”, consultado el 3 de marzo, 2020.

<https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/que-hace-la-sala-constitucional>

Evidentemente, esa garantía que brindan, lo hacen mediante el sometimiento de análisis de actos y normas que se cree, contrarían la voluntad de la Constitución Política. Esta es una postura compartida por el sujeto experto Norberto Garay, al indicar lo siguiente:

Suerte similar corre el control de constitucionalidad, en el tanto el mismo, al menos en un sistema como el costarricense, implica no solo la lectura del texto constitucional, sino lo que al respecto ha considerado el único órgano autorizado para ejercerle, por ende, la Constitución dirá lo que la Sala Constitucional indique que diga, salvo que esta última, por el cambio de los tiempos, decida cambiar su propio criterio, extremo último que es consecuencia del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.¹¹⁷

Esta última concepción es la que más se acerca al concepto de Control de Constitucionalidad, pues es justamente el sometimiento que tienen todas las normas de menor rango, en comparación a la Constitución Política de un Estado. Es la aplicación efectiva del principio de jerarquía normativa, a nivel interno de un país. Ninguna norma puede contradecir a la Carta Magna, de lo contrario, lo correcto es expulsar esa norma de menor rango, del ordenamiento jurídico interno, de esa manera, hay una supremacía constitucional.

Este principio tiene como sustento normativo el artículo 10 de la Constitución Política, y el artículo 2 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Grosso modo, establecen lo que se ha ventilado en este capítulo. La Sala Constitucional tiene la potestad de garantizar los derechos constitucionales, mediante la interpretación de la Carta Magna, y el sometimiento, comparación, y posible expulsión del ordenamiento jurídico de las normas de menor rango, que contradigan lo dispuesto en la Constitución Política.

a.2) Control de Constitucionalidad en sentido estricto y en sentido amplio

Teniendo claro lo que es el control de constitucionalidad, y la importante labor de la Sala Constitucional en el tema, surge la siguiente inquietud ¿Es la Sala Constitucional el único órgano capaz de aplicar el Control de Constitucionalidad? La respuesta a esta interrogante podría tener dos vertientes. En primer lugar, se podría decir que la Sala

¹¹⁷ Norberto Garay, correo electrónico recibido por los autores, 02 de noviembre, 2020.

Constitucional sí se toma el control concentrado de constitucionalidad, porque como se dijo, es el competente para dirimir definitivamente los conflictos de constitucionalidad.

Existe también un control en sentido amplio de constitucionalidad, en el cual, jueces regulares del Poder Judicial, aplican el control de constitucionalidad en apego a las disposiciones, tanto de la Carta Magna, como de la Sala Constitucional.

En un primer plano, se encuentra el control de constitucionalidad, en sentido estricto, y eso podría resumirse fácilmente en las famosísimas palabras del exmagistrado de la Sala Constitucional, Rodolfo Piza Escalante q.d.D.g. (citado por Álvaro Madrigal), cuando en 1999 dijo la frase “*la Constitución de Costa Rica dice lo que la Sala Constitucional dice que dice*”¹¹⁸ esta frase, aunque parezca chocante para muchos, no es más que la cruda y llana realidad.

La Constitución Política de Costa Rica data de 1949, desde ese momento, solo se han hecho unas reformas parciales, nunca una reforma total, la sociedad de la década de los cincuenta es sumamente diferente de la actualidad, y a la de cada década posterior. Es por eso que la Sala Constitucional tiene el importante trabajo de ser la voz actual de la Carta Magna, las palabras del exmagistrado Piza Escalante reflejan un control en sentido estricto de constitucionalidad.

La norma donde se evidencia de mayor manera el control de constitucionalidad estricto, es el artículo 2, inciso b) de la Ley de Jurisdicción Constitucional, el cual indica:

*Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.*¹¹⁹

¹¹⁸ Álvaro Madrigal, “La Sala IV acechada”, Diario de circulación nacional *La República*, (2010), consultado el 26 de mayo, 2020. https://www.larepublica.net/noticia/la_sala_iv_acechada

¹¹⁹ Asamblea Legislativa, *Ley N°7135: Ley de la Jurisdicción Constitucional*, 11 de octubre, 1989, Sinalevi: art. 2. Consultado el 21 de mayo, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?para_m1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC

Esta norma refleja, de manera indubitable, que el control de constitucionalidad, en sentido estricto, es únicamente ejercido por la Sala Constitucional, como único ente legitimado para interpretar la Constitución Política. Sin embargo, existe una especie de control amplio de constitucionalidad, y ese es ejercido por los jueces regulares del Poder Judicial.

Se podría decir que este control amplio de constitucionalidad, los jueces lo ejercen en dos sentidos, de una forma directa y de una forma indirecta. La primera categoría es ejercida mediante las consultas judiciales de constitucionalidad, en la cual los jueces someten a criterio de la Sala Constitucional una norma de menor rango que la Carta Magna, porque ellos consideran que violenta los Derechos Fundamentales de la Constitución. La Sala hace un análisis de constitucionalidad y, finalmente, determinan si la norma impugnada por los juzgadores es inconstitucional o no.

Así lo establece el artículo 102 de la Ley de Jurisdicción Constitucional:

*Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.*¹²⁰

Entonces, este representa un control amplio de constitucionalidad ejercida de manera directa por los jueces, pues ellos son los impulsores iniciales de la consulta judicial de constitucionalidad, en ellos, inicia la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas.

Por otra parte, los jueces también ejercen un control en sentido amplio de constitucionalidad de forma indirecta, al aplicar en sus resoluciones, tanto las disposiciones de la Constitución Política, como de la Sala Constitucional.

Se convierten en aplicadores de ese control de constitucionalidad puro ejercido por la Sala Constitucional, esto se extrae del artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional

¹²⁰ Asamblea Legislativa, Ley N°7135: Ley de la Jurisdicción Constitucional, 11 de octubre, 1989, Sinalevi: art. 102. Consultado el 21 de mayo, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?para m1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC

que dice “*La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.*”¹²¹

De este artículo se llega a dos conclusiones, en primer lugar, que los jueces están obligados a aplicar las disposiciones de la Sala Constitucional. De este modo, ejercen un control amplio de constitucionalidad de forma indirecta, ya que no son parte alguna de esa resolución constitucional, pero los efectos que esta tenga le son vinculantes a ellos.

La segunda conclusión importante de este artículo es que las resoluciones de la Sala Constitucional no son vinculantes para la misma Sala, esto permite que este órgano varíe de criterios con el pasar de los años, y se puede interpretar de forma diferente una misma disposición constitucional, para adaptarla a la realidad social y jurídica de cada periodo.

b) Control de convencionalidad

Ahora es momento de referirse meramente al control de convencionalidad, uno de los temas principales de esta investigación. En primer lugar, se conceptualizará y se analizará tanto normativa, como jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su ejercicio en forma concentrada y difusa.

b.1) Concepto

El control de convencionalidad es una ficción jurídica creada por la Corte IDH, a raíz del caso Almonacid Arellano vs Chile. Entre otras cosas, la Corte dice que los Estados parte de una convención deben someter su ordenamiento jurídico interno ante las disposiciones de la convención, por el simple hecho de haberse suscrito. Por ende, cada juez de la República, está en la obligación de resolver conforme a las disposiciones tanto de la CADH, como de las interpretaciones que de ella haga la Corte IDH:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado

¹²¹ Asamblea Legislativa, *Ley N°7135: Ley de la Jurisdicción Constitucional*, 11 de octubre, 1989, Sinalevi: art. 13. Consultado el 21 de mayo, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC

*internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*¹²²

De este extracto jurisprudencial se puede extraer dos importantes consideraciones relativas al concepto de control de convencionalidad. En primer lugar, se tiene una pequeña aproximación a lo que es el control de convencionalidad concentrado y difuso (que se ampliará más adelante), debido a que establece que la Corte IDH es el órgano encargado de interpretar el Pacto de San José, ejerciendo así un control concentrado de convencionalidad.

Por otra parte, los jueces regulares del Poder Judicial de cada Estado, tienen el deber de aplicar un control difuso de convencionalidad, pues deben aplicar las disposiciones convencionales (normativa y jurisprudencia) para resolver los conflictos que se presentan ante su jurisdicción, aun cuando exista cualquier norma de derecho interno que lo contradiga.

Entonces, se puede establecer fehacientemente que el control de convencionalidad es la ejecución efectiva que realizan los diferentes aplicadores jurídicos de las disposiciones, tanto de la Convención Americana de Derechos Humanos, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entendiendo que el ordenamiento jurídico es un todo, es un conjunto de normas de diferente categoría que conviven entre sí.

Por lógica, debe existir un orden jerárquico, que como se desarrolló ampliamente en capítulos anteriores, la tesis moderna es que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, que contemplen mejores derechos que la misma Constitución Política, están por

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid Arellano vs Chile* de 26 de septiembre de 2006”, Obligación de respetar los derechos y deber de adoptar disposiciones de derecho interno, párr. 124.

encima de esta última, y es por eso que la aplicación del derecho de la convención, es por sí misma, la mejor definición que se puede dar sobre el control de convencionalidad.

b. 2) Control Concentrado y Difuso de Convencionalidad

Teniendo en cuenta que el control de convencionalidad consiste en la aplicación efectiva del derecho de la convención, surge la siguiente inquietud ¿Quién es el encargado de ejercer este control de convencionalidad? La respuesta fácil a esa interrogante es decir que todos están en la obligación de este ejercicio. Sin embargo, siendo más precisos, es importante establecer que existen dos métodos de aplicación.

En primer lugar, está el control concentrado de convencionalidad, grosso modo, es la interpretación que realiza la Corte IDH respecto a la CADH. Ante esto, dice Humberto Nogueira Alcalá, en su artículo “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus juris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”:

Es necesario precisar inicialmente que el control de convencionalidad concentrado constituye un mecanismo que utiliza la CIDH, ya sea en sede contenciosa o consultiva, a través del cual determina la compatibilidad o incompatibilidad del derecho interno o los actos de agentes de un Estado Parte, a través de una sentencia judicial, en que determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado Parte, como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de Derecho Interno y prácticas de agentes estatales contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH y los tratados o convenciones complementarios del sistema, para garantizar efectivamente el ejercicio de los Derechos Humanos para las personas sujetas a la jurisdicción de dicho Estado Parte.¹²³

¹²³ Humberto Nogueira Alcalá. “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus juris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 135, (2012):342, consultado el 27 de mayo, 2020. <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n135/v45n135a8.pdf>

Entonces, se puede decir, sin lugar a dudas, que el control concentrado de convencionalidad lo ejerce en exclusiva la Corte IDH. Este control lo realiza en dos sentidos, en primer lugar, mediante la interpretación del texto del Pacto de San José, al someter a su comparación normas o actos de derecho interno.

En segunda instancia, ejerce este control en un sentido de vinculatoriedad de sus resoluciones, donde los estados parte deben acatar las disposiciones de esta corte, y se tiene por eliminado todo precepto jurídico interno que, según la Corte IDH, contraría lo dispuesto en la CADH.

Este control directo de convencionalidad le genera la facultad a la Corte IDH, no solo de interpretar el Pacto de San José, sino obligar a los Estados parte a modificar su derecho interno, para que se apege a su interpretación. Este control no es algo antojadizo de la Corte IDH, sino que está estipulado en el artículo 62.3 de la CADH:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.¹²⁴

La norma supra citada debe ser correlacionada con el artículo 63.1 del mismo cuerpo normativo, que dispone lo siguiente:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado

¹²⁴ Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos* 22 de noviembre 1969”, consultado el 20 de mayo, 2020 https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

*la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.*¹²⁵

De estas dos normas, se puede extraer perfectamente lo que es el control concentrado de convencionalidad, pues establecen dentro de las funciones y competencias de la Corte IDH, el sometimiento a análisis de las normas de derecho interno, a la luz de la CADH, mediante la interpretación que realicen de esta última. Por otra parte, se encuentra la facultad sancionadora de la Corte IDH, pues se establece la facultad de sancionar y obligar a los Estados parte a su sometimiento.

Por otra parte, el control difuso de convencionalidad, es aquel ejercido por los jueces naturales del Poder Judicial, en acatamiento de las disposiciones del derecho de la convención, sea en la literalidad de la norma, o en la interpretación que de ella haga la Corte IDH. Ante esto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su artículo “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, dice lo siguiente:

*El "control difuso de convencionalidad" consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta ese corpus iuris interamericano. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control tiene sustento, como veremos más adelante, en la propia CADH, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y ha sido expresamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH dentro de su competencia, como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano e intérprete "último" y "definitivo" del Pacto de San José.*¹²⁶

¹²⁵ Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre 1969”, consultado el 20 de mayo, 2020 https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

¹²⁶ Eduardo Ferrer Mac-gregor “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” *Estudios Constitucionales*, Año 9, Nº 2 (2011) Consultado el 27 de mayo, 2020. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014

Entonces, se ve que el control difuso de convencionalidad radica en que todos los jueces de la jurisdicción nacional, tienen la obligación de sustentar sus resoluciones en los pronunciamientos del bloque de convencionalidad interamericano, compuesto por la CADH y las resoluciones de la Corte IDH. Esta teoría ha sido sustentada, incluso, por la misma Corte, por ejemplo, en la resolución del caso de los Trabajadores cesados del Congreso vs Perú del año 2006, al disponer:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.¹²⁷

Esta postura ha sido reiterada en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs México del 2010, en esa oportunidad, la Corte IDH sostuvo lo siguiente:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los

¹²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Trabajadores cesados del congreso vs Perú* de 24 de noviembre de 2006”, Obligación de respetar los derechos y deber de adoptar disposiciones de derecho interno, párr. 128.

*jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*¹²⁸

De estas dos jurisprudencias, es posible identificar, de mejor manera, lo que es el control difuso de convencionalidad. Reafirma el hecho que este tipo de control versa sobre la facultad que tienen los jueces regulares de aplicar un control de convencionalidad, en beneficio de las personas operarias del sistema jurídico. Sin embargo, a pesar de la claridad que hay en el tema, existen barreras intelectuales que dificultan esta labor, ante este tema, el sujeto experto, Mauricio Chacón, opina lo siguiente:

*La implementación del control de convencionalidad en los sistemas jurídicos en muchas ocasiones se hace mal. En los juzgados se cometen muchas arbitrariedades, los jueces con mucha facilidad violentan la convención; por ejemplo, en los casos de violencia doméstica cuando le dicen a la víctima si mantiene lo expuesto ante el técnico, violentando de esa manera el derecho a ser escuchada por un juez. El control de convencionalidad es un anhelo grande, pero cuando pasan estas cosas se refleja que en los sistemas jurídicos no hay suficiente conocimiento de la esencia de las disposiciones convencionales en materia de derechos humanos.*¹²⁹

En la mayoría de los casos, lo normal es que la Corte IDH proteja mejor los derechos que la Sala Constitucional y, por ende, los Derechos Humanos de la CADH, sean más favorables que los Derechos Fundamentales de la Constitución Política. Los jueces regulares del Poder Judicial no necesitan de una resolución constitucional que los faculte a usar un

¹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cabrera García y Montiel Flores vs México* de 26 de noviembre de 2010”, Reparaciones, párr. 225.

¹²⁹ Mauricio Chacón Jiménez (Juez de apelación del Tribunal de Familia), entrevista por Luis Gustavo Fuentes Díaz y Fabiola Robles Víquez, Universidad de Costa Rica, 3 de noviembre del 2020.

criterio de convencionalidad, pues la Constitución Política no deja de ser una norma de rango inferior, en comparación con el Pacto de San José, es por eso, que como se desarrollará a continuación, el matrimonio igualitario es aplicable en el país desde el año 2012, sin importar lo resuelto por la Sala Constitucional, en el voto 12782-2018.

Incluso, la aplicación del control de convencionalidad difuso no se limita únicamente a los jueces, sino a todos los aplicadores del derecho que, en su trabajo habitual, tengan la potestad de tomar decisiones de índole jurídica. Esto incluye a los legisladores en la creación de leyes, al Poder Ejecutivo en la emisión de decretos e, inclusive, a las entidades públicas en la emisión de reglamentos.

En general, los Estados parte de la convención tienen la obligación de modificar sus disposiciones de derecho interno ante las resoluciones de la Corte IDH, aun cuando no figuren como partes en un conflicto. Esta postura es compartida también por el sujeto experto, Mauricio Chacón:

Los Estados parte de la Convención Americana, deben ajustar su derecho interno ante las resoluciones de la Corte IDH, aun cuando no sean parte del conflicto. Esa es una de las principales diferencias de la Corte Interamericana y la Corte Europea. La segunda resuelve el caso en concreto para ver si se produjo una lesión, y condena al Estado a la indemnización correspondiente. La decisión de los Estados americanos a la hora de crear la corte, es que lo que esta diga, vincula a todos los Estados. Le da incluso, la potestad de ordenar reformas a las leyes de los países, y como es extensivo, entonces la jurisprudencia es aplicable para todos.¹³⁰

En conclusión, el control convencional difuso, es la aplicación efectiva del bloque de convencionalidad, y es ejercido por todos los aplicadores jurídicos de los Estados pertenecientes a la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

¹³⁰ Mauricio Chacón Jiménez (Juez de apelación del Tribunal de Familia), entrevista por Luis Gustavo Fuentes Díaz y Fabiola Robles Víquez, Universidad de Costa Rica, 3 de noviembre del 2020.

c) Análisis del control de constitucionalidad y convencionalidad en la resolución 12782-2018 de la Sala Constitucional

A lo largo del capítulo dos, se hizo un análisis de control de convencionalidad de la resolución 12782-2018 de la Sala Constitucional. Por lo tanto, realizarlo nuevamente resultaría un trabajo engorroso y redundante, es por eso que se expondrá las principales conclusiones que arrojó ese análisis, y se procederá a analizar el control de constitucionalidad en dicha resolución, para finalmente comparar la aplicación o no de ambos controles.

Las principales conclusiones a las que se llegó en dicho análisis, es que la Sala Constitucional no aplicó efectivamente el control de convencionalidad, debido a que a pesar de que cita resoluciones de la Corte IDH, la resolución final se da por un tema de omisión legislativa, no por lo que dispone ni el Pacto de San José, ni los pronunciamientos de la Corte IDH. Siendo esto una clara contradicción con lo dispuesto por el bloque de convencionalidad. De haber aplicado correctamente este control, no hubieran otorgado plazo alguno a la Asamblea Legislativa, y se hubiera decretado la inconstitucionalidad de la norma impugnada de oficio.

Respecto al control de constitucionalidad, se podría llegar a la conclusión de que, por el simple hecho de ser un pronunciamiento de la Sala Constitucional, eso ya es suficiente para establecer que sí se sigue un control de constitucionalidad. La Sala es el ente encargado de interpretar la Constitución Política y alinear el ordenamiento jurídico interno, conforme a la Carta Magna. Sin embargo, esta conclusión parece ser una respuesta muy superficial y poco elaborada, para esto es necesario revisar nuevamente el ya bastamente citado artículo 2 inciso b) de la Ley de Jurisdicción Constitucional:

Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.¹³¹

¹³¹ Asamblea Legislativa, *Ley N°7135: Ley de la Jurisdicción Constitucional*, 11 de octubre, 1989, Sinalevi: art. 2. Consultado el 21 de mayo, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC

Este artículo establece que las resoluciones constitucionales, que por ende vienen a formar parte del bloque de constitucionalidad, deben ser conformes con el Derecho Internacional, y este es, a su vez compuesto por lo que se conoce como bloque de convencionalidad, que es la suma de los artículos de la CADH y las resoluciones de la Corte IDH.

Entonces, si se parte del hecho de que necesariamente el control de constitucionalidad debe ser conforme al control de convencionalidad, parece innecesario realizar un análisis del voto 12782-2018, pues ya se llegó a la conclusión que la Sala Constitucional no siguió un adecuado control de convencionalidad, por ende, tampoco realiza un correcto control de constitucionalidad.

d) Choques de Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad

Las conclusiones a las que se llegó en el apartado anterior, generan la siguiente interrogante ¿Cuáles son los criterios de prevalencia en los casos donde haya un choque entre ambos controles? Partiendo del hecho de que el control de constitucionalidad ejercido por la Sala Constitucional es contrario a las disposiciones del control de convencionalidad ejercido por la Corte IDH. Se puede hacer este análisis desde tres enfoques diferentes, según la jerarquía normativa, la ley de jurisdicción constitucional, y el mismo control de convencionalidad.

Desde un punto de vista de jerarquía normativa, es correcto traer de nuevo a colación la famosa resolución constitucional 2313-95, que establecía que el órgano que interpreta una norma, adquiere el rango de la norma interpretada. El amplio análisis que ha hecho a lo largo de los años la Sala Constitucional del artículo 48 de la Carta Magna, en donde se establece que los instrumentos internacionales que protejan de mejor manera los Derechos Humanos que la propia Constitución, están por encima de esta.

Entonces, si el control de convencionalidad se ejerce en apego a las resoluciones de la Corte IDH y el control de constitucionalidad, según los votos de la Sala Constitucional, estos pronunciamientos adquieren el rango de la norma interpretada, y el control de convencionalidad está por encima del control de constitucionalidad.

El segundo parámetro es el ejercido, según las disposiciones de la Ley de Jurisdicción Constitucional, en el ya bastamente comentado artículo 2 inciso b). Simplemente hay que recalcar el análisis hecho en el segmento pasado, y reafirmar que, por disposición de la ley que regula todo lo concerniente a la Sala Constitucional, los pronunciamientos de dicho órgano deben ser conforme al Derecho Internacional, que a su vez, es el mismo control de convencionalidad. Entonces, con este criterio, también prevalece el control de convencionalidad por sobre el de constitucionalidad.

Como punto final, el propio control de convencionalidad, en su modalidad difusa, establece que el control de constitucionalidad debe ser sometido, en comparación con el primero. Basta revisar la resolución de los casos *Almonacid Arellano vs Chile*, *Trabajadores cesados del Congreso vs Perú*, y *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, que fueron analizados. La conclusión general a la que llegan esas tres resoluciones, es que todos los jueces de la nación están obligados a aplicar un control de convencionalidad en sus resoluciones.

La Sala Constitucional está compuesta por magistrados, que resultan ser los jueces de más alto rango del país, el hecho de ser un tribunal de corte constitucional, no los exime de ser jueces nacionales y, por ende, están en la obligación de aplicar el control difuso de convencionalidad en todas sus resoluciones, dejando claro una vez más, que el control de convencionalidad está por encima del de constitucionalidad. Esta postura es también sostenida por el sujeto experto, Mauricio Chacón, al disponer lo siguiente:

Cuando la Corte IDH y la Sala Constitucional resuelven de forma diferente un mismo tema, lo correcto es aplicar lo que dice la corte. De hecho, el motivo de jubilación del exmagistrado Armijo, se debió a que la Sala Constitucional le dio curso a una acción contraria a las disposiciones de la Corte.¹³²

Se puede concluir, que la Sala Constitucional, por el simple hecho de hacer un pronunciamiento, está ejerciendo un control de constitucionalidad. Pero si ese pronunciamiento es contrario al control de convencionalidad, eso tendría la consecuencia de

¹³² Mauricio Chacón Jiménez (Juez de apelación del Tribunal de Familia), entrevista por Luis Gustavo Fuentes Díaz y Fabiola Robles Víquez, Universidad de Costa Rica, 3 de noviembre del 2020.

que ese control de constitucionalidad no es un efectivo control y, por ende, es correcta su desaplicación.

En otras palabras, la Sala Constitucional ejerce control de constitucionalidad por el simple hecho de ser ella, pero no todo control de constitucionalidad desencadena en una correcta aplicación de él, y si es contrario al control de convencionalidad, debe perecer en comparación a este. Al ser cualquier juez del Poder Judicial competente para aplicar un control difuso de convencionalidad, era correcto que un juez de familia casara a una pareja del mismo sexo, antes del 26 de mayo del 2020.

En resumen, a lo largo de este capítulo, se estableció las diferencias básicas entre el control de constitucionalidad y convencionalidad, así como los aplicadores de ellos. Se determinó, como conclusión más importante, que el control de constitucionalidad debe ser sometido al de convencionalidad, y que el hecho de aplicar alguno de estos dos controles, no necesariamente lleva a una correcta aplicación.

Existe la posibilidad de que haya un mal ejercicio de ellos; además, lo más importante para fines de esta investigación, es que la Sala Constitucional quebrantó los principios de aplicación efectiva de los controles, tanto de constitucionalidad, como de convencionalidad.

Capítulo IV: Factores externos como mecanismos de presión para la toma de una decisión constitucional

A lo largo de este capítulo, se desarrollará la posibilidad de que la Sala Constitucional se vea afectada por mecanismos externos de presión para tomar decisiones, mediante su jurisprudencia. Alejándose, de esa manera, del deber ser jurídico y, por el contrario, que haya factores extrajurídicos que motiven sus resoluciones judiciales.

a) La Sala Constitucional como órgano político

En este apartado, se introducirá la idea de que la Sala Constitucional puede llegar a ser un órgano político, y que existen mecanismos externos que pueden llegar a condicionar su labor jurisdiccional.

En primer lugar, hay que establecer algo que no es un secreto para nadie, pero que merece la pena su análisis. Los magistrados de la Sala Constitucional son escogidos por los diputados de la Asamblea Legislativa, y dicho Poder Legislativo al ser un puesto de elección popular, evidentemente lo convierte en un órgano político.

Entonces, si los magistrados son escogidos por políticos, llevarán consigo un peso político sobre sus hombros, lo cual podría prestarse para que se cometan una serie de favores políticos. Ante esto, Alex Solís Fallas, en su libro “La Dimensión Política de la Justicia Constitucional”, indica lo siguiente:

La votación calificada garantiza que los jueces constitucionales no van a ser nombrados por mayorías exiguas de la Asamblea Legislativa. Así se evita que algún partido político, por sí solo, pueda asegurarse el dominio político indirecto de la Sala Constitucional y con ello la perversión de la justicia constitucional, mediante interpretaciones caprichosas del Derecho de la Constitución, a favor del Poder Ejecutivo o de los mismos partidos. Igualmente, la votación calificada reafirma el pluralismo, puede contribuir, de manera

*decisiva, en la preservación del consenso inicial, expresado en el Derecho de la Constitución.*¹³³

Esta afirmación de Solís era totalmente válida en el pasado, si bien es cierto, ahora hay una representación partidaria más variada en el parlamento, es uno de los momentos históricos de la Nación, donde más concentrado se encuentra el Poder Legislativo, y en temas de Derechos Humanos que resultan controversiales a la opinión pública.

Se ha dividido la Asamblea Legislativa en dos claros bandos, que se podrían llamar conservadores y progresistas, siendo que el primer grupo, por lo general, tiene un sesgo religioso sumamente arraigado en su discurso político, y esto se antepone en las discusiones parlamentarias.

Existe un tercer grupo que se podría denominar indecisos, y que se pueden unir a cualquiera de los otros dos sectores, según convenga. Debido a manifestaciones y actuaciones pasadas, se podría decir que, en este momento, en la Asamblea Legislativa hay 26 diputados conservadores, 11 progresistas y 20 indecisos, eso indudablemente podría generar un voto por mayoría calificada a la hora de escoger magistrados (lista que se expondrá más adelante en este capítulo).

Otra idea que desarrolla Alex Solís en su libro, es que la Sala Constitucional es un súper órgano que no participa del sistema de pesos y contrapesos de la tripartición de poderes establecida por Montesquieu, esta idea se ve plasmada en la siguiente afirmación:

*Por tanto, resulta obvio que el Tribunal Constitucional en Costa Rica rompe con el principio clásico de la división de poderes, así como el sistema tradicional de frenos y contrapesos (checks and balances), al no estar sometido a los controles y limitaciones a las que sí están sometidos los otros poderes y la Administración Pública en general.*¹³⁴

Sin embargo, existe una contraposición con lo que dispone Alex Solís, debido a que se considera que la Sala Constitucional sí participa en el sistema de pesos y contrapesos, pues

¹³³ Alex Solís Fallas, *La Dimensión Política de la Justicia Constitucional* (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2008), 243.

¹³⁴ Alex Solís Fallas, *La Dimensión Política de la Justicia Constitucional* (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2008), 245.

son escogidos por el Poder Legislativo y, además, decretan tanto la inconstitucionalidad de las leyes que declara este último, como de los decretos del Poder Ejecutivo, entonces, recibe el nombramiento por parte del Legislativo y, a su vez, sanciona de inconstitucionalidad los actos de los otros dos poderes. Por lo tanto, sí existe un sistema de pesos y contrapesos.

b) Factores Político-Electorales

Hay que hacer una separación entre el deber ser y el ser jurídico, en este caso, en particular, el deber ser es que la Sala Constitucional no se vea afectada por los factores políticos del Estado para resolver determinados temas. Mientras que el ser es que al menos en lo concerniente a la resolución 12782-2018, sí pudo haber una injerencia de la carrera político electoral para la presidencia del periodo 2018-2022. Esta elección, en particular, significó una de las contiendas más divididas de los últimos años, donde tanto simpatizantes como opositores del matrimonio igualitario tomaron partido para hacer campaña política.

Para nadie es un secreto que las elecciones políticas del período 2018-2022, tuvieron dos protagonistas principales, que incluso debieron que recurrir a la segunda ronda electoral para escoger el presidente: Fabricio Alvarado Muñoz, del Partido Restauración Nacional, y Carlos Alvarado Quesada, del Partido Acción Ciudadana, resultando este último como el vencedor. Se analizará los discursos que antes, durante y después de la contienda política manejaron ambos candidatos.

b.1) Posición del candidato opositor

Primero es el turno del candidato opositor Fabricio Alvarado Muñoz. Es un político que ocupó un cargo como diputado durante el período legislativo 2014-2018, además es un activista del movimiento conservador, reportero, cantante y pastor de la religión evangélica. Alvarado Muñoz se ha opuesto rotundamente a la idea del matrimonio igualitario, siempre que ha tenido la oportunidad.

En un debate efectuado en el canal Teletica, en diciembre del 2017, antes del pronunciamiento de la Sala Constitucional, el entonces candidato presidencial dijo lo siguiente: *“Nuestra posición ha sido vehemente en que sí estamos a favor del matrimonio entre hombre y mujer, es la figura que defendemos, la que regula el Código de Familia, y*

creemos que hay que fortalecer la familia”¹³⁵ este debate fue antes de las elecciones presidenciales, donde ya se puede vislumbrar la posición que, tanto el candidato, como el partido, tenían en ese momento.

Otro acto de Alvarado Muñoz que sobresalió en ese momento, fue una posición respecto a que Costa Rica se saliera del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es decir, renunciara al Pacto de San José, y la jurisdicción que la Corte IDH realiza sobre el país en temas de Derechos Humanos. Así lo hizo ver, en reiteradas ocasiones, por ejemplo, cuando el día 30 de enero del 2018, fue entrevistado por la periodista Amelia Rueda, en su programa “Nuestra voz”.

En dicha entrevista, la reportera le pregunta sobre la posibilidad de que en un eventual gobierno de él, Costa Rica abandone la CADH y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en sí, ante esto, el entonces candidato respondió lo siguiente:

*Las opciones son varias en particular, como repito, en nuestro caso, para nosotros no es vinculante (la OC 24/17)... incluso la misma Corte ha dicho en otras oportunidades que las opiniones consultivas no son vinculantes, salirse de la Corte Interamericana implica varias cosas, la posibilidad de un proyecto de ley, un referéndum, son varias posibilidades, pero la posibilidad sí existe...*¹³⁶

Entonces, se puede constatar la postura que tomó Fabricio Alvarado posterior a la notificación por parte de la Corte IDH a Costa Rica sobre la OC 24/17, siendo una posibilidad latente que, en un eventual mandato de Alvarado Muñoz, se intente sacar a Costa Rica de la Corte IDH y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En otra oportunidad, en una entrevista que Fabricio Alvarado otorga al periódico *El País*, concretamente al reportero Álvaro Murillo, el 26 de marzo del 2018. En dicha entrevista se le consulta sobre la posibilidad de que, en su eventual mandato, se apruebe el matrimonio igualitario, a lo que Fabricio Alvarado responde: “Mire, no pareciera que el matrimonio sea

¹³⁵ Gerardo Fabricio Alvarado Muñoz, “Debate: Matrimonio Civil Igualitario” <https://www.teletica.com/180220-matrimonio-civil-igualitario-fabricio-alvarado-y-herman-duarte-debatieron-sobre-el-tema>

¹³⁶ Gerardo Fabricio Alvarado Muñoz, entrevista otorgada a la periodista Amelia Rueda en el programa *Nuestra voz*, 30 de enero 2018. <https://www.facebook.com/watch/?v=10156461335072923>

un derecho establecido para parejas del mismo sexo".¹³⁷ Dichas entrevistas son un pequeño muestrario de los pensamientos del excandidato presidencial, antes de las elecciones, que posteriormente perdió. Ahora se analizará la postura que ha mantenido con el paso del tiempo y ha hecho público por diferentes medios.

El 5 de agosto del 2018 (meses después de las elecciones presidenciales), Fabricio Alvarado concedió una entrevista al periodista Aarón Chinchilla del medio "El Periódico CR", en esa oportunidad expresó estas declaraciones:

*Le corresponde a la Asamblea Legislativa tomar la determinación de aprobar o no el matrimonio de personas del mismo sexo. Yo he dicho desde el período anterior que los derechos o demandas patrimoniales de esta población se pueden solventar sin modificar el Código de Familia y la figura del matrimonio... No es necesario alterar la figura del matrimonio del Código de Familia. Habrá que esperar lo que determine la Sala IV. Yo sigo en mi posición que la Asamblea Legislativa debería determinar (acerca del matrimonio de personas del mismo sexo).*¹³⁸

Esta postura del excandidato es muy particular, y se puede sacar dos conclusiones importantes. La primera, es que él no considera que se deba alterar la figura del matrimonio, entonces, recalca el discurso que ha venido destilando con el paso del tiempo de que no debía reconocerse el matrimonio igualitario.

La segunda, y más importante, es que estas declaraciones fueron emitidas tres días antes de la resolución 12782-2018, y tanto la sentencia, como las declaraciones de Fabricio Alvarado, resuelven el problema de la misma manera: que le corresponde a la Asamblea Legislativa regular el tema del matrimonio igualitario.

Hay que recordar que la Sala Constitucional le otorga un plazo de 18 meses a la Asamblea Legislativa para regular el matrimonio igualitario, como se sabe, ese plazo pasó,

¹³⁷ Gerardo Fabricio Alvarado Muñoz, entrevista otorgada al periodista Álvaro Murillo en el periódico *El País*, 26 de marzo 2018. https://elpais.com/internacional/2018/03/26/america/1522024297_765736.html

¹³⁸ Gerardo Fabricio Alvarado Muñoz, entrevista otorgada al periodista Aarón Chinchilla en el *Periódico CR*, 5 de agosto 2018 <https://elperiodicocr.com/fabricio-alvarado-solo-hay-un-matrimonio-hombre-y-mujer-no-hay-que-modificar-el-codigo-de-familia/>

y al no resolverse nada, simplemente se procedió a eliminar la prohibición del artículo 14 del Código de Familia.

Lo último que ha manifestado Fabricio Alvarado respecto al tema, es el impulso de una propuesta de ley sobre objeción de conciencia, con el cual pretende que las pequeñas y medianas empresas que se oponen al matrimonio igualitario, puedan negarle servicios y productos a la comunidad LGBTIQ. En declaraciones recogidas por el periodista Esteban Arrieta, del medio *La República*, el pasado 28 de mayo del 2020, el excandidato dijo lo siguiente:

Tenemos mucho trabajo que hacer. Empujaremos la aprobación de un proyecto que nos permitirá estar resguardados, evitar ser víctimas de persecución por hablar o mantener nuestros principios, manifestarnos en contra y no ser obligados a hacer todo aquello que no compartimos. Me refiero a la aprobación del derecho de objeción de conciencia y objeción de ideario.¹³⁹

Con estas declaraciones del candidato opositor, antes, durante, y después de las elecciones presidenciales 2018-2022, es claro que la postura de Fabricio Alvarado es conservadora y totalmente opuesta a la idea del reconocimiento del matrimonio igualitario. Incluso, el sujeto experto Mauricio Chacón considera que la opinión consultiva OC 24/17, tuvo un impacto directo en el trascender político, tanto de Fabricio Alvarado, como de su partido político:

La opinión consultiva OC 24/17, tuvo una influencia directa en la carrera político – electoral 2018-2022 en Costa Rica. Fabricio Alvarado iba de último en las encuestas, y la proyección de su partido era lograr un diputado. La Corte fue muy imprudente al anunciar la opinión un mes antes de las elecciones. Con eso Fabricio Alvarado pasa a ganar las elecciones, si tuviéramos un sistema diferente en la constitución, él habría sido Presidente de Costa Rica, pero no

¹³⁹ Gerardo Fabricio Alvarado Muñoz, entrevista otorgada al periodista Esteban Arrieta en el periódico *La República*, 28 de mayo 2020 <https://www.larepublica.net/noticia/fabricio-alvarado-impulsara-objecion-de-conciencia-para-pymes-opuestas-a-matrimonio-igualitario>

*alcanzó el 40 %. Pero desde la Asamblea Legislativa logran un número insospechado de curules. Esto es un factor que pasó por la opinión consultiva.*¹⁴⁰

De esta manera se ha expuesto la postura del entonces candidato presidencial Fabricio Alvarado. Ahora es momento de exponer las ideas del candidato oficialista y actual Presidente de la República, Carlos Alvarado Quesada.

b.2) Posición del candidato oficialista

Como es de conocimiento general, el vencedor de la carrera presidencial 2018-2022 resultó ser el candidato oficialista Carlos Alvarado Quesada, siendo de esta forma, que el mandato y la ideología del Partido Acción Ciudadana se alargará por ocho años. Inició en el 2014 con el expresidente Luis Guillermo Solís, este partido se ha caracterizado a lo largo de los años, por ser de corte progresista. Carlos Alvarado no ha sido la excepción, y en temas de matrimonio igualitario, siempre ha sido un activista, en pro de los derechos de la comunidad LGBTIQ.

El 7 de julio del 2017, en declaraciones recogidas por el medio de comunicación *La República*, en ese entonces candidato presidencial, responde a una interrogante relativa a si se debía regular las sociedades de convivencia, o el matrimonio igualitario, ante esto, la respuesta de Alvarado Quesada fue la siguiente:

*El matrimonio igualitario, las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, se deben normar a través de principios republicanos de igualdad, si nosotros creemos en la igualdad, y en los Derechos Humanos, la ruta es por lo tanto, el matrimonio igualitario. Eso es diferente a las relaciones entre hombres y mujeres y la iglesia frente a Dios, ese matrimonio como sacramento seguirá teniendo su normativa a partir de la relación con la iglesia, pero la relación de los ciudadanos y el Estado es a través de una relación civil, yo considero lo más oportuno el matrimonio igualitario.*¹⁴¹

¹⁴⁰ Mauricio Chacón Jiménez (Juez de apelación del Tribunal de Familia), entrevista por Luis Gustavo Fuentes Díaz y Fabiola Robles Víquez, Universidad de Costa Rica, 3 de noviembre del 2020.

¹⁴¹ Carlos Andrés Alvarado Quesada, entrevista otorgada al periódico *La República*, 7 de julio 2017 <https://www.youtube.com/watch?v=-vFAGG4WgSU>

Estas declaraciones fueron previas a que la Corte IDH publicara la opinión consultiva OC 24/17, entonces, se puede observar que desde antes de que el tema se pusiera oficialmente en la palestra política, Carlos Alvarado ya tenía una postura, en pro del matrimonio igualitario.

Dicha postura fue llevada a su plan de gobierno, que disponía textualmente lo siguiente:

*El Poder Ejecutivo impulsará, en su agenda legislativa, la aprobación de los proyectos de ley que garanticen la igualdad de derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, incluidos los que aseguren la protección jurídica y estatal del matrimonio civil igualitario.*¹⁴²

Entonces, esta postura no se quedó únicamente en los discursos y debates, sino que se externó en el plan de gobierno.

El mandatario reaccionó positivamente, ante la resolución 12782-2018. En declaraciones brindadas al medio *El País*, el 15 de noviembre del 2018, Carlos Alvarado dijo:

*La sentencia dada a conocer ayer por la Sala Constitucional, que confirma la inconstitucionalidad de los artículos que prohíben el matrimonio civil igualitario, representa un gran paso hacia la igualdad... A partir de ahora, es solo una cuestión de tiempo: la igualdad plena de derechos llegará, el amor ganará.*¹⁴³

Reafirmando una vez más su postura relativa al tema, siempre con una visión progresista.

Por último, el ahora Presidente, celebró la entrada en vigencia de este derecho el pasado 26 de mayo, mediante un comunicado emitido por las páginas oficiales de diferentes redes sociales del mandatario, expresó el siguiente mensaje:

¹⁴² Carlos Andrés Alvarado Quesada, *Plan de gobierno 2018-2022*, 77. <https://pac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Creer-y-crear-la-Costa-Rica-del-siglo-XXI-interactivo-1.pdf>

¹⁴³ Carlos Andrés Alvarado Quesada, entrevista otorgada a la periodista Karla Pérez, del periódico *El mundo*, 15 de noviembre 2018 <https://www.elmundo.cr/costa-rica/carlos-alvarado-sobre-sentencia-de-matrimonio-igualitario-el-amor-ganara/>

*Costa Rica oficialmente reconoce el matrimonio igualitario. Hoy celebramos la libertad, la igualdad y las instituciones democráticas. Que sean la empatía y el amor la brújula que nos permita salir adelante y construir un país donde quepamos todas las personas.*¹⁴⁴

Con este muestrario de opiniones, emitidas en diferentes momentos, tanto por Fabricio Alvarado como por Carlos Alvarado, se logra ver que gran parte de la carrera presidencial 2018-2022 giró en torno a la discusión de la aprobación o no del matrimonio igualitario. El país se dividió entre conservadores y progresistas, y esto puede tomarse como un medio de presión para que los magistrados de la Sala Constitucional resolvieran de determinada manera este tema.

c) Factores Legislativos

Como se analizó en el primer apartado de este capítulo, en lo expuesto por Alex Solís Fallas, no se coincide con que el multipartidismo en el Poder Legislativo sea una garantía de que el proceso para elegir magistrados sea de mucho consenso y acuerdos políticos, debido a que la conformación de la Asamblea Legislativa 2018-2022, a pesar de la pluralidad de partidos políticos, se divide en tres bandos, claramente demarcados: conservadores, progresistas y los indecisos, dicho argumento será ampliamente desarrollado en este ítem.

c.1) Conformación de la Asamblea Legislativa 2018-2022. Conservadores vs progresistas

El 12 de mayo del 2020, 26 diputados de la Asamblea Legislativa promovieron una moción para postergar la entrada en vigencia del matrimonio igualitario en Costa Rica, cuando solo faltaban 14 días para que ese evento sucediera. Esa moción no solo demostró la innegable ruptura de parte de algunos diputados con los compromisos adquiridos para la población LGBTIQ, sino que proporcionó una lista de legisladores con un claro corte conservacionista, dentro de los cuales se encuentra el actual presidente del parlamento, Eduardo Newton Cruickshank Smith.

¹⁴⁴ Carlos Andrés Alvarado Quesada, vía su perfil oficial de la red social *Twitter*, 26 de mayo 2020
<https://twitter.com/CarlosAlvQ/status/1265160738936631296?s=20>

Por otra parte, existe un sector de la Asamblea Legislativa con una clara posición progresista, compuesta por los diputados del Partido Acción Ciudadana y el único diputado del partido Frente Amplio, son en total 11 legisladores con este corte. Por último, hay un grupo de 20 diputados indecisos, que se han mantenido más al margen de los temas de Derechos Humanos.

Estas afirmaciones se pueden hacer tomando en cuenta muchos factores. Como lo son declaraciones, actuaciones legislativas y la ideología del partido que representan. El grupo de los conservadores se extrae de la moción que se firmó el 12 de mayo del 2020, para atrasar la entrada en vigencia del matrimonio igualitario en el país. El periodista Luis Manuel Madrigal del medio digital *Delfino CR*, publicó una nota relativa a este tema, en cuanto se dio a conocer la moción, en el cual señala lo siguiente:

*Un grupo de 26 diputados presentó la mañana de este martes una moción para solicitarle a la Sala Constitucional que posponga por 18 meses después de terminada la pandemia la entrada en vigencia del matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica. La moción la firman, entre otros, **jefaturas y subjefaturas de fracción de la Unidad Social Cristiana, Integración Nacional, Restauración Nacional, Liberación Nacional, Republicano Social Cristiano**, el presidente legislativo y diputados de dichos grupos parlamentarios.¹⁴⁵ (La negrita es parte del original).*

De este artículo del medio Delfino CR, se logra llegar a dos importantes conclusiones. En primer lugar, en dicha publicación se incluye una lista de los 26 diputados que firmaron la moción, que son señalados como diputados conservadores, en el cuadro comparativo que se adjunta abajo, revela una primera clasificación de esos legisladores.

Por otra parte, la cita mencionada hace ver algo que se ha evidenciado a lo largo de este capítulo; el multipartidismo hoy no es una garantía, debido a que se generaron bandos, independientemente del partido político que representan. En esa lista de 26 diputados hay diferentes partidarios, todos con un mismo fin conservador.

¹⁴⁵ Luis Manuel Madrigal, “26 diputados firman moción pidiendo posponer matrimonio igualitario 18 meses después de la pandemia”, periódico en línea *Delfino.cr* (2020) consultado el 2 de septiembre de 2020 <https://delfino.cr/2020/05/26-diputados-firman-mocion-pidiendo-posponer-matrimonio-igualitario-18-meses-despues-de-la-pandemia>

Otro punto por tomar en cuenta para determinar la ideología de estos diputados, son las diferentes declaraciones que han hecho con el paso del tiempo. A manera de muestrario, únicamente se cita las palabras del Presidente de la Asamblea Legislativa 2020-2021, Eduardo Cruickshank Smith, quien manifestó su postura referente, tanto a la moción que se ha mencionado, como al matrimonio igualitario, en declaraciones recogidas por el periodista Luis Manuel Madrigal de *Delfino CR*, el 18 de mayo:

*Lo cierto es que, **aunque la moción que presentamos 26 diputados no garantizaba que se iba a detener el matrimonio entre personas del mismo sexo, yo la firmé, la apoyé y la votaré oportunamente** porque estoy comprometido con la defensa de la familia, tal y como lo estableció y le complace a nuestro Padre Celestial. Y porque, además, el Dios que yo sirvo es soberano, Todopoderoso, y, por lo tanto, puede imponer su voluntad y sorprendernos en los momentos más inesperados. O sea, porque he entendido desde hace mucho tiempo, que todo está en sus manos y no en las nuestras.¹⁴⁶ (La negrita es parte del original).*

Estas declaraciones del actual presidente de la Asamblea Legislativa, evidencian la injerencia de la religión en su actuar legislativo, fueron emitidas después de que un pastor de la iglesia evangélica lo criticara en un medio de difusión nacional. Sobra decir que ese discurso está cargado de un gran sesgo conservador y en contra del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Otro legislador que ha manifestado una postura conservadora en torno al tema en discusión es Jonathan Prendas, quien en declaraciones recogidas por la periodista Tatiana Gutiérrez del medio *AM Prensa*, el 29 de octubre del 2019. En esa ocasión, el diputado manifestó lo siguiente:

Panamá tuvo la valentía de reformar la Constitución para mantener intacta la voluntad histórica de su pueblo respecto a la naturaleza del matrimonio. En Costa Rica, desde el 14 de mayo del 2019 un grupo de diputados presentamos una reforma

¹⁴⁶ Luis Manuel Madrigal, "Cruickshank defiende moción para posponer matrimonio igualitario y anuncia intento de conocerla esta semana", periódico en línea *Delfino.cr* (2020) consultado el 2 de septiembre de 2020 <https://delfino.cr/2020/05/cruickshank-defiende-mocion-para-posponer-matrimonio-igualitario-y-anuncia-intento-de-conocerla-esta-semana>

*idéntica para ajustar nuestra Constitución, y que quede expresamente claro que el matrimonio es una institución exclusiva para la unión entre un hombre y una mujer.*¹⁴⁷ (La negrita es parte del original).

Incluso, el 12 de mayo del 2020, el mismo día de la presentación de la moción para retrasar la entrada en vigencia del matrimonio igualitario, se dio uno de los episodios más nefastos en la historia de la Asamblea Legislativa. El diputado y firmante de dicha moción, David Gourzong Cerdas, acudió a las vías de hecho y agredió físicamente al asesor legislativo Giancarlo Casasola, ambos del partido Liberación Nacional.

Esta agresión se da después de un supuesto mensaje enviado por el asesor a un chat privado, en el cual criticaba la actuación de los 26 diputados firmantes de la ya conocida moción. Ante eso, el medio Delfino.cr realizó la siguiente nota:

*El diputado liberacionista por la provincia de Limón, **David Gourzong**, agredió físicamente al jefe de despacho de Gustavo Viales, secretario general del Partido Liberación Nacional esta tarde en el Congreso. Así lo confirmaron varias fuentes con conocimiento del tema a Delfino.cr. El hecho ocurrió, supuestamente, luego que el asesor identificado como Giancarlo Casasola hiciera comentarios sobre el diputado en un chat tras firmar la **moción que pretende pedirle a la Sala Constitucional que posponga por 18 meses después de terminada la pandemia la entrada en vigencia del matrimonio igualitario.***¹⁴⁸ (La negrita es parte del original).

Las declaraciones citadas, y la moción presentada para atrasar la entrada en vigencia del matrimonio igualitario, constituyen únicamente un mero muestrario de la posición ideológica de algunos legisladores, de las cuales se puede extraer, indubitablemente, su posición conservadora, en cuanto al tema del matrimonio igualitario se trata.

¹⁴⁷ Jonathan Prendas Rodríguez, entrevista otorgada a la periodista Tatiana Gutiérrez, del periódico *AM Prensa*, 29 de octubre 2019. <https://amprensa.com/2019/10/jonathan-prendas-cabildea-matrimonio-entre-hombre-y-mujer-en-el-congreso/>

¹⁴⁸ Luis Manuel Madrigal, “Diputado David Gourzong agredió a asesor de Gustavo Viales”, periódico en línea *Delfino.cr* (2020) consultado el 2 de septiembre de 2020 <https://delfino.cr/2020/05/diputado-david-gourzong-agredio-a-asesor-de-gustavo-viales>

Por otra parte, los diputados catalogados como progresistas, han manifestado su posición en favor tanto del matrimonio igualitario, como de otros Derechos Humanos que se han discutido últimamente en el plenario, ejemplo de eso es de Paola Vega Rodríguez, quien el 25 de mayo del 2020 expresó las siguientes declaraciones:

Luego del matrimonio igualitario, queda una larga lista de pendientes para el reconocimiento de derechos de la población LGTBIQ... Urge avanzar especialmente en normas que aseguren el respeto a la identidad de género, para personas trans y no binarias. Que sea el próximo paso¹⁴⁹

Otro diputado del PAC que ha emitido declaraciones referente a este tema es Enrique Sánchez Carballo, quien en una entrevista concedida al medio *La República*, el 25 de mayo del 2020, expresó “*Queremos que las parejas LGBT caminen por la calle agarradas de la mano, sin temor a ser insultadas o agredidos por ello, queremos acabar con la discriminación en los trabajos y otros ámbitos.*¹⁵⁰

Estas declaraciones constituyen únicamente una pequeña muestra de la opinión de estos diputados. Por otra parte, los principios políticos del Partido Frente Amplio estipulan que “*El Frente Amplio es **PROGRESISTA**. Es una fuerza transformadora, una alternativa real al modelo neoliberal concentrador y excluyente.*¹⁵¹ (La negrita es parte del original).

Finalmente, los diputados catalogados de indecisos son aquellos que se han mantenido al margen de los temas aquí discutidos, y que no han manifestado una posición del todo clara en cuanto a su postura.

De esa forma, es posible identificar a los legisladores del país en el período 2018-2022 de la siguiente manera:

¹⁴⁹ Paola Viviana Vega Rodríguez, entrevista otorgada a la periodista Claudia Marín, del periódico *El Mundo*, 25 de mayo 2020. <https://www.elmundo.cr/costa-rica/paola-vega-urge-avanzar-en-normas-que-aseguren-el-respeto-a-la-identidad-de-genero/>

¹⁵⁰ Enrique Alejandro Sánchez Carballo, entrevista otorgada a la periodista Esteban Arrieta, del periódico *La República*, 25 de mayo 2020. <https://www.larepublica.net/noticia/enrique-sanchez-derechos-humanos-de-la-comunidad-lgbt-son-imparables>

¹⁵¹ Partido Político Frente Amplio, *Principios Doctrinales*, consultado el 2 de septiembre 2020. <https://www.frenteampio.org/fa/principios-doctrinales/>

Conservacionistas		Progresistas		Indecisos	
Diputado	Partido Político	Diputado	Partido Político	Diputado	Partido Político
Luis Fernando Chacón Monge	Liberación Nacional	José María Villalta Florez	Frente Amplio	Carlos Ricardo Benavides Jiménez	Liberación Nacional
Daniel Ulate Valenciano	Liberación Nacional	Nielsen Pérez Pérez	Acción Ciudadana	Silvia Hernández Sánchez	Liberación Nacional
David Gourzong Cerdas	Liberación Nacional	Víctor Morales Mora	Acción Ciudadana	Ana Karine Niño Gutiérrez	Liberación Nacional
Luis Antonio Aiza Campos	Liberación Nacional	Paola Vega Rodríguez	Acción Ciudadana	Roberto Thompson Chacón	Liberación Nacional
Xiomara Rodríguez Hernández	Restauración Nacional	Enrique Sánchez Carballo	Acción Ciudadana	María José Corrales Chacón	Liberación Nacional
Eduardo Cruickshank Smith	Restauración Nacional	Carolina Hidalgo Herrera	Acción Ciudadana	Paola Valladares Rosado	Liberación Nacional
Carlos Avendaño Calvo	Restauración Nacional	Luis Ramón Carranza Cascante	Acción Ciudadana	Luis Fernando Chacón Monge	Liberación Nacional

Melvin Núñez Piña	Restauración Nacional	Mario Castillo Méndez	Acción Ciudadana	Ana Lucía Delgado Orozco	Liberación Nacional
Floria Segreda Sagot	Restauración Nacional	Laura Guido Pérez	Acción Ciudadana	Jorge Fonseca Fonseca	Liberación Nacional
Giovanni Gómez Obando	Restauración Nacional	Catalina Montero Gómez	Acción Ciudadana	Aida María Montiel Héctor	Liberación Nacional
Mileidy Alvarado Arias	Restauración Nacional	Welmer Ramos González	Acción Ciudadana	Franggi Nicolás Solano	Liberación Nacional
Patricia Villegas Álvarez	Integración Nacional			Gustavo Viales Villegas	Liberación Nacional
Walter Muñoz Céspedes	Integración Nacional			Yorleni León Marchena	Liberación Nacional
Dragos Dolanescu Valenciano	Republicano Social Cristiano			Zoila Volio Pacheco	Independiente
Otto Roberto Vargas Viquez	Republicano Social Cristiano			María Vita Monge Granados	Unidad Social Cristiana
Shirley Díaz Mejía	Unidad Social Cristiana			Pablo Heriberto Abarca Mora	Unidad Social Cristiana

Óscar Cascante Cascante	Unidad Social Cristiana			Erwen Yanán Masís Castro	Unidad Social Cristiana
Aracelly Salas Eduarte	Unidad Social Cristiana			Pedro Muñoz Fonseca	Unidad Social Cristiana
Erick Rodríguez Steller	Independiente			María Inés Solís Quirós	Unidad Social Cristiana
Nidia Céspedes Cisneros	Independiente			Rodolfo Peña Flores	Unidad Social Cristiana
Jonathan Prendas Rodríguez	Independiente			Wagner Jiménez Zúñiga	Liberación Nacional
Harllan Hoepelman Paez	Independiente				
Marulin Azofeifa Trejos	Independiente				
Ignacio Alpízar Castro	Independiente				
Carmen Chan Mora	Independiente				
Ivonne Acuña Cabrera	Independiente				

c.2) Amenazas a los magistrados de la Sala Constitucional

El 13 de agosto del 2018, solo cinco días después de dictada la resolución 12782-2018, pero sin aún brindarse la publicación de ella, la diputada del partido Restauración Nacional, de corte conservador, Xiomara Rodríguez, brindó un discurso en el plenario legislativo refiriéndose al tema. En el cual se denota una clara amenaza en contra de los magistrados de la Sala Constitucional, en su oportunidad la legisladora dijo lo siguiente:

*Les recuerdo a los magistrados que ustedes se reeligen acá en la Asamblea Legislativa... A partir de hoy y en lo que nos corresponde como legisladores vamos a defender la institución del matrimonio entre hombre y mujer tutelada en nuestra constitución política.*¹⁵²

Estas declaraciones evidencian indubitablemente una amenaza, pues está dejando entrever una posible votación en contra de la reelección de estos magistrados, cuando se requiera realizar dicha elección.

Estas declaraciones resonaron a nivel nacional, incluso el comisionado de asuntos LGBTIQ del gobierno de Costa Rica, Luis Salazar Muñoz, manifestó las siguientes consideraciones mediante sus redes sociales oficiales:

*Reitero, está bien discrepar con una resolución judicial. Eso es sano en una democracia. Cuando traspasamos la línea y amenazamos a Magistrados y Magistradas con su no reelección por una resolución, eso sí no es propio de una democracia, no es propio de un Estado de Derecho.*¹⁵³

Estos investigadores están totalmente de acuerdo con las manifestaciones de Salazar Muñoz, las amenazas a magistrados vulneran la independencia de poderes, y pueden condicionar la labor de ellos en resoluciones futuras.

¹⁵² Karla Pérez González, "Xiomara Rodríguez a magistrados que votaron matrimonio igualitario: Aquí son reelegidos ustedes", periódico en línea *elmundo.cr* (2020) consultado el 2 de septiembre de 2020 <https://www.elmundo.cr/costa-rica/xiomara-rodriguez-a-magistrados-que-votaron-matrimonio-igualitario-aqui-son-reelegidos-ustedes/>

¹⁵³ Luis Salazar Muñoz, vía su perfil oficial de la red social *Twitter*, 13 de agosto 2018 <https://twitter.com/lsalazarmunoz/status/1029136606945595393>

c.3) Periodo de nombramiento de los magistrados constitucionales que emitieron la resolución 12782-2018

Ante las declaraciones de la diputada Xiomara Rodríguez, genera interés realizar un ejercicio de revisión de la vigencia del nombramiento de los magistrados que redactaron la resolución 12782-2018, para establecer si es posible que el parlamento actual decidió, o decidirá algún nombramiento de ellos.

Esta sección se dividirá en las cuatro opiniones que se ventilaron en dicha sentencia; los que creían que debía ser inconstitucional y de aplicación inmediata; los que creían que debía ser inconstitucional y dar un plazo de 18 meses a la Asamblea Legislativa para regular el tema; los que creían que era inconstitucional, pero no debían dar un plazo específico, y el voto salvado, que se oponía a la idea del matrimonio igualitario.

Primero, se analizará a los magistrados que consideraban que el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia era inconstitucional y de aplicación inmediata. Esta postura la compartían los magistrados Fernando Cruz y Nancy Hernández, ambos magistrados titulares. El primero ocupa su cargo desde el 2004, fue reelecto en 2012, y fue reelecto nuevamente en 2020. Por otra parte, la segunda es magistrada desde 2013, por la tanto, podría ser reelecta en 2021; en ambos casos, su reelección sí depende de la actual conformación de la Asamblea Legislativa.

El segundo grupo de magistrados es el que tenía el criterio de que la norma impugnada era inconstitucional, pero se debía otorgar un plazo de 18 meses a la Asamblea Legislativa. Este grupo está compuesto por Paul Rueda y Marta Esquivel, el primero titular, y la segunda suplente. En el caso de Rueda fue elegido por primera vez en 2011 y reelecto en 2019, mientras que el caso de Esquivel fue nombrada magistrada suplente en mayo del 2018. Ambos ocupan su puesto actualmente, gracias a la votación de los diputados actuales del Poder Legislativo.

El tercer grupo es el que pensaba que era inconstitucional, pero no debía otorgársele un plazo a la Asamblea Legislativa para regular el tema. Estaba conformado por los magistrados Luis Fernando Salazar y José Paulino Hernández, el primero titular y el segundo suplente. En lo referente a Salazar, ocupa su cargo desde 2013, podría ser reelecto en 2021,

y, por otra parte, Hernández fue electo en 2009 y reelecto en 2017, en este caso particular, solo Luis Fernando Salazar podría ser reelecto por los legisladores actuales en 2021.

Mientras que José Paulino Hernández escapa de esta tónica y no fue ni elegido, ni podrá ser reelecto por la conformación actual de la Asamblea Legislativa, ya que su posible reelección no tendría lugar, sino hasta el 2025.

Por último, está el magistrado Fernando Castillo, fue el único que votó en contra del reconocimiento del matrimonio igualitario en todos sus extremos. Ostenta su cargo desde el 2009, fue reelecto en 2017 y podría tener su tercer periodo en 2025, es decir no fue electo, ni será reelegido por el actual parlamento.

Este ejercicio ha arrojado resultados muy interesantes, cinco de los siete magistrados redactores fueron elegidos o serán posiblemente reelectos por la actual conformación de la Asamblea Legislativa, esto hace que las declaraciones de la diputada Xiomara Rodríguez tengan mucho peso, de cara al futuro de estos magistrados, lo cual podría constituir un condicionante para una posible reelección o no de ellos.

d) Factores Sociales

Como se estableció en el pasado de esta investigación, la independencia judicial se puede ver afectada en un ámbito interno, cuando el juez se deja influenciar por las partes, o por otros jueces, mientras que, en el ámbito externo, por la opinión de otros poderes de la República, y por factores sociales. Justamente ese factor social, en el caso concreto que se está investigando, se puede ver en dos sectores concretos.

Al tratarse la resolución en cuestión de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, saltan dos opiniones sociales de gran importancia, entre ellas, la opinión de las diferentes religiones que se profesan en el país, y también de la comunidad LGBTIQ.

d.1) Opinión de las diferentes iglesias

El 18 de enero del 2018, la Conferencia Episcopal de Costa Rica, y la Federación Evangélica Costarricense, se unieron en un manifiesto, haciendo un llamado a que sus seguidores votaran en las elecciones presidenciales, según la opinión de ambas Iglesias. Este

documento fue firmado por los líderes de las respectivas religiones, el arzobispo José Rafael Quirós, de la iglesia católica y Jorge Gómez Varela, pastor evangélico.

Dicho manifiesto expresa la oposición fehaciente al matrimonio igualitario, al decir:

*Más allá de las imposiciones internacionales, la familia fundada en el matrimonio entre hombre y mujer es la base para una sociedad sana y con futuro, pues solo allí podrá nuestra Nación tener un verdadero crecimiento no solo demográficamente, sino constituyendo familias unidas que puedan criar a sus hijos.*¹⁵⁴

Justamente este manifiesto fue sancionado por el Tribunal Supremo de Elecciones, mediante la resolución 1375-E1-2018 del 5 de marzo de 2018, dicha resolución dispone lo siguiente:

*...si bien las organizaciones que representan esos credos religiosos pueden -de acuerdo con el principio de libertad-, tomar posición sobre los problemas sociales del país, explicitar su postura frente a temas puntuales de la realidad nacional, manifestar públicamente el marco axiológico que se corresponda con la ideología de su credo religioso particular, predicar la fe con auténtica libertad, enseñar su doctrina social, ejercer una misión terrenal sin traba alguna y dar juicio moral, incluso, en materias referentes al orden público; no procede que, al amparo de tales roles, utilicen su poder de influencia para incidir en la libre decisión de los electores que comulgan con su ideología dado que en tal caso se cruza, incuestionablemente, la línea demarcada por el constituyente en el numeral de cita; afectando así, de manera refleja, el libre ejercicio del sufragio y con ello el sistema de valores político-electorales que erigió nuestro Estado de Derecho.*¹⁵⁵ (Lo subrayado es parte del original).

¹⁵⁴ Johel Solano, "Iglesia Católica y Evangélica se unen contra matrimonio gay", periódico en línea crhoy.com (2020) consultado el 2 de septiembre de 2020 <https://www.crhoy.com/nacionales/iglesia-catolica-y-evangelica-se-unen-contram matrimonia-gay/>

¹⁵⁵ Tribunal Supremo de Elecciones, *Recurso de Amparo Electoral: voto 1375-E1-2018*, 5 de marzo, 2018 10:30 horas considerando, párr. 6 <https://www.tse.go.cr/juris/relevantes/1375-E1-2018.html>

Sin duda alguna, el manifiesto expuesto por los líderes de las Iglesias católica y evangélica, tiende a influenciar a sus feligreses a votar por candidatos tanto presidenciales como legislativos, con una ideología conservadora. La religión ha significado a lo largo de los años para los costarricenses una fuente condicionante para sus opiniones, se percibe en Costa Rica un arraigo generalizado muy fuerte con la religión, es por eso que la emisión de un documento oficial que sugiera el voto político es una violación al artículo 28 de la Constitución Política, que en su párrafo final dice “*No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas*”.¹⁵⁶

Por otra parte, el 15 de mayo del 2020, el departamento de prensa de la Conferencia Episcopal de Costa Rica emitió un comunicado en el que reflejan su posición respecto a la entrada en vigencia del matrimonio igualitario, en esa oportunidad manifestaron lo siguiente:

*Los hijos no se hacen ni se producen, sino que se procrean en la intimidad del amor heterosexual. Solo la unión exclusiva e indisoluble entre un varón y una mujer cumple una función social plena, por ser un compromiso estable y por hacer posible la fecundidad. La Iglesia sigue enseñando la necesaria apertura a la vida de la pareja humana, que se manifiesta en la concepción de hijos e hijas como un don de Dios a la pareja y toda la humanidad.*¹⁵⁷

Estas declaraciones fueron emitidas días antes del vencimiento de los 18 meses estipulados por la Sala Constitucional para que entrara a regir el matrimonio entre parejas del mismo sexo, de esta manera, se refleja que la postura de la Iglesia católica no ha variado, y se mantienen rígidos en contra de la idea del matrimonio homosexual.

d.2) Opinión de la comunidad LGBTIQ

En Costa Rica existen diversos grupos en favor de la comunidad LGBTIQ, uno de los más conocidos es el denominado Movimiento diversidad, que es presidido por el abogado y

¹⁵⁶ Vinicio Piedra Quesada, comp., *Constitución Política de la República de Costa Rica* (San José, Costa Rica: Imprenta Nacional, 2014), 13.

¹⁵⁷ Amairaní Pizarro Delgado, “«La unión varón-mujer es exclusiva», esto dice la Iglesia sobre matrimonio igualitario”, periódico en línea *am prensa* (2020), consultado el 2 de septiembre de 2020 <https://amprensa.com/2020/05/la-union-varon-mujer-es-exclusiva-esto-dice-la-iglesia-sobre-matrimonio-igualitario/>

notario Marco Castillo (quien casó a dos mujeres en 2015, y fue analizado en el capítulo dos de esta tesis). En diferentes ocasiones, tanto él, como otros partidarios del movimiento han manifestado su opinión respecto al tema del matrimonio igualitario en Costa Rica.

El 26 de junio del 2015, Marco Castillo concedió una entrevista a la periodista Patricia Recio del diario *La Nación*, a propósito de la aprobación del matrimonio igualitario en Estados Unidos, en esa ocasión el abogado manifestó lo siguiente:

*Esta mañana despertarme con esta noticia fue muy grato, se celebra que se vayan imponiendo los derechos humanos en el mundo, a favor de la diversidad sexual... La influencia de esta decisión, no solo es a razón de la población, sino a nivel político pues Estados Unidos tiene peso en América y en el mundo, lo que hará que algunos sectores cambien.*¹⁵⁸

Posterior a eso, ya cuando la Sala Constitucional había resuelto el tema del matrimonio igualitario en Costa Rica, Marco Castillo cuestionó el plazo de los 18 meses de vigencia de la inconstitucionalidad, en una entrevista recogida por la periodista Daniela Cerdas de *La Nación*, manifestó lo siguiente:

*El fallo no tiene sentido. Es una salida que toman y que en el fondo lo que hace es dilatar el cumplimiento de nuestros derechos. Yo tenía muchas dudas sobre la actuación de la Sala; este fallo me confirma que no había una voluntad de respeto hacia lo que son los Derechos Humanos. Estoy sorprendido de que la Sala haya tomado un acuerdo tan poco firme porque es absurdo que digan que en 18 meses tengan que derogar la norma, que ya ellos derogaron, si no queda derogada. No tiene sentido.*¹⁵⁹

¹⁵⁸ Patricia Recio, "Movimiento Diversidad de Costa Rica celebra aprobación de matrimonio homosexual en todo Estados Unidos", periódico *La Nación* (2020) consultado el 2 de septiembre de 2020 <https://www.nacion.com/el-pais/politica/movimiento-diversidad-de-costa-rica-celebra-aprobacion-de-matrimonio-homosexual-en-todo-estados-unidos/4GW6EIG2CVFDJCTT5TTITNJTJE/story/>

¹⁵⁹ Daniela Cerdas, "Marco Castillo, líder gay: 'Fallo no tiene sentido, lo que hace es atrasar el cumplimiento de nuestros derechos'", periódico *La Nación* (2020) consultado el 2 de septiembre de 2020 <https://www.nacion.com/el-pais/gobierno/marco-castillo-lider-gay-fallo-no-tiene-sentido/QP6NVCW3TZA7DVE5K2LYRBG74/story/>

En la misma entrevista, Laura Florez-Estrada, quien fue una de las dos mujeres que Marco Castillo casó en 2015, y activista de la comunidad LGBTIQ, sostuvo las siguientes afirmaciones:

La Sala tenía toda la potestad de resolver favorablemente y que el matrimonio igualitario fuera una realidad, pero lo que hicieron fue pasarle la bola a la Asamblea Legislativa más conservadora los últimos años. Lo que pasa es que esto es completamente innecesario. La Sala tenía la potestad, no era necesario una regulación, lo único que era necesario era eliminar el inciso a la prohibición.¹⁶⁰

Ambos llegan a la misma conclusión y critican el actuar de la Sala Constitucional en el voto 12782-2018, pues estiman que el plazo de 18 meses de vigencia de una norma ya declarada inconstitucional es innecesario, y lo correcto era decretar la inconstitucionalidad desde el momento en que la resolución fuera notificada.

Por otra parte, el también activista del Movimiento Diversidad, Geovanny Delgado, brindó declaraciones al medio *CRHoy*, el día que se notificó el texto íntegro de la resolución 12782-2018, el 14 de noviembre del 2018. Delgado tuvo varias consideraciones referentes a dicho texto, de las cuales se desprende “*Aquí hay que tener claro que las organizaciones de Derechos Humanos y LGBTI no vamos a aceptar ninguna figura menor al matrimonio igualitario*”¹⁶¹.

En otro orden de ideas, también tuvo opiniones sobre el tema de la omisión legislativa, que es lo que finalmente argumenta la Sala Constitucional para facultar el matrimonio igualitario:

Aquellos magistrados que consideraron que la opinión consultiva tal vez no podría ser obligatoria para el Estado costarricense, indican que su voto a favor de las acciones de inconstitucionalidad refiere a la falta de actuar de la

¹⁶⁰ Daniela Cerdas, “Marco Castillo, líder gay: ‘Fallo no tiene sentido, lo que hace es atrasar el cumplimiento de nuestros derechos’”, periódico *La Nación* (2020) consultado el 2 de septiembre de 2020 <https://www.nacion.com/el-pais/gobierno/marco-castillo-lider-gay-fallo-no-tiene-sentido/QP6NVCW3TZAJ7DVE5K2LYRBG74/story/>

¹⁶¹ Geovanny Delgado, entrevista otorgada al periódico *CRHoy.com*, 14 de noviembre 2018 <https://www.crhoy.com/nacionales/movimiento-diversidad-no-vamos-a-aceptar-ninguna-figura-menor-al-matrimonio-igualitario/>

Asamblea Legislativa. Es decir, castiga los diputados por su omisión en un tema que se venía discutiendo desde el 2006 en la Asamblea Legislativa, y que por negligencia y posiciones que no representaban lo que tenía que ver su labor, algunos diputados interpusieron su opinión personal ante sus obligaciones.¹⁶²

A lo largo de este apartado, se logró vislumbrar las posiciones, tanto de las diferentes religiones del país como de los movimientos pro derechos de la comunidad LGBTIQ, tanto antes como después de la sentencia 12782-2018, y se llega a la conclusión que a ninguno de los grupos se logró satisfacer con esa resolución, y ambos lo ven como una derrota para sus aspiraciones.

e) Votos salvados del magistrado Fernando Castillo Víquez

A lo largo de esta investigación, se descubrió algo muy curioso y que vale la pena analizar en un apartado específico, que el magistrado titular de la Sala Constitucional, Fernando Castillo Víquez, emitió un voto salvado en cada una de las sentencias que se examinaron. En estas, se les reconocía derechos a las personas homosexuales, entonces, se considera importante indagar estas decisiones disidentes para buscar algún elemento extra jurídico que pudo haber condicionado la lógica del magistrado.

El primer voto por analizar es el 8724-2011 de la Sala Constitucional. Como se mencionó en otro capítulo de esta investigación, versaba sobre un recurso de amparo interpuesto por una pareja homosexual que se presentó a una actividad organizada por la Cruz Roja, y en un establecimiento, mientras tomaban algo, se agarraron las manos y el administrador del lugar les dijo que tenían que abandonar el sitio. El voto de mayoría acogió el recurso y lo declaró con lugar, mientras que Fernando Castillo hizo un voto salvado y lo declaró sin lugar, este es el primer argumento que esboza en dicho texto:

Ergo, el dueño o administrador de un negocio está en el legítimo derecho de prohibir todos aquellos comportamientos que, según su visión del mundo y de las cosas, sean contrarios a lo que él cree o profesa. Por ello, pueden prohibir las escenas amorosas en general en su negocio o dar un trato diferenciador a

^{162 162} Geovanny Delgado, entrevista otorgada al periódico *CRHoy.com*, 14 de noviembre 2018 <https://www.crhoy.com/nacionales/movimiento-diversidad-no-vamos-a-aceptar-ninguna-figura-menor-al-matrimonio-igualitario/>

determinados grupos. Si no fuera así, las otras personas les estarían imponiendo que acepte estilos de vida que son contrarias a sus creencias y a sus valores, lo que vulneraría su libertad personal consagrada en el numeral 28 de la Constitución Política, situación que no ampara el Derecho de la Constitución. Si bien es cierto que las corrientes contemporáneas visualizan los derechos fundamentales como un sistema objetivo de valores, por lo que no solo el Estado debe respetarlos, sino también los particulares en su relación con otros, con excepción de los Estados Unidos de América donde su vulneración solo puede tener origen en un acto del Estado, este respeto no puede llegar a tal punto que por no vulnerar los derechos de los demás tenga que soportar un quebranto a sus derechos fundamentales.¹⁶³

El señor magistrado considera que el hecho de que dos personas del mismo sexo se tomen de las manos en un comercio privado, es una vulneración a los Derechos Fundamentales del administrador del local, por ir en contra de sus creencias morales y religiosas. Además, alega un supuesto quebranto al numeral 28 constitucional, este artículo, en lo que interesa, dice:

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.¹⁶⁴

Se considera que justamente ese artículo faculta a la pareja de mismo sexo a tomarse de las manos en el lugar donde ellos quieran, pues en primer lugar, el propio artículo reza que nadie puede ser inquietado ni perseguido por un acto que no infrinja la ley, y para el año 2011, lo que era prohibido en el país era únicamente el matrimonio igualitario, no existía ninguna norma que dijera que las parejas de mismo sexo no pudieran tomarse de las manos.

¹⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 8724-11*; 1º de julio de 2011, 09:18 horas. Expediente 11-004981-0007-CO

¹⁶⁴ Vinicio Piedra Quesada, comp., *Constitución Política de la República de Costa Rica* (San José, Costa Rica: Imprenta Nacional, 2014), 13.

Además, tampoco se cumplen los presupuestos de la segunda parte del artículo, la moral es algo totalmente subjetivo, no se podría pensar que dos personas del mismo sexo tomándose las manos se considere algo inmoral ni en ese año, ni en este, tampoco hubo un daño al orden público o a un tercero, únicamente el administrador del lugar se sintió incómodo, pero no existe perjuicio alguno.

En otro orden de ideas, el segundo argumento utilizado por Castillo Viquez es el siguiente:

Este tipo de sacrificio no resulta legítimo en la sociedad democrática. Más bien, en el caso que nos ocupa, cuando se da una colisión de derechos, entre la libertad personal del propietario o administrador y el derecho de las personas del mismo sexo a que no se les dé un trato diferenciador, se debe optar por proteger la primera, y no el segundo.¹⁶⁵

La ponderación de derechos es usual en el estudio jurídico, sin embargo, al realizarse este ejercicio se debe tener mucho cuidado, pues una mala interpretación de él, podría traer al traste la vulneración del derecho predominante.

En el caso particular, no se puede decir que el derecho del administrador es la libertad personal, pues como se analizó supra, este derecho más bien corresponde a los accionantes, en cuyo caso, de existir un derecho para el administrador sería el de libertad de admisión en su local. Por otra parte, el derecho vulnerado a la pareja homosexual es el de igualdad y no discriminación, en el entendido de que se les da un trato diferente por el simple hecho de ser homosexuales, siendo que a las parejas heterosexuales no se les prohíbe esa conducta.

La igualdad y no discriminación es un derecho supremo, reconocido así incluso por la Corte IDH, que mediante los casos Atala Riffo y niñas vs Chile, y Duque vs Colombia, consideró que la orientación sexual era una categoría protegida por la convención, y que no se puede, de ninguna manera, darles un trato desigual a estas personas, respecto a parejas heterogéneas.

¹⁶⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 8724-11*; 1º de julio de 2011, 09:18 horas. Expediente 11-004981-0007-CO

El segundo voto salvado por analizar es el que se encuentra en la resolución 13800-2011, también de la Sala Constitucional. Básicamente, en este caso, se discutía si las personas homosexuales privadas de libertad, tenían derecho a recibir visita conyugal, al igual que los heterosexuales en las prisiones.

El voto de mayoría establece que efectivamente tienen los mismos derechos que las personas heterosexuales, y pueden recibir una visita conyugal en las mismas condiciones, sin embargo, Fernando Castillo, nuevamente hace un voto salvado, y rechaza esta acción de inconstitucionalidad, el primer argumento que utiliza es que hay diferencias biológicas en el acto sexual de las parejas homosexuales con las heterosexuales:

En el voto de mayoría hay un error de concepto, y es que se parte de la falsa premisa que las personas heterosexuales están en la misma situación que las personas homosexuales. Basta con echar una simple mirada a la realidad para llegar a la elemental conclusión de que hay grandes diferencias entre ambos grupos de personas. De ahí que la invocación del principio de igualdad resulta inaplicable. En efecto, adoptando como criterio el tipo de acto sexual, hay una diferencia sustancial entre el heterosexual y el homosexual. En el caso del primero, tenemos que la vagina o colpos (la primera, del [latín](#) vagina, "vaina"; la segunda, del [griego](#) kolpos, "regazo"), que es un conducto fibro [muscular](#) elástico, parte de los órganos [genitales](#) internos de la mujer y órgano que forma parte del aparato reproductivo femenino, es penetrada por el pene, órgano masculino del hombre que sirve para miccionar y copular. En el caso del segundo, es imposible que ocurra tal hecho. Incluso, es importante resaltar que la vagina fue diseñada de forma tal que el pene la penetre perfectamente. Tal posibilidad resulta materialmente imposible en un acto sexual homosexual.¹⁶⁶

Este argumento carece de mucha lógica, no se está discutiendo la forma en la cual las diferentes parejas tienen relaciones sexuales, es evidente que hay una diferencia biológica, eso no es posible negarlo. Sin embargo, esa diferencia biológica no significa una diferencia afectiva, copulativa, ni mucho menos jurídica. La forma en la que cada persona disfruta de

¹⁶⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 13800-2011*, 12 de octubre, 2011 15:00 horas, expediente 08-002849-0007-CO, voto salvado, párr. 1.

su sexualidad es algo privado. Una diferencia en el procedimiento de la relación sexual, no configura una diferencia en los derechos para disfrutarlo.

El segundo argumento de peso que predica el magistrado Castillo, es que el fin último de las relaciones sexuales y, por ende, de la visita conyugal es la procreación, y que esta es exclusiva de las parejas heterosexuales, por lo cual no es posible reconocer el derecho de las parejas homosexuales a recibir este tipo de visitas, cuando son privados de libertad:

En caso de las relaciones heterosexuales, el acto sexual no solo tiene por finalidad el obtener placer, el expresar amor, sino también el preservar la especie humana; situación que no ocurre en el caso del acto sexual homosexual. El acto de la procreación, es necesariamente el resultado de un acto sexual heterosexual, con el cual se preserva la especie humana y, además, en el caso del Estado-Nación, se perpetúa, en el futuro, la nacionalidad. Estas finalidades están ausentes necesariamente en las relaciones homosexuales. Incluso, en el caso hipotético de que todos los seres humanos optaran por una relación homosexual, y no por una heterosexual, ello implicaría que, al cabo de ochenta años, desaparecería la especie humana y las nacionalidades.¹⁶⁷

Las personas tienen relaciones sexuales por muchos motivos, efectivamente la procreación podría ser uno de ellos, y biológicamente hablando, esto solo es posible en relaciones sexuales heterogéneas, pero pensar que todas las personas que tienen sexo, tienen la intención de procrearse es erróneo, no es el fin último, pues de ser así, los métodos anticonceptivos estarían prohibidos.

La sexualidad de una persona es una forma de expresión, es libre e independiente de cada individuo, existen muchísimos motivos diferentes de la procreación para tener relaciones sexuales: el placer, éxtasis, muestras de amor, expresiones físicas, afectivas, emocionales. Reducir el acto sexual únicamente a la procreación, es ignorar todos los beneficios que acarrearán estos actos, por otra parte, no necesariamente los heterosexuales tienen sexo para procrear, la paternidad/maternidad debe ser algo deseado, y la frecuencia,

¹⁶⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 13800-2011*, 12 de octubre, 2011 15:00 horas, expediente 08-002849-0007-CO, voto salvado, párr. 2.

métodos y motivos por las que las personas tienen relaciones sexuales es exclusivo de la privacidad e intimidad de cada pareja.

Por último, se considera que el magistrado tiene un error de concepto, al entrelazar de forma incuestionable, la procreación y las visitas conyugales, pues no solo establece que el fin de la visita conyugal es la procreación, sino que dice que la familia heterosexual es la base de la sociedad, y que el Estado debe velar por la protección de este grupo, además de que los hijos deben estar al cuidado de sus padres (hombre y mujer), esto se desarrolla en la siguiente cita:

En efecto, hay un marcado interés público en proteger y promover las relaciones heterosexuales, interés que es recogido en el numeral 51 de la Constitución Política, toda vez que gracias a este tipo de relaciones se preserva la especie humana y se perpetúa en el tiempo la nacionalidad. Dicho de otra forma, el resultado de las relaciones heterosexuales –los (as) hijos (as)- constituyen una contribución innegable, invaluable y permanente de esos dos seres humanos – hombre y mujer- en beneficio de la humanidad y de la sociedad; de ahí de que hay un marcadísimo interés público de parte del Estado de proteger y promover este tipo de relaciones. No ocurre así con las relaciones homosexuales, donde, en este punto, por razones naturales o biológicas no aportan absolutamente nada a la preservación de la especie humana y de las nacionalidades. Por último, como solamente del acto sexual heterosexual puede surgir a la vida un nuevo ser humano, que requiere de una familia estable, donde haya tanto el referente masculino como el femenino, hay un marcado interés público en proteger y fortalecer la familia. No en vano el artículo 51 de la Carta Fundamental señala que esta es la base de la sociedad. Así, pues, en la medida de que hayan familias fuertes necesariamente tendremos mejores sociedades. Quizás la principal causa de los problemas sociales, económicos e, incluso, políticos por los que atraviesa la sociedad actual es la desintegración familiar. Mientras no se revierta este fenómeno, el estado de cosas no cambiará para bien.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 13800-2011*, 12 de octubre, 2011 15:00 horas, expediente 08-002849-0007-CO, considerando, voto salvado. Párr. 2.

No se encuentra relación alguna entre las visitas conyugales a personas homosexuales, con el hecho de una familia estable compuesta por una pareja heterosexual y sus hijos, mucho menos, se encuentra relación con que los problemas sociales, económicos, y políticos estén ligados a que se debe conservar la familia hetero parental. Estos argumentos, no tienen absolutamente ninguna relación con las visitas conyugales a personas homosexuales, y parecen sacadas más de un punto de vista conservador, con el afán de negarle derechos a las personas homosexuales.

El concepto de familia ha evolucionado con el paso del tiempo, hoy no es exclusivo este instituto para las personas heterosexuales, sino que se ha abarcado desde distintos modelos, sea por línea sanguínea o de afinidad. Incluso los hijos no son necesarios para esta concepción, por lo tanto, resulta desactualizado pensar que la familia es únicamente papá, mamá, e hijos.

El voto 4524-2012, que ya se había analizado, tiene una peculiaridad muy grande, y esa es que el voto salvado del magistrado Castillo Víquez carece de todo análisis personal, debido a que él hace referencia a otro voto de la Sala Constitucional, el 03-1521, para verter su opinión disidente. Sin embargo, no existe el más mínimo análisis por parte de Fernando Castillo referente al caso en concreto, únicamente hace una transcripción literal de esa sentencia, sin emitir mayor criterio, en dicha resolución, el razonamiento de los magistrados de la época fue el siguiente:

No se acreditó que la Administración Penitenciaria del Centro de Atención Institucional San Rafael, tuviera un trato discriminatorio hacia el recurrente. Lo que quedó demostrado es que el veinticinco de marzo del año dos mil dos, a las ocho horas, las autoridades de seguridad del Centro de Atención Institucional de San Rafael de Alajuela, con motivo de una inspección de rutina, encontraron en el pabellón B-3 unos zapatos de mujer color blanco, propiedad del recurrente, los cuales fueron decomisados. Son atendibles las razones que otorga la Administración al señalar que no se permiten accesorios o vestimentas de mujer en ese Centro Penal, por razones de seguridad, lo cual, resulta obvio; pues es factible la utilización de esas prendas para pretender evadirse del Centro Penal y su empleo en un centro de varones, en el que las relaciones sexuales se

*encuentran seriamente reprimidas, puede fomentar el desorden y alterar la convivencia de las personas que deben permanecer en el lugar, ya sea por haber sido condenados a pena de prisión, laborar como empleados del Sistema Penitenciario Nacional o simplemente se encuentren de visita.*¹⁶⁹

Referente a esta opinión hay dos cosas importantes por analizar. En primer lugar, el razonamiento de los magistrados de la época; es entendible que en 2003 esos temas aún eran visto con cierto tabú, sin embargo, en la actualidad utilizar el mismo razonamiento parece algo desfasado, pues ha sido reiterado por la Corte IDH, principalmente en la opinión consultiva OC 24/17, que las personas tienen derecho a auto percibirse de la manera que lo deseen.

Además, la forma en la que se vista cualquier ser humano, independientemente de su género, u orientación sexual, es algo que le concierne únicamente al individuo en cuestión, y recibir cualquier tipo de violencia, sea sexual, física, emocional, u otra, no es nunca culpa de la víctima.

En otro orden de ideas, pero incluso más relevante, el actuar del magistrado Castillo Víquez pareciera ser algo antojadizo, pues, como se mencionó, no realiza el más mínimo análisis del caso en concreto, únicamente, hace mención de una resolución con un caso similar, pero no explica los motivos por los cuales considera que esa lógica es aplicable al caso.

Evidentemente los jueces, al emitir su criterio, pueden citar normas, doctrina, jurisprudencia y demás normativa, sin embargo, se considera que tienen el deber moral y ético de justificar el motivo por el cual emplean esa cita, y no hacer un voto salvado de forma antojadiza.

Por otra parte, en el voto 3090-2013 de la Sala Constitucional, este caso, como se indicó en el pasado, versaba sobre una declaratoria de interés público que realizó el Ministerio de Salud, sobre el V Congreso Centroamericano de Bioética, donde uno de los expositores principales prometía curar a las personas homosexuales, y convertirlas en heterosexuales. El

¹⁶⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 4524-12*; 30 de marzo de 2011, 11:03 horas. Expediente 11-009801-0007-CO

voto de mayoría indicó que el hecho de que exista la libertad de expresión, no faculta al Estado a fomentar discursos de odio en contra de un sector de la población, y que no debió ser declarado de interés nacional, sin embargo, se debía realizar el congreso al margen del Poder Ejecutivo, ya que no podía limitarse la libertad de expresión, pero tampoco se podía amparar un discurso homofóbico al calor del Estado.

El magistrado Castillo Viquez hizo un voto salvado, en el cual exponía lo siguiente.

“Debe tomarse en cuenta que en el ámbito privado hay total autonomía de la voluntad y de la libertad, especialmente cuando se trata de la libertad de expresión que sólo estaría sujeto a la determinación de responsabilidades ulteriores a su ejercicio. La forma en que se da la aprobación del acto impugnado no resulta, en nuestro criterio, un trato discriminatorio, porque efectivamente no se evidencia que haya un acto de Gobierno dirigido intencionalmente a socavar los derechos a los grupos sociales que se sienten vulnerados. No está demostrada una relación causal entre la organización del V Congreso Centroamericano de Bioética (que por cierto no fue recurrida) y del Poder Ejecutivo, de impedir o tratar diferente a un sector, porque la justificación reside en otro ejercicio de otro derecho fundamental. En este caso, la no discriminación compite contra un derecho de mayores alcances en una sociedad democrática.”¹⁷⁰

Efectivamente, en el ámbito privado, por el principio de autonomía de la voluntad y la libertad de expresión, no se puede suprimir el derecho que tienen las personas a manifestar su posición, ni a escuchar a otro expresar la suya, no se cuestiona que tanto el ponente, como la organización del evento tienen la facultad de realizar el congreso y exponer los temas que tengan a bien.

Sin embargo, ese no es el tema en discusión, lo que ahí se discutía era que el Poder Ejecutivo, mediante un decreto emitido por el Ministerio de Salud, declaró de interés público el congreso, eso pasa a ser un tema de Derecho Público, no Privado, y se demuestra que el Poder Ejecutivo está validando y promocionando un discurso de odio en contra de las

¹⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Amparo”: voto 3090-13; 6 de marzo de 2013, 16:10 horas. Expediente 13-001911-0007-CO

personas homosexuales, lo cual violenta a todas luces el principio de igualdad y no discriminación.

En otro orden de ideas, el señor magistrado, también alega el siguiente argumento para declararlo sin lugar:

La razón es clara, el tema exige una amplitud de criterio que resulta compatible con el ejercicio de la libertad de expresión, no se pueden fijar límites ni condiciones para cuartar manifestación alguna. Exigir lo contrario, obligaría al Poder Ejecutivo adoptar una posición absurda e incluso imposible de cumplir si se le impone la carga de revisar contenidos académicos y científicos, así como hurgar sobre las posturas de los potenciales expositores, antes de declarar cada actividad de interés público – una especie de censura previa-. En este sentido, en cuanto se denuncia una actuación discriminatoria debe hacerse un examen menos exigente; no basta estar en desacuerdo con una opinión para sentirse discriminado, bajo estas circunstancias casi cualquier opinión podría tocar fibras internas muy sensibles en grupos sociales, por ello los actos en que se alega “discriminación” debieron ser evidenciados más allá que un criterio a favor “de una determinada tesis”, porque siempre existirá otra en contra.¹⁷¹

Lo que Fernando Castillo estima como absurdo, más bien debería verse como un deber ser, declarar un evento de interés público reviste toda una importancia moral, pues se le está dando seguimiento, promoción, y apoyo a la actividad. Más bien, antes de declarar un evento de interés público lo correcto es examinar a fondo, si ese evento realmente reviste un importancia tal, que deba ser difundido a nivel nacional, justamente el acto del escrutinio, revisión, y calificación de los eventos, es algo que se debe hacer previo a una declaración de interés público, haciendo una analogía válida, que el gobierno declare un evento de interés público, sin previamente examinarlo, es equivalente a que una persona firme un contrato sin leerlo antes, y después se victimice y alegue que no sabía lo que estaba firmando.

Por lo tanto, resulta improcedente pensar que el gobierno no debe revisar los eventos previos a esa declaración, no es el hecho de que los prohíban, porque cada uno tiene la

¹⁷¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: voto 3090-13*; 6 de marzo de 2013, 16:10 horas. Expediente 13-001911-0007-CO

libertad de emitir sus opiniones, pero considerarlo de interés público es improcedente porque se trata de un discurso de odio en contra de una población del país.

Tal como se realizó en el capítulo II, las sentencias 12703-2014, y la 6058-2015, se analizará de manera conjunta, pues en esencia tienen el mismo contenido, y aunado a eso, tienen el mismo voto salvado por parte de Fernando Castillo. Grosso modo, ambos casos eran recursos de amparo contra el Colegio de Abogados y Abogadas, y el Colegio de Médicos y Cirujanos, respectivamente, por la negatoria de otorgar un carné de acceso a las instalaciones a la pareja homosexual de uno de sus colegiados.

En ambos casos, el voto de mayoría fue declarado con lugar y se les ordenó la expedición del respectivo carné. Como se mencionó, Fernando Castillo realiza un voto salvado idéntico en cada resolución.

En primer término, el magistrado hace un interesante análisis sobre la vinculatoriedad de las jurisprudencias de la Corte IDH donde Costa Rica no es parte, debido a que en el voto de mayoría utiliza los criterios de control de convencionalidad en razón de la aplicación del caso Atala Riffo y niñas vs Chile.

La principal conclusión a la que llega Fernando Castillo es que:

Al respecto, el numeral 68 de la CADH establece que los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la CIDH en todo caso en que sean partes. No dice la norma, por ningún lado, que los Estados partes se obligan a acatar su jurisprudencia, por lo que sus tribunales no estarían en el deber tampoco de seguirla.¹⁷²

Es cierto que el artículo 68 de la CADH no dice que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para los Estados que no son parte del proceso. Sin embargo, como se mencionó en el capítulo anterior, y en otras partes de esta investigación, por temas de control de convencionalidad difuso, se debe ver el Derecho como un todo, un conjunto de normas que conviven entre sí, y para eso debe existir una jerarquía, siendo que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que contemplan derechos mejores que la constitución, están por

¹⁷² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de amparo: voto 12703-2014*, 01 de agosto del 2014 11:51horas, expediente 13-008162-0007-CO.

encima de ella. Esto según la interpretación del artículo 48 constitucional, en concordancia con el voto 2313-95 de la Sala Constitucional. Las resoluciones de la Corte IDH, sean jurisprudencia u opiniones consultivas son vinculantes para el país.

Otro aspecto que vale la pena recalcar de este voto salvado, es que el magistrado realiza una transcripción exacta del mismo voto salvado que redactó en la resolución 13800-2011, respecto a que las relaciones sexuales de tipo homosexual no pueden generar procreación como lo hacen los heterosexuales. Nuevamente se cuestiona el hecho de que el tema de discusión no tenía relación alguna con la procreación.

Lo que aquí se discutía era que se le debía otorgar un carné para entrar en las instalaciones de los colegios recurridos a la pareja homosexual del agremiado. No se encuentra realmente una explicación lógica para relacionar eso con las relaciones sexuales y la procreación. Al igual que en todos los votos salvados analizados, en este caso, Fernando Castillo considera que no existe quebranto al principio de igualdad y no discriminación y que es correcto darles un trato diferenciador a las parejas del mismo sexo, respecto a las heterosexuales:

En el primer supuesto, la diferencia de trato supone que esté basada en objetivos constitucionalmente legítimos, lo que conlleva tres consecuencias en la finalidad perseguida. En primer lugar, las leyes no pueden perseguir fines que contradigan el Derecho de la Constitución o las normas que se encuentran en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. En segundo término, cuando se persiguen fines no tutelados constitucionalmente, pero que no contradicen sus valores y principios, la diferenciación de trato debe ser estrictamente vigilada en relación con los supuestos de hecho que la justifican y la finalidad que persigue. Por último, cuando se persigue un fin constitucionalmente tutelado la diferenciación de trato será válida siempre y cuando respete los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y sea necesaria.¹⁷³

¹⁷³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de amparo: voto 12703-2014*, 01 de agosto del 2014 11:51horas, expediente 13-008162-0007-CO.

Al igual que lo hizo el magistrado, se dividirá en tres secciones el análisis de la cita anterior. En primer lugar, efectivamente las leyes o cualquier norma, no pueden perseguir fines diferentes a los establecidos en la Constitución Política ni en el Derecho Internacional. Referente a la Carta Magna, no existe ninguna norma que prohíba la homosexualidad, o acto homosexual alguno, aquí ni siquiera se discute el matrimonio, y por si fuera poco los artículos de matrimonio constitucionales tampoco hablan de que sea exclusivo para los heterosexuales, más bien, se encuentra en el artículo 33 el principio de igualdad.

Por otra parte, en la CADH más bien se prohíbe la discriminación por orientación sexual, entonces carece de lógica decir que está bien dar un trato desigual amparado en la Constitución y en la CADH, cuando no existe norma discriminatoria. No hay que discriminar donde la ley no discrimina.

El segundo punto, se refiere a los valores y principios de la Constitución Política, como se dijo en el párrafo anterior, no existe norma alguna que prohíba la homosexualidad, o que faculte un trato desigual a esta población. Al hacer referencia a los valores constitucionales se debe hacer una interpretación auténtica, es decir, que los constituyentes de 1949 expliquen qué fue lo que quisieron regular. No tiene autoridad suficiente el magistrado para realizar esa interpretación.

Se reitera, que no existe un fin constitucionalmente válido para discriminar a las personas homosexuales. Además, no se ampara un criterio de razonabilidad, proporcionalidad, ni necesidad, pues el hecho de que una persona homosexual no reciba un carné para entrar a unas instalaciones, basado en el derecho de su pareja del mismo sexo a acceder, no es razonable, proporcional, ni necesario, pues amparado en el derecho de igualdad y no discriminación, comparten los mismos derechos que cualquier pareja heterosexual.

Por último, el voto 12782-2018 constitucional, que es la resolución principal de esta investigación. Como se sabe, esta sentencia facultó el matrimonio igualitario en el país. Como era de esperarse, Fernando Castillo Viquez hace un voto salvado oponiéndose rotundamente a la aplicación de este instituto para las parejas homosexuales. En primer lugar, el magistrado manifestó:

*Según el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer. Es decir, nuestro constituyente originario optó por conceptualizarlo como una unión **heterosexual monogámica**. Así se desprende tanto del texto constitucional como de la jurisprudencia constitucional.¹⁷⁴ (La negrita es parte del original).*

Sobre este punto ya se había hecho una referencia, se considera que en ninguna parte del texto de la Constitución Política dice que el matrimonio es únicamente heterosexual, ya que el numeral 52 que lo regula no establece la exclusividad de este tipo de parejas. Por otro lado, efectivamente en jurisprudencia constitucional a lo largo de los años se negó esta opción, sin embargo, el Derecho es cambiante, y la jurisprudencia es la interpretación normativa que obedece al cambio del tiempo.

Infinidad de instrumentos jurídicos se han cambiado con jurisprudencia, incluso sin cambiar la norma, el deber de los magistrados es interpretar, según la necesidad de la época, por eso existen las líneas jurisprudenciales, y estas pueden evolucionar, retroceder o mantenerse lineales.

En otra línea de ideas, el magistrado considera que la Sala Constitucional está tomando atribuciones para las cuales carece de competencia, y que por eso está incumpliendo la labor que le fue encargada en un inicio, mutándose a una especie de constituyente. Asegura lo siguiente:

No tengo la menor duda que la Sala Constitucional asume una competencia que corresponde al poder constituyente con esta sentencia, toda vez que la concepción de matrimonio que se encuentra en la Carta Fundamental vincula a este Tribunal y solo puede ser modificada a través de los mecanismos de reforma a la Carta Fundamental.¹⁷⁵

Esta es una postura que se ha reiterado incansablemente en esta tesis, pero siempre es importante dejarla clara. La Constitución Política no establece que el matrimonio sea

¹⁷⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas, expediente 15-013971-0007-CO. Voto salvado.

¹⁷⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas”, expediente 15-013971-0007-CO. Voto salvado.

exclusivamente heterosexual, por lo que la Sala Constitucional no estaba obligada a mantener esa postura, lo único que hizo fue declarar la incompatibilidad del artículo 14, inciso 6 del Código de Familia con el Derecho de la Constitución.

Si el texto no especifica que debe ser solamente heterosexual, y por otra parte, el artículo 33 habla sobre la igualdad, entonces, la conclusión a la que se llega no resulta incoherente, ni arbitraria.

En este voto salvado, también se cuestiona la capacidad interpretadora de la Corte IDH sobre la CADH, pues afirma el magistrado, que la Corte está cambiando su capacidad y al igual que la Sala Constitucional, está tomando atribuciones que no le son propias:

Mi conclusión es que la CIDH mutó su función, dejó la condición de intérprete último y supremo –no el único, pues cada Estado puede tener su propia interpretación de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos-, y asumió una de naturaleza normativa, en la que carece de toda competencia. Desde mi perspectiva, la CIDH dejó de lado una norma Derecho Internacional consuetudinario que se encuentra consagrada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la que impone al intérprete el deber de que el tratado debe ser interpretado de buena fe, conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin.¹⁷⁶

Para analizar este argumento de Castillo Víquez, es necesario traer a colación dos normativas internacionales, en primer lugar, el artículo 62.3 de la CADH, que reza lo siguiente:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o

¹⁷⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas, expediente 15-013971-0007-CO. Voto salvado.

*reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.*¹⁷⁷

Costa Rica reconoció la competencia de la Corte IDH desde hace muchos años, además, la propia convención establece que la Corte es la competente para interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención, no ha tomado una naturaleza normativa porque la literalidad de la norma no ha cambiado, solamente su interpretación se ha moldeado a la realidad actual, por eso no existe un traspaso de competencia.

Por otra parte, el artículo 31 de la Convención de Viena, establece lo siguiente: “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*”¹⁷⁸

La cita supra, establece la buena fe, contexto, objeto y fin de un tratado como parámetros para su interpretación. No es posible decir que un ente reconozca derechos a un grupo históricamente discriminado sea un acto de mala fe, el contexto actual ha cambiado a lo que se conocía hace décadas. Ahora se reconocen derechos a personas homosexuales que antes no.

Por último, el objeto y fin de la Convención es la protección de los Derechos Humanos a todos los ciudadanos sin distinción alguna, por lo tanto, la interpretación que realiza la Corte IDH, no solo es correcta, sino que también es válida en razón de su competencia.

Como último argumento a analizar, Fernando Castillo reitera que las parejas homosexuales no se encuentran en la misma categoría que las heterosexuales, pero entra en una contradicción interesante, pues dice que no se le debe discriminar de forma implícita o explícita, pero por otra parte, establece que no se les puede otorgar un derecho que sí tienen

¹⁷⁷ Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre 1969”, consultado el 20 de mayo, 2020 https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

¹⁷⁸ Organización de Naciones Unidas, *Convención de Viena*, 27 de enero 1980. Consultado el 3 de septiembre, 2020. https://www.oas.org/xxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf

las parejas heterosexuales, por no ser iguales, haciendo una diferenciación que ha quedado desfasada con las corrientes modernas de Derechos Humanos:

Ahora bien, lo anterior no significa, de ninguna manera, que a quienes tienen esa preferencia sexual –homosexualidad- se les pueda dar un trato que afecte su dignidad humana. Por consiguiente, acciones de discriminación abiertas, expresas o implícitas, no pueden tener ningún tipo de justificación en una sociedad democrática respetuosa de los derechos fundamentales, sea en el trabajo, en los centros de estudios, en los lugares públicos, mediante actos de burla, de desprecio, etc.; este tipo de acciones deben erradicarse de la vida social. Al igual que a todos, a las personas homosexuales se les debe de tratar con el más absoluto respeto, sin que ello implique que institutos que fueron diseñados para las personas heterosexuales se le deban extender a ellos, salvo que el Soberano –el cuerpo electoral- o los miembros del Parlamento, siguiendo los formas y los procedimientos que prevé el Derecho de la Constitución, acuerden realizar las transformaciones constitucionales y legales y, en el caso de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, los Estados parte, mediante los mecanismos que prevé el Derecho Internacional Público, acuerden sus modificaciones.¹⁷⁹

El hecho de negarles un instrumento que sí le es aplicable a las parejas heterosexuales como lo es el matrimonio, no es ni siquiera una discriminación implícita, más bien, es a todas luces una discriminación explícita, pues todo el sistema jurídico de un Estado le está diciendo a las parejas homosexuales que no se encuentran en el mismo nivel que las parejas heterosexuales, tratándolos como ciudadanos de segunda categoría, sin importarles las necesidades derivadas de sus relaciones sentimentales.

No existe lógica alguna que justifique una diferencia de trato respecto a estos dos grupos, en ambos casos son seres humanos que desean acceder a un instituto jurídico para formalizar la unión de su amor.

¹⁷⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas, expediente 15-013971-0007-CO. Voto salvado.

No existe diferencia más que la biológica, y en temas de Derechos Humanos, esa diferencia realmente no importa. Como la historia lo demostró, no era necesario reformar ningún artículo de la Constitución Política, ni siquiera era necesario modificar el Código de Familia (se hace únicamente por seguridad jurídica), pues con control de convencionalidad difuso, y jerarquía normativa, era más que evidente la validez del matrimonio igualitario en el país.

En conclusión, se logra demostrar que los votos salvados de Fernando Castillo Viquez, magistrado presidente de la Sala Constitucional, referente a derechos reconocidos a la comunidad LGBTIQ, contienen elementos extra jurídicos en su razonamiento, y parece un actuar antojadizo por parte del magistrado, al negarse exhaustivamente a reconocer derechos que le corresponden a esta comunidad, por el simple hecho de ser humanos.

Todos los argumentos que expone Castillo Viquez son perfectamente refutables y carecen de objetividad, por lo tanto, todos los elementos expuestos en este capítulo como factores externos que pueden condicionar las decisiones constitucionales, resultan de vital importancia para establecer un quebranto a la objetividad que debería procurar cualquier juez para resolver.

Sobre esto último, es importante mencionar que los votos salvados de Fernando Castillo, no solo violentan los derechos de personas de la comunidad LGBTIQ, sino que también atentan contra los propios tratados internacionales, pues el artículo 8.1 de la CADH establece:

*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e **imparcial**, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*¹⁸⁰(la negrita no es parte del original).

¹⁸⁰ Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre 1969”, consultado el 20 de mayo, 2020 https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Por otra parte, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que:

*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e **imparcial**, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*¹⁸¹ (La negrita no es parte del original).

Referente a esta última norma, se ha externado, con el paso del tiempo, su aplicación a cualquier materia; en ambos casos, resulta importante resaltar una palabra, y esa es “imparcial”. Pues todas las personas tienen derecho a una resolución objetiva, y fuera de cualquier subjetividad, el actuar reiterativo del magistrado Castillo, en perjuicio de los derechos de la comunidad LGBTIQ, roza con el principio de imparcialidad judicial, y convierte cualquier resolución de este magistrado en temas referentes a la comunidad dicha, en un atentado contra de sus derechos subjetivos.

Aunado a lo anterior, en la circular 190-2017 del Consejo Superior del Poder Judicial, establecen parámetros de imparcialidad aplicables a todos los jueces de la República, en la cual se establece lo siguiente.

*a. El principio de imparcialidad se encuentra regulado en normativa internacional de derechos humanos que sirve de guía al ordenamiento jurídico interno, constituyéndose en una garantía a la ciudadanía. La infracción del deber de imparcialidad se concreta al existir algún acto o actuación de la persona servidora judicial que desvirtúe, o al menos genere dudas razonables de su objetividad para juzgar los hechos sometidos a su conocimiento.*¹⁸²

Fernando Castillo Víquez ha sido magistrado de la Sala Constitucional desde el año 2009, hasta la fecha, periodo en el cual se ha sometido a conocimiento de la Sala diversos procesos referentes a derechos de la comunidad LGBTIQ. Como se vio en este apartado, en

¹⁸¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre, 1948. Consultado el 3 de septiembre, 2020. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

¹⁸² Consejo Superior del Poder Judicial, *Circular 190-2017*, 17 de octubre, 2017. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86007&nValor3=111412&strTipM=TC

todos y cada uno de ellos, emitió un voto salvado, mermando de esa manera el avance del reconocimiento de derechos a esta comunidad, utilizando argumentos extra jurídicos, lo cual crea dudas razonables sobre la imparcialidad del magistrado.

Sobre los argumentos extrajurídicos en resoluciones constitucionales, el sujeto experto Raymond Porter, considera lo siguiente:

...evidentemente las decisiones de un tribunal constitucional deben ser estrictamente jurídicas, es decir, el ámbito de interpretación, de ponderación respecto a los principios que entran en colisión en un asunto específico, están condicionadas al marco normativo dado. Si entendemos elementos extrajurídicos como creencias o la cosmovisión del juzgador, sin duda alguna, no deben sustentar un fallo jurisdiccional...¹⁸³

Por último, armonizando lo anterior con el Código Iberoamericano de Ética, que en su artículo 9 dispone *“La imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional”¹⁸⁴.*

De lo anterior se considera que un miembro de la comunidad LGBTIQ, que acuda a la Sala Constitucional para garantizar sus derechos, no encontrará imparcialidad a la sombra del actuar del magistrado Castillo Víquez, y esto genera a su vez, una discriminación sistematizada.

Por otra parte, el artículo 11 del mismo cuerpo normativo establece *“El juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así.”¹⁸⁵*

¹⁸³ Raymond Porter, correo electrónico recibido por los autores, 22 de octubre, 2020.

¹⁸⁴ Cumbre Judicial Iberoamericana, *Código Iberoamericano de Ética Judicial*, 2 de abril, 2014.
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_57.pdf

¹⁸⁵ Cumbre Judicial Iberoamericana, *Código Iberoamericano de Ética Judicial*, 2 de abril, 2014.
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_57.pdf

El sujeto experto Raymond Porter, considera lo siguiente:

Un juez constitucional no debería alegar motivos de excusa en razón de sus creencias, pues la función jurisdiccional exige que separe el plano personal (creencias religiosas o ideológicas) de la función jurisdiccional. El que las alegue pone en duda su idoneidad como juzgador... Está incumpliendo (el juez que anteponga sus creencias al Derecho) contra los tres pilares de la jurisdicción indicados (sujeción a la ley, objetividad/imparcialidad e independencia judicial).¹⁸⁶

Por todo lo expuesto en este apartado, cualquier observador razonable, podría ver que existe una decantada posición por parte de Castillo Víquez, en la negatoria de los derechos de la comunidad referida, por lo cual constituye una causal para su inhibición de estos casos.

f) Imprudencia del plazo de 18 meses para la entrada en vigor del matrimonio igualitario

Sin duda alguna, la resolución 12782-2018, pasará a la historia como una de las más polémicas en la historia de la Sala Constitucional. Realmente ningún sector de la población quedó satisfecho por diferentes factores, uno de los factores más llamativos es el otorgamiento del plazo de los 18 meses a la Asamblea Legislativa, para regular el matrimonio igualitario. Al vencerse ese plazo y no haber reformas, se aplicaría de inmediato la inconstitucionalidad de la norma, cosa que pasó el 26 de mayo del 2020.

Sin embargo, genera la siguiente duda ¿Era necesario la aplicación de un plazo de 18 meses para la entrada en vigencia del matrimonio igualitario? Para contestar esta pregunta, lo primero que hay que hacer es analizar la normativa vigente, en lo que se refiere a la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad, el artículo 88 de la ley de jurisdicción constitucional establece:

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuente de la norma o los actos impugnados, producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento. Esa eliminación regirá a partir

¹⁸⁶ Raymond Porter, correo electrónico recibido por los autores, 22 de octubre, 2020.

*de la primera vez que se publique el aviso a que se refiere el artículo 90, lo cual se hará constar en él.*¹⁸⁷

Justamente ese artículo 90 al que se hace referencia, indica que se debe publicar en el boletín judicial, dicha publicación de la sentencia 12782-2018, se hizo el 26 de noviembre del 2018. Es decir, según la normativa de la ley de jurisdicción constitucional, lo pertinente era que la anulación del artículo 14, inciso 6 del Código de Familia, entrara en vigencia desde esa fecha, y no año y medio después, entonces, se va generando un sinsabor, en el cual se denota el mal actuar de la Sala Constitucional en esa oportunidad.

Sobre el mencionado plazo, la resolución establece lo siguiente:

Una posición es asumida por los magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez, quienes estiman procedente establecer un plazo de 18 meses para efectuar tal adecuación –de acuerdo con la explicación contenida en su voto-; el segundo criterio proviene de los magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez, quienes se decantan por prescindir de tal plazo, según la aclaración que efectuaron oportunamente. También existe una posición de minoría en cuanto a los efectos jurídicos de la declaratoria de inconstitucionalidad, conformada por los magistrados Cruz Castro y Hernández López, quienes estiman que la consecuencia necesaria de tal declaratoria es la anulación inmediata del impedimento contenido en el inciso 6 artículo 14 del Código de Familia. Ahora bien, al ser este un criterio de minoría y ante la necesidad de establecer efectos jurídicos claros para el voto de mayoría, dichos magistrados valoran que, entre los dos criterios de mayoría supra citados, la posición de los magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez es la que contiene mayores garantías para los derechos humanos, toda vez que establece previsibilidad en cuanto al plazo

¹⁸⁷ Asamblea Legislativa, Ley N°7135: Ley de la Jurisdicción Constitucional, 11 de octubre, 1989, Sinalevi: art. 88. Consultado el 21 de mayo, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC

*fijado para la Asamblea Legislativa, lo que redundará en seguridad jurídica y mayor protección para las personas afectadas por la norma inconstitucional.*¹⁸⁸

De la anterior cita, se extrae que el motivo de los 18 meses, obedece únicamente a un criterio de conveniencia, pues los magistrados Cruz Castro y Hernández López, consideran que era de aplicación inmediata, y se adhirieron a la aceptación del plazo, con la finalidad de generar voto de mayoría.

Hay que recordar que el matrimonio igualitario en Costa Rica entra en vigencia, no por la aplicación del control de convencionalidad y jerarquía normativa, sino que entra por un criterio de presunta omisión legislativa, se extraña que en las notas apartes de los magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez, no aclaran el motivo del plazo invocado.

El argumento más sólido utilizado por la Sala Constitucional, para dictaminarse la competencia de otorgarle un plazo de vigencia a una norma declarada inconstitucional, es una errónea interpretación del artículo 91 de la ley de jurisdicción constitucional.

La Sala considera que esta norma en lo que se refiere al párrafo segundo:

*La sentencia constitucional de anulación **podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo**, y dictará las reglas necesarias para evitar que este produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.*¹⁸⁹ (El resaltado no es parte del original).

Se refiere a la posibilidad de dimensionar el plazo en el futuro, así lo hacen ver en la sentencia objeto de estudio:

A partir de tal normativa, la jurisprudencia constitucional ha valorado que el dimensionamiento también opera para el futuro, lo que resulta del todo congruente y necesario, toda vez que la ratio iuris de tal potestad radica en

¹⁸⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas, expediente 15-013971-0007-CO. Considerando párr. final.

¹⁸⁹ Asamblea Legislativa, *Ley N°7135: Ley de la Jurisdicción Constitucional*, 11 de octubre, 1989, Sinalevi: art. 91. Consultado el 21 de mayo, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC

*modular los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad, que evidentemente tienen la capacidad de afectar tanto hacia el pasado como en el presente y con posterioridad.*¹⁹⁰

Sin embargo, se considera que esta interpretación es incorrecta, debido a que la norma es clara al establecer que ese dimensionamiento de tiempo es en cuanto a los efectos retroactivos. Lo que la Sala puede hacer es dimensionar el tiempo de la retroactividad, no de la declaratoria de inconstitucionalidad.

La retroactividad de la norma jurídica, en términos generales, se refiere a extender los efectos de una norma jurídica a hechos previos a su otorgamiento, siempre y cuando le favorezca a la persona, es decir, siempre es hacia el pasado, esta posición la ha sustentado la Sala en otras oportunidades, a saber:

*En cambio, en los en casos de retroactividad de la ley se abandona esa situación usual de vigencia de las normas pues en la norma retroactiva toda su estructuración jurídica y su enlace con la realidad se mueve hacia atrás en el tiempo. De tal manera, en primer lugar se mueve hacia atrás en el tiempo el presupuesto de hecho ya que en él se describen situaciones y hechos específicos cuya surgimiento a la realidad se ha dado en un momento anterior al de entrada en vigor de la norma; pero también -en segundo lugar- se retrotraen igualmente las consecuencias jurídicas que la norma impone a tales hechos porque se pretende que ellas entren a valer y ser efectivas también desde una fecha o momento anterior al de la entrada en vigencia de la ley.*¹⁹¹

Entonces, en virtud de esa norma, lo que la Sala podía hacer era convalidar todas las solicitudes de matrimonio igualitario previas a la emisión de la sentencia, pero siempre a actos pasados y favorecedores. No aplica la retroactividad hacia futuro, a pesar de que esa es la interpretación que realiza la Sala, y su acatamiento es obligatorio, no se comparte dicha opinión.

¹⁹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2010*, 09 de julio, 2010, 12:08 horas”, expediente 09-008734-0007-CO. Considerando párr. único.

¹⁹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 11988-2018*, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas”, expediente 15-013971-0007-CO. Considerando párr. séptimo.

Respecto a la presunta omisión legislativa, esta se encuentra regulada en el inciso f) del artículo 73 de la ley de jurisdicción constitucional, básicamente lo único que dice es que es admisible la acción de inconstitucionalidad por la omisión de autoridades públicas. Sin embargo, no hace mayor explicación al respecto, ante este panorama es importante aclarar tres puntos básicos sobre este instituto y la resolución de la Sala Constitucional.

En primer lugar, la norma no dice que el órgano que comete la omisión debe restituirla, solo dice que es procedente la acción por ese hecho, si nos dirigimos a la naturaleza pura de la acción de inconstitucionalidad, es posible darse cuenta de que su finalidad es someter a la inteligencia de los magistrados, diferentes normas que deben ser comparadas con la constitución, y la interpretación de ella y, en caso de haber un roce, se debe expulsar esa norma. Entonces, al haber una presunta omisión legislativa, lo correcto es hacerlo notar y, de pleno derecho, llenar ese vacío.

En segundo punto, la norma tampoco indica un plazo, por lo tanto, otorgar uno resulta contrario al Derecho mismo. Como tercer y último ítem, se encuentra como improcedente el instituto de la omisión legislativa, no es que los diputados nunca hayan legislado sobre el matrimonio igualitario, sí lo hicieron, y el resultado es que se prohibió, en virtud del artículo 14, inciso 6) del Código de Familia.

El tema sí estaba regulado de cierta manera, por lo tanto, esta era una acción de inconstitucionalidad común y corriente en contra de una ley, y por ese motivo, al declararse la inconstitucionalidad, el plazo resulta completamente inoperante.

Esta tesis que se está manejando, es también compartida por la magistrada Hernández López, pues ella considera que es innecesario el plazo, y también que no existe omisión legislativa:

Como puede verse, este no es el caso de nuestro país, pues -se repite- no existe ninguna omisión que subsanar y nada parecido ha sido solicitado por las partes en este asunto. Al contrario, en este caso concreto se ha pedido la nulidad y desaparición de una prohibición específica impuesta en el ordenamiento, de modo que -una vez reconocido que tal prohibición es contraria a los derechos humanos- este Tribunal tiene plena competencia para eliminarla del

*ordenamiento, con sus consecuencias favorables al ejercicio más inmediato posible de derechos fundamentales.*¹⁹²

Entonces, tal omisión es improcedente, por ende, lo correcto era decretar la inconstitucionalidad de pleno, y no otorgar ningún plazo. Debió haber empezado a regir el matrimonio igualitario, desde el 26 de noviembre del 2018, fecha en la cual la sentencia salió publicada en el boletín judicial. Idéntico pensamiento del vertido en este apartado tiene el magistrado Cruz Castro, al estimar lo siguiente:

*Así entonces, en cuanto al plazo que se otorga a la Asamblea Legislativa, al igual que lo expresa la Magistrada Hernández López, considero que el reconocimiento de la igualdad de trato frente a la ley de las parejas del mismo sexo debe tener efectos inmediatos. Empero, estimo, por otra parte, que la Sala Constitucional sí tiene competencia para fijarle un plazo a la Asamblea Legislativa, aunque en este caso, tal determinación, resulta innecesaria, por las razones expuestas supra. Como principio, estimo que una vez reconocido que una prohibición es contraria a los derechos humanos y al Derecho de la Constitución, procede de inmediato la nulidad y desaparición de dicha prohibición de nuestro ordenamiento jurídico.*¹⁹³

La misma línea de pensamiento perseguidas por los magistrados Hernández López y Cruz Castro, la mantiene el sujeto experto Raymond Porter. Considera que, en el caso concreto del matrimonio igualitario, por tratarse de un Derecho Humano, aplazar la entrada en vigencia del mismo es improcedente, por ello estima que:

En materia de derechos humanos no es de recibo mantener una situación discriminatoria prolongada en el tiempo a manera de transitorio, como se hizo en el presente caso. Usualmente, sobre la base de la doctrina de autocontención y el Principio de Deferencia al Legislador es posible otorgar plazos para evitar

¹⁹² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2018, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas*”, expediente 15-013971-0007-CO. Razones diferentes.

¹⁹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 12782-2018, 08 de agosto, 2018, 17:45 horas*”, expediente 15-013971-0007-CO. Razones diferentes.

*roces entre poderes y funciones constitucionalmente asignadas, como se hizo por ejemplo con el plazo para que la Asamblea Legislativa regulase un procedimiento disciplinario, de diputados. Pero el caso de marras implica mantener en el tiempo un estado de vulneración de derechos fundamentales y derechos humanos que resulta inaceptable, al existir un remedio inmediato para ello.*¹⁹⁴

Existe otra postura, vertida tanto por algunos magistrados de la Sala Constitucional, como por funcionarios ajenos a ella. Esa es que el plazo era necesario, no para regular el acto constitutivo del matrimonio igualitario, sino aquellas normas derivadas de él. Dentro del universo de normas existen clasificaciones. Las que interesan en el caso particular son las prohibitivas y las operativas.

Las primeras son aquellas que tienen como fin último denegar una acción o derecho a la población (como ejemplo de ello, el ahora inconstitucional inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia). Por otra parte, las normas operativas, son aquellas que regulan los alcances de lo que sí está permitido.

A modo de ejemplo sobre esta última clasificación, se encuentra todas las normas derivadas de la unión matrimonial, y los diferentes derechos y deberes que los cónyuges tienen en la vida marital. El que parece ser el principal problema, en este caso, solo para citar uno, es el orden de los apellidos de los hijos. Con las regulaciones actuales va primero el apellido paterno y luego el materno, pero en los matrimonios homosexuales ambos son paternos o maternos. Actualmente, el Registro Civil emitió un reglamento que regula estos supuestos.

Ante esta inquietud, basta con entender los alcances de la jerarquía normativa. Según el voto 2313-95 de la Sala Constitucional, el órgano que interpreta una norma, adquiere el rango de la norma interpretada. Por eso, la resolución 12782-2018, tiene un rango constitucional, y ninguna norma de menor rango puede contradecir los alcances de ella.

Entonces, las disposiciones del Código Civil y el Código de Familia relativas a los apellidos de los hijos, exclusivamente en los casos de relaciones homoparentales, deben

¹⁹⁴ Raymond Porter, correo electrónico recibido por los autores, 22 de octubre, 2020.

desaplicarse. Por lo tanto, el reglamento emitido por el Registro Civil en torno al tema, es de aplicación, por ser concordantes con el criterio de la Sala Constitucional y de la Constitución.

No importa que existan dos leyes que contradigan las disposiciones del reglamento, ya que estas no son aplicables a los casos en concreto por un tema de jerarquía normativa. Por supuesto, una reforma legal sería importante para temas de seguridad jurídica, pero no para eficacia, así que no existe mayor problema.

En conclusión, existen dos demarcadas posturas sobre este tema, sin embargo, a criterio de esta investigación, es improcedente el plazo de los 18 meses otorgados por la Sala Constitucional a la Asamblea Legislativa. Se encontró tanto en esta sentencia, como en los votos salvados, elementos extrajurídicos que comprometen la labor de dicha Sala.

Finalmente, resolvieron un tema que por control de convencionalidad y jerarquía normativa ya estaba resuelto, y lo hicieron de manera deficiente y contraria a Derecho.

Capítulo V: Derecho Humano quebrantado en el caso del matrimonio igualitario

Sobre la relevancia de este capítulo, es necesario abismar la relación inmediata que tiene el tema base ejemplar de esta investigación, que es el matrimonio igualitario, con los derechos humanos, y es que es necesario evidenciar las consecuencias de la hipótesis que, en caso de ser correcta, surge la siguiente discusión ¿Se violentó un derecho humano a causa de la inaplicación del control de constitucionalidad, convencionalidad y por la inobservancia de la jerarquía normativa?

Esta es la pregunta que se busca responder en este capítulo, por ello, se abordará dos posibilidades. En primer lugar, la posibilidad de que el matrimonio sea un derecho humano y, en segundo ámbito, se desarrollará la posibilidad de un derecho a la igualdad y no discriminación transgredido.

a) Matrimonio como derecho humano

a.1) Concepto de matrimonio, sus alcances e interpretaciones

El matrimonio se define de forma simple como la posibilidad de establecer un vínculo conyugal entre personas. Por otra parte, el matrimonio igualitario se define como esa posibilidad de establecer ese mencionado vínculo conyugal entre personas, de forma que no se haga la diferenciación que debe ser entre personas de distinto sexo, como es común en muchas legislaciones, y como se aprecia hasta el mes de mayo en el Código de Familia costarricense.

Para establecer un concepto más detallado y apegado a la posición expuesta, se presenta la siguiente cita definiendo matrimonio legítimo: “*El contraído conforme a las leyes o los cánones, por personas plenamente capaces, y con todas las formalidades de cada caso. El contraído con arreglo a la legislación del país en que se celebre*”.¹⁹⁵

A pesar de los avances conceptuales que se han dado, se sigue conservando una inclinación mayoritaria hacia la definición tradicional, apoyando la idea de unión entre hombre y mujer, es así como retoma Cabanellas la definición de Ahrens: “*la unión formada*

¹⁹⁵Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires, Argentina, Heliasta, 2006), 238.

*por dos personas de distinto sexo, a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia”.*¹⁹⁶

Este choque de posiciones conceptuales, acarrea no solo la distinción de un concepto, sino la discriminación o no, de ciertos grupos sociales. Contienen, además, la eterna discusión jurídica de los operadores del derecho y, además, de los magistrados de la Sala Constitucional, que como se observó en el capítulo segundo de este proyecto de investigación, fundamentan su rechazo hacia la eliminación de la prohibición de casarse para las parejas del mismo sexo, a partir de definiciones antiguas, tanto de matrimonio como de familia. De aquí la relevancia del concepto planteado, sus variantes y, en ellos, la determinación de sus alcances.

Seguidamente, se realizará un breve abordaje de la historia del matrimonio homosexual en Costa Rica. Es imposible abordar este tema, sin mencionar la historia de la homosexualidad.

Es prudente comenzar en la línea temporal de los años 70, con un artículo en el periódico “La Nación” con el siguiente título “*Hacia la formación integral del joven delincuente*”, en esta publicación, se hace referencia a la homosexualidad como una enfermedad, en la cual caía la juventud por situaciones de pobreza, que los hacía vender su cuerpo. Es decir, en los años setenta la persona homosexual era no solo discriminada por sus intereses sexuales, eran encerrados por sus propias familias en hospitales psiquiátricos, pues se consideraba una “situación patológica”.

También era penalizada su orientación sexual, disposición que no cambió hasta el año 1971. No se estaba dando derecho alguno, simplemente se permitió que las personas homosexuales llevaran a gusto su vida íntima, sin que fueran por ello castigados por la ley. Se resalta la siguiente cita:

Para Vargas Ruiz (2001) "en las décadas de los sesentas y los setentas, los valores y prejuicios imperantes inhibían el auto reconocimiento, al menos socialmente explícito, de la homosexualidad" (p.13). En otras palabras, en este

¹⁹⁶ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires, Argentina, Heliasta, 2006), 238.

*contexto no era ni política ni socialmente ventajoso el asumir públicamente una identidad sexual diferente a la norma, no había organizaciones en las cuales se pudiera buscar apoyo, no había ninguna agenda política a la que se pudieran adscribir, la influencia de otros países en torno a la diversidad sexual no era lo suficientemente fuerte para traspasar la capa dura de conservadurismo, ignorancia y discriminación imperante.*¹⁹⁷.

En esta cita se manifiesta también, que para las personas homosexuales era necesario sobrevivir escondiéndose, pues su conducta era mal vista en todo sentido, eran discriminados. A pesar de que en otros países se empezaba a avanzar en el tema, Costa Rica se mantenía demasiado conservadora para proteger sus derechos.

En nuestro país surge la discusión sobre el matrimonio igualitario en los años 80, a partir de una preocupación colectiva por la enfermedad del VIH, donde surgen luchas por los derechos de las personas que se identificaban con una sexualidad diferente de la del común denominador. Y es que el VIH/SIDA representó una razón más para el rechazo social, al punto de que no era necesario ser diagnosticado positivo para recibir este estigma.

Con el solo hecho de ser homosexual era suficiente para considerarlos portadores, situación que como se puede apreciar en el voto 17301-2008 analizado en el capítulo II de esta investigación, no cambió demasiado, pues en este voto se concuerda al decir que las personas de prácticas homosexuales son potencialmente portadores de VIH.

Sobre este abordaje señala Jiménez Bolaños:

...hasta el año 2001, cuando las coyunturas políticas vinculadas con las elecciones presidenciales hicieron evidente el hecho de que el tema de la diversidad sexual era ineludible, y ejemplo de eso es el primer debate

¹⁹⁷ José Daniel Jiménez Bolaños, La criminalización de la diversidad sexual y el inicio del activismo gay en Costa Rica, 1985-1989. *Revista Scielo*, No 1, vol. 6; ISSN 2215-2989 (2016): 60-89, consultado 28 de mayo de 2020, https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2215-24662016000100060

*presidencial realizado por grupos civiles organizados alrededor de dicha temática, el cual obliga a los candidatos a asumir una posición.*¹⁹⁸

Por supuesto, la acción de inconstitucionalidad abordada en el capítulo II con número de voto 7262- 2006, fue también importante en la historia de la lucha para legalizar la unión en matrimonio de las parejas del mismo sexo, y por adquirir una verdadera igualdad. Pues en vista del criterio negativo de la Sala hacia la declaración de inconstitucionalidad del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, se propone proyectos para legislar en relación con el tema.

Ahora bien ¿Cuál es la relación directa entre el tema del matrimonio igualitario y el derecho a la igualdad para que estos conceptos nos lleven a una relación investigable a lo largo de este capítulo? La respuesta se puede ubicar en los objetivos de la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. En ellos, se busca la disminución de la discriminación, en cuanto a los beneficios que se obtendrían, como impuestos, sucesiones, seguro médico y estatus migratorio.

Por supuesto, también se busca la posibilidad indiscriminada de establecer una unión civilmente consagrada ante la sociedad. Es en este punto donde se logra empezar a observar las diferentes perspectivas hacia el presente tema, además de abismar un portillo para los distintos alcances.

La importancia del establecimiento de conceptos contrapuestos como los indicados, es que a partir de estos es posible extenderlos para así determinar sus alcances, de allí sus interpretaciones y sus respectivos argumentos a favor y en contra del matrimonio igualitario.

Los argumentos utilizados, según Jiménez Bolaños, fueron de origen natural, al respecto, se abordará la posición a favor y en contra. Por un lado, se defiende que la homosexualidad es algo innato; por otro lado, se establece la naturalidad de la pareja heterosexual, por supuesto, añadiendo la procreación como su axioma.

¹⁹⁸ José Jiménez Bolaños, Matrimonio Igualitario en Costa Rica: Los Orígenes del Debate 1994-2006, *Revista Ciencias Sociales* 155; ISSN: 0482-5276 (2017): 157-172, consultado 28 de mayo de 2020, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/sociales/article/view/30261>

Como es conocido, los argumentos¹⁹⁹ en contra del matrimonio igualitario son de origen religioso, en otras posturas, tienen un origen discriminatorio, pues se centra en la inferioridad de quienes se inclinan por la orientación sexual homosexual, en cuanto a su incapacidad para procrear. Por último, se sostiene la postura conservadora, que reclama por los fundamentos de la sociedad que se han mantenido por años.

Entre las perspectivas, se encuentra la que relata las transformaciones que sufre la figura, como se ha identificado durante años. Una figura religiosa, por ende, sagrada, con miras a su no disolución, entre hombre y mujer, con la figura de la familia estrictamente relacionada y en su visión más tradicional.

Con ella, el objetivo de la procreación; en evidente contraste con la figura que se busca establecer, el matrimonio civil que, si bien se entiende que este no conserva los matices religiosos, protege la figura tradicional de la familia, y se mantiene en el Código de Familia, con la exclusión a las parejas del mismo sexo.

a.2) ¿Es posible afirmar que el derecho al matrimonio es un derecho humano?

Sobre este punto es primordial estudiar las contrapuestas posiciones al respecto, en este sentido, es fundamental establecer las posiciones que han sustentado otros países sobre el tema, así mismo, la Corte IDH, ya sea a favor, o en contra de la afirmación del matrimonio como derecho humano.

La Corte Suprema del Estado de Chile ha manifestado lo siguiente:

Esta Corte Suprema ha sostenido antes la existencia de derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran expresamente declarados en el texto fundamental y, entre ellos, está el derecho a contraer matrimonio. Ello se deduce del texto del artículo 1º de la Constitución Política de la República y del

¹⁹⁹ José Jiménez Bolaños citando a Segura, G., Matrimonio Igualitario en Costa Rica: Los Orígenes del Debate 1994-2006, *Revista Ciencias Sociales* 155; ISSN: 0482-5276 (2017): 157-172, consultado 28 de mayo de 2020, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/sociales/article/view/30261>

*reconocimiento expreso de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17.*²⁰⁰

Es constatable, entonces, que para el país chileno, el derecho al matrimonio es un derecho humano y fundamental. Estima la Corte chilena que la posibilidad de contraer matrimonio es un derecho que emana de la naturaleza humana y, por esa razón, no debe someterse a exigencias previas.

En esta misma línea, la Declaración Universal de los Derechos Humanos resalta en su artículo 16, lo siguiente:

*1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*²⁰¹

Es inminente determinar como una de las interpretaciones, que al consagrarse formalmente, el derecho al matrimonio en este instrumento internacional, documento que es por excelencia el consignador de los derechos humanos, se encuentra el derecho al matrimonio explícito como derecho humano, si bien en el artículo citado no se establece expresamente el motivo de discriminación en razón del sexo, no hace diferenciación con quizá una definición explícita como “la unión de un hombre y una mujer”, sino que simplemente establece que hombres y mujeres tienen derecho al matrimonio sin restricciones.

También, se contempla una interpretación de este artículo por parte de la COPREDEH, donde se indica que el concepto de matrimonio y familia han cambiado a lo largo de los años, y que es sobreentendido que este derecho al matrimonio no es solo para las

²⁰⁰ Corte Suprema de Chile, Santiago, veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho. Consultado el 28 de mayo de 2020, <https://www.pjud.cl/documents/396543/0/MATRIMONIO+CHILENO+Y+DOMINICANA+SUPREMA.pdf/a85d3beb-86d2-4ccd-b9dd-c4db9b9dbda7>

²⁰¹ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Resolución 217 Declaración Universal de los Derechos Humanos* 1948, consultado 29 de mayo, 2020, <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>

parejas de distinto sexo, sino que no debe hacerse diferenciación y se contempla, por ende, a la diversidad sexual, esta interpretación se evidencia en la siguiente cita:

*El concepto de matrimonio y familia ha cambiado profundamente desde que este artículo se consagró en la DUDH, como lo reconoce el Comité de Derechos Humanos en la Observación General citada. Entonces el matrimonio solo podía celebrarse entre personas de sexo diferente pero **ahora se acepta que esta institución exista entre personas del mismo sexo**. Entonces la familia nuclear era el modelo a seguir, mientras en la actualidad el número de hogares monoparentales a cuyo frente está una madre soltera cada vez va en aumento y aún hay matrimonios que deciden no tener hijos, cuando la institución se creó para regular jurídicamente la reproducción de la especie, el parentesco y la herencia.*²⁰²(El resaltado no pertenece al original).

Seguidamente, se analizará el artículo en el cual se basó la Corte chilena para determinar el matrimonio como derecho humano: es el 17.2 de la CADH, sobre la protección que debe dársele a la familia. Como es conocido, la Corte IDH en reiteradas ocasiones ha mencionado que se debe efectuar una interpretación progresiva de los conceptos de familia y matrimonio, en concordancia con el artículo 1.1 del mismo cuerpo normativo, es decir, sin discriminación alguna por condición social, este criterio fue desarrollado en el capítulo segundo de este proyecto de investigación. El mencionado artículo reza lo siguiente:

*2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención*²⁰³.

²⁰² Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos, DECLARACIÓN UNIVERSAL Versión comentada, 2011, consultado 29 de mayo, 2020, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28141.pdf>

²⁰³ Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos* 22 de noviembre 1969", consultado el 29 de mayo, 2020, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Entre las interpretaciones que se le han dado a este artículo, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC 24-17 analizada en el capítulo segundo indica lo siguiente:

*Para esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana.*²⁰⁴

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recuerda también que las personas tienen derecho a contraer matrimonio, debido a su libre consentimiento. Es decir, se trata de una facultad de toda persona, no de una obligación y el Estado se obliga a garantizar el goce de ese derecho, protegiendo al mismo tiempo otro derecho humano que lo implica: el de la igualdad.

Ahora bien, se expondrá la posición negativa respecto a la calificación de derecho humano al matrimonio. En este sentido, se encuentran posiciones que manifiestan que el matrimonio es meramente una figura legal y no un derecho humano. En México se generó la discusión a raíz de una resolución del Tribunal de Estrasburgo, recordando que Europa se ha caracterizado por defender mejor los derechos humanos.

Sin embargo, Estrasburgo cuenta con esta posición negativa al respecto y se explica que en realidad no está reclinando en referencia al matrimonio igualitario, sino que indica que no es su competencia sustituir una institución nacional de visión social definida, empero, en México sí se ha defendido en matrimonio igualitario, en razón del derecho a la igualdad.²⁰⁵

Adentrándose en la posición costarricense, se encuentra la posición del magistrado Fernando Cruz, pues también considera que no se trata de un derecho humano, sustenta que lo que el Estado no puede impedir es que las personas constituyan relaciones afectivas de

²⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva Oc-24/17* de 24 de noviembre de 2017", consideraciones generales, párr. 182, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

²⁰⁵ Amílcar Salazar Méndez, "Matrimonio gay no es un derecho humano, es una figura legal: especialistas" *La silla rota* (2016), consultado el 30 de mayo, 2020, <https://lasillarota.com/matrimonio-gay-no-es-un-derecho-humano-es-una-figura-legal-especialistas/116163>

acuerdo con su deseo y conveniencia, según el artículo 28 constitucional, que refiere a los actos que están fuera de la ley por los cuales no puede ser inquietada ninguna persona.²⁰⁶

Notoriamente, en contra de la posición del matrimonio como derecho humano, se manifiesta la sentencia notarial analizada en el capítulo segundo, en la cual se cita:

*...para a partir de ahí, basados en el principio de igualdad ante la ley, sostener con absoluto desprecio por la razón y con absoluto desprecio por el texto y el espíritu de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA, del orden jurídico patrio, el principio de unidad de la CONSTITUCIÓN, unidad ontológica diría yo, que el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, es un derecho humano. Lo cual es una falacia, como solo por medio de una falacia, puede la SALA arrogarse el poder CONSTITUYENTE, y apartándose del texto, del principio de unidad de la CONSTITUCIÓN, usurpa el PODER CONSTITUYENTE y realiza una "deconstrucción" del concepto de familia que los constituyentes de 1948 establecieron...*²⁰⁷ (El resaltado no pertenece al original).

Al respecto se observa una posición retrógrada para sostener por parte de este juzgador, que el derecho al matrimonio no es un derecho humano, pues conserva una concepción de familia y matrimonio de 1948, apegándose al criterio que el constituyente no pensaba en una unión de parejas de diferente sexo, cuando estableció el derecho. En este sentido, demuestra un total desapego al criterio de interpretación evolutiva de los derechos.

Sin embargo, existe una posibilidad más viable de plantear una negativa ante la visión del matrimonio como derecho humano, en este sentido, se retoma a la visión de Víctor Pérez Vargas y su planteamiento de los valores de la personalidad.

Víctor Pérez²⁰⁸ exponía que cuando se habla de libertad, integridad, imagen, honor, nombre, entre otros; en realidad, no se debe hablar de derechos de la personalidad, sino más bien de valores fundamentales de la persona. Decía este autor, que se trata de atributos de la

²⁰⁶ Karla Pérez González, "Magistrado Cruz: Estimo que el matrimonio no es un derecho humano fundamental", *elmundo.cr* (2018), consultado el 30 de mayo, 2020, <https://www.elmundo.cr/costa-rica/magistrado-cruz-estimo-que-el-matrimonio-no-es-un-derecho-humano-fundamental/>

²⁰⁷ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas, expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 6.2.

²⁰⁸ Víctor Pérez Vargas, *Derecho Privado* (San José, Costa Rica: LIL, S.A., 2013), 183-196.

personalidad para el desarrollo de la propia existencia. Sobre estos valores fundamentales, se indica que son limitados, pues tienen imposiciones y prohibiciones; si pensamos en esta perspectiva resulta totalmente cuestionable decir ¿Un derecho humano puede ser limitado?

Es conocido que, por razones lógicas como edad, relaciones de consanguinidad, estado civil, entre otras disposiciones que contempla el Código de Familia, el matrimonio es totalmente sujeto a prohibiciones.

Así mismo, contiene imposiciones referentes a los fines esenciales del matrimonio, está sujeto a formalidades, así también efectos desde su celebración, entre las que se incluye obligaciones para con el cónyuge contrayente, obligaciones de índole patrimonial y para con los hijos que surgieren de esa relación. Es tan limitado que, incluso, crea efectos en el futuro, previendo la disolución de la situación jurídica, ya sea por causal remedio, sanción o por muerte de alguno de los contrayentes.

En esta misma línea, al igual que lo plantea la normativa de familia nacional, lo hacen ver los instrumentos internacionales de derechos humanos que lo contemplan. Se trata de un acto que depende de la manifestación de la voluntad de los contrayentes; en este sentido, es posible visualizarlo como una manifestación del derecho humano a la libertad.

Continúa reforzando la idea que se ha desarrollado en los párrafos predecesores, la posición de Pérez Vargas, quien retoma la idea de la existencia de un inadecuado tratamiento de los llamados “derechos” de la personalidad. En realidad, no se trata de derechos, sino de valores que se materializan mediante situaciones jurídicas, que puede ser una imposición, un poder o una prohibición, tal como fue analizado, es el caso de la figura del matrimonio.

En este sentido, sería posible categorizar el matrimonio como una manifestación o proyección de la libertad individual o del valor fundamental de la personalidad que, es a su vez, una manifestación que hace valer o que contiene un derecho humano que es, en este caso, la libertad.

Como tal, sobre esta concepción que apoya la posibilidad de observar el matrimonio como manifestación/ proyección de la libertad individual, o del valor fundamental de la personalidad, no hay siempre una claridad al respecto, pues el sujeto experto Norberto Garay

Boza, a pesar de aceptar que el acceso al matrimonio debe ser producto de la libertad de los involucrados, manifiesta que también es una figura limitada por el control Estatal.

Sin embargo, el sujeto experto en derechos humanos, Norberto E. Garay Boza, tiene una posición que favorece la visión del matrimonio como figura legal, que en este apartado se defiende, al indicar que: “*El matrimonio, tal cual, lo considero una figura legal, por otra parte, la posibilidad de contraer matrimonio sin distinción es un derecho humano*”.²⁰⁹ En relación con esta afirmación, se desarrollará en el próximo apartado, el derecho a la igualdad como violentado, en el caso del matrimonio igualitario.

El sujeto experto fundamenta su posición y desglosa la forma en la que, de acuerdo con su formación y desde el punto de vista de los derechos humanos, deben comprenderse los artículos referentes al matrimonio de los principales instrumentos internacionales, entre ellos, el 16, incisos 1) y 2) de la DUDH, del cual explica que garantiza el libre acceso al matrimonio, sin posibilidad de hablar de restricciones basadas en la raza, nacionalidad o religión, también habla del libre consentimiento sobre el cual debe basarse el matrimonio:

*En este punto, el inicio del inciso 1) de dicho numeral, alude a hombres y mujeres, debiendo entenderse “personas”, por ende, **la figura del matrimonio debe, también, ser accesible con independencia del sexo e/o identidad de género.** Asimismo, como cuestión que puede o no coincidir con el matrimonio, este numeral **garantiza el derecho a fundar una familia, sin que indique las formas de hacerlo, extremo especialmente importante para el principio de progresividad, pues permitirá la protección de diversas formas de familias.***²¹⁰
(El resaltado no pertenece al original).

Sobre el artículo 17, incisos 2) y 3) de la CADH, manifiesta que es compatible con el artículo mencionado, respecto al consentimiento de los contrayentes, sin embargo, habla de la existencia de una doble vertiente, en especial, en el inciso 2), en este sentido, Garay indica lo siguiente:

²⁰⁹ Norberto E. Garay Boza, correo electrónico recibido por el autor, 11 de octubre, 2020.

²¹⁰ *Ibidem*.

...tutela el acceso al matrimonio sin discriminación, así como la garantía de fundar una familia. Si bien refiere a que tales garantías se realizarán en el marco de las “condiciones requeridas por las leyes internas”, inmediatamente alude a que ello será viable en el tanto no afecte la prohibición de discriminación con corolario convencional, por ende, a partir de la OC 24-17 -en el marco del SIDH, propio de la CADH- está claro que **si el derecho interno es contrario a la identidad de género como categoría convencionalmente protegida, el mismo no será óbice para garantizar el libre acceso al matrimonio o al derecho a fundar una familia, dando contenido a su vez, a lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.** (El resaltado no pertenece al original).

Al mismo tiempo, el artículo 23, incisos 2 y 3 del PIDCP, deriva de los artículos anteriores y garantizan, por ende, el derecho de toda persona a contraer matrimonio y fundar una familia. Entre lo indicado por el sujeto experto Garay Boza, se destaca como aspectos coincidentes de todas estas normativas, que todas incluyen el acceso al matrimonio sin discriminación, por lo que se incluye el matrimonio igualitario en este sentido.

Garay realiza un gran aporte al problematizar la interpretación a estos artículos, en cuanto al peso social y cultural que vienen a afectar el libre consentimiento de los contrayentes, aspecto que será abordado, también, como parte de una problemática llevada a la realidad de países más retrógrados.

En el capítulo del derecho comparado, se resalta lo siguiente:

... en sociedades atravesadas por concepciones patriarcales, el peso de la cultura puede incidir en mayor o menor medida sobre ese libre y pleno consentimiento, verbigracia, personas que no son cisgénero, pero por el peso mismo de la cultura, ven afectados sus consentimientos y terminan “accediendo” a un matrimonio heteronormativo.

Sobre la cita, destaca el sujeto experto, que el acceso a la figura del matrimonio no es suficiente para tutelar los derechos humanos que buscan proteger estos artículos. Son

necesarias políticas a mediano y largo plazos que promuevan la sensibilización social, para evitar que se vea afectado el consentimiento del cual habla estas normas.

Destaca el siguiente señalamiento del señor Boza: “*En este sentido, el principio de igualdad y no discriminación, debe complementarse con un enfoque del principio de igualdad como no sometimiento, dando un enfoque estructural a un problema cultural*”.

b. Derecho a la igualdad como derecho humano y fundamental

b.1) Concepto de derecho a la igualdad, sus alcances e interpretaciones.

En un primer punto, es necesario recordar el concepto de igualdad. En la doctrina se ha manejado un criterio bastante armonioso con los criterios jurisprudenciales, que ha tomado la Sala Constitucional y los organismos internacionales interpretadores en materia de derechos humanos. En este sentido, se destaca la siguiente concepción:

*La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja, como las mujeres o los grupos étnicos, puedan quedarse “aislados y sin voz”. Desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos en desventaja una igualdad de oportunidades. Todas estas dimensiones derivan del reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social, que requiere la igual dignidad social de todos los ciudadanos: hay que rechazar toda creación o aplicación del Derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase.*²¹¹

Como se constata en el capítulo segundo de esta investigación, la Corte IDH ha mantenido un mismo criterio sobre el concepto de igualdad, al indicar que este es considerado un derecho humano, por ser totalmente inherente a cada persona, e inseparable de la dignidad humana. Es por ello que, si existe un trato en el que se diferencie a una persona en relación con otra, disponiendo que existe un sector o una persona privilegiada, se está violentando el derecho humano a la igualdad.

²¹¹ Fernando Rey, “¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL?”, *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez* No. 45; (2011): 168, consultado el 30 de mayo, 2020, <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/529/619>

Sobre esta afirmación conceptual se resalta el siguiente extracto:

*La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.*²¹²

Respecto a esta cita, se recuerda que no se trata de un criterio generalizado, e interpretado de forma taxativa e indiscutible, pues la misma Corte IDH y la Corte Europea de Derechos Humanos han sostenido que no todo trato distintivo se concreta como una violación al derecho de la igualdad y no discriminación. Sino que se considera como tal, cuando no exista justificación razonable en esa distinción, y es por esto que la Corte IDH asegura lo siguiente:

*Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles.*²¹³

En este sentido, tal como se evidenció en el capítulo segundo respecto a la constatación de la línea jurisprudencial de la igualdad, la Sala Constitucional de Costa Rica ha seguido este criterio, al referirse a la igualdad en sentido material y real que mantiene en sus votos relevantes para este aspecto concreto en: 316-93, 7262-06, 17301-2008 y 6058-15.

La desarmonía se demarcaría en el criterio respecto de esa justificación objetiva y razonable dentro de la cual se vería de forma justa ese trato diferenciador, ya que, respecto

²¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-4/84* de 19 de enero de 1984, Opinión, párr. 55, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

²¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-4/84* de 19 de enero de 1984, Opinión, párr. 56, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

de los derechos a las personas homosexuales, entre ellos el matrimonio, la Corte IDH ha sido reiterativa respecto a su criterio de no discriminación sobre “otra condición social”, en la cual se contempla la discriminación en razón de la orientación sexual.

Sin embargo, nuestro país por muchos años contempló como justo, legítimo e igual este tipo de discriminación, como si se tratase de una discriminación proteccionista de algún fin superior.

A raíz de lo indicado sobre el concepto manejado a nivel general sobre igualdad, es deducible y defendido a nivel de la Corte IDH y a nivel constitucional que se trata de un criterio totalmente aplicable a cualquier situación, ya sea en razón de la orientación sexual, o de la autopercepción de cada persona, o así se trate de otra índole como raza, color, política, entre otros.

Es así como lo defiende el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el cual, como se ha abordado en capítulos anteriores, se le ha dado una connotación extensiva donde su interpretación se realiza al ritmo de la evolución social y, por ende, aplica de forma no taxativa, sino contemplando la diversidad de posibilidades de razones de discriminación que se puedan dar a lo largo de los años, violentando el principio y derecho humano a la igualdad.

b.2) ¿Cuál es el impacto en el derecho a la igualdad como derecho humano y fundamental debido a la resolución 12782-2018 y la inaplicación del control convencional?

Es necesario abordar este apartado, en razón de que si bien en Costa Rica, a partir del mes de mayo del 2020, fue una realidad el matrimonio igualitario, y se logra determinar gracias a la opinión consultiva OC 24-17 que, efectivamente, se da una violación al derecho a la igualdad. Así mismo, dispone una contrariedad a lo que indica la CADH en sus artículos 1.1, 2, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, todos en estricta relación o injerencia en el derecho abordado.

La Sala resuelve dando un plazo de 18 meses para que sea una realidad la derogación del artículo que prohíbe el matrimonio igualitario, al respecto, es posible razonar que la Sala fomenta y mantiene en la resolución 12782-2018 una desigualdad y un trato discriminatorio aceptado ya en el mismo voto, por 18 meses más.

Es, entonces, lo que le da relevancia a esta investigación, el evidenciar que en nuestro país no se aplica un adecuado control de convencionalidad y, por ende, de constitucionalidad, ya que tal y como se confrontó en el capítulo tercero, no es posible ejercer un control de constitucionalidad, sin realizar una interpretación de la Constitución, en apego a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y, en este sentido, reafirmando la inobservancia de la jerarquía normativa abordada en el primer capítulo.

En nuestro país era posible una mayor y mejor protección del derecho humano a la igualdad para las personas homosexuales, desde mucho antes de mayo de 2020, se protegía y garantizaba por la Sala Constitucional en todos los casos, excepto en el derecho al matrimonio.

Esto según lo evidenciado en el segundo capítulo de esta investigación, se mantenía entonces un criterio de igualdad y no discriminación parcializado, en este sentido, se puede decir, que Costa Rica mantenía un derecho a la igualdad que no respondía al control convencional y constitucional y, por si no fuese poco, que por tantos años se sistematizara la desigualdad en cuanto al derecho al matrimonio de las personas homosexuales, se amplió el tiempo de desigualdad y discriminación al respecto.

La Sala, en su resolución 12782-2018 realiza una aparente aplicación del control convencional y constitucional para al final no aplicarlo, pues resuelve en desapego y contrariedad a estos controles, prolongando la discriminación. Esto es posible observarlo en la sentencia 45-2020 del Juzgado Notarial, esta sentencia ya fue analizada el capítulo segundo como consecuencia inmediata del criterio sostenido por la Sala Constitucional en el voto supra mencionado.

Resalta la siguiente cita de la sentencia del Juzgado Notarial:

Así, el matrimonio civil involucra no solo la unión de dos seres humanos de diferente sexo, norma vigente hoy día merced al fallo de la SALA CONSTITUCIONAL número 12782-2018, sino también el nacimiento de una nueva familia, en que se protegerán ambos cónyuges con igualdad de condiciones, la filiación de los hijos producto de aquella unión, los bienes gananciales, el derecho a la guarda, crianza y educación de los hijos; en fin, la

forma de organización más básica y fundamental para toda sociedad".²¹⁴ (El resaltado no pertenece al original).

Es así como el juez notarial que emite esta sentencia, conserva, fundamentado en el desapego al control convencional de la Sala que se ha mencionado a lo largo de esta redacción, un criterio de derecho de acudir a la figura del matrimonio totalmente discriminatorio, materializando las consecuencias de prolongar la vigencia de un artículo que excluye, y es contrario al principio de igualdad, reconocido por la misma Sala, pero mantenido por 18 meses.

A raíz de esta sentencia, el matrimonio involucrado en este caso se desinscribe en el Registro, por ende, se legitima un acto de discriminación, que no responde a justificación alguna de razonabilidad y protección de un interés superior. Pues se realiza en un tiempo cuando la misma Sala ya había determinado la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la prohibición en la que se sustenta este juez notarial, violentando así el derecho a la igualdad de las mujeres involucradas en este matrimonio.

En este sentido, es resaltable que, al mismo tiempo, el derecho a la igualdad se ve afectado por la violación de otro principio que se protege constitucionalmente, este es el de "celeridad" y, en este sentido, es necesario observar la razón de ser de la existencia de este principio: "evitar retardos indebidos", según resalta la siguiente cita:

La celeridad obliga a las administraciones públicas a cumplir sus objetivos y fines de satisfacción de los intereses públicos, a través de los diversos mecanismos, de la forma más expedita, rápida y acertada posible para evitar retardos indebidos. Este principio le impone exigencias, responsabilidades y deberes permanentes a todos los entes públicos que no pueden declinar de forma transitoria o singular.
*Sentencias: 14679-09, 6335-11*²¹⁵

²¹⁴ Juzgado Notarial del Poder Judicial, *Sentencia: 45-2020*, 27 de enero, 2020, 10:02 horas", expediente 15-000861-0627-NO - 2, Considerando, párr. 5.

²¹⁵ Poder Judicial, *Principios desarrollados en la Jurisprudencia Constitucional* (San José, 2014), 17, consultado el 30 de mayo, 2020, <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Principios%20Desarrollados%20en%20la%20Jurisprudencia%20Constitucional.pdf>

En relación con esta cita de recopilaciones de votos constitucionales y, más aún por tratarse de la garantía del derecho humano a la igualdad, se observa en la imposición de este plazo para la derogación del artículo discriminatorio 14 inciso 6) del Código de Familia, la evidente falta de la Sala al principio de celeridad, en ausencia de un motivo razonable en su retraso.

Ahora bien, resulta enriquecedor preguntarse, cuáles otros derechos, además del derecho a la igualdad, se transgreden en un ámbito en el cual se le impide a las personas homosexuales contraer matrimonio, ante esta pregunta, el sujeto experto Norberto Garay, indica que entre los derechos transgredidos se encuentran: el derecho a acceder al matrimonio, el derecho a formar una familia, si fuera el caso.

También, de forma más específica podría generarse, una violación a la libertad e integridad personales, esto en el caso de la penalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, que tal como lo indica Garay Boza, en nuestro país representó una realidad en su momento, como “matrimonio ilegal”.

Añade el experto, que también puede generar una violación a la honra, a la dignidad, al tratarse de una discriminación al acceso. Garay Boza, también indica que en el caso de los hijos o hijas de las parejas del mismo sexo que no pudiesen registrarse con los apellidos de sus padres, se les violentaría el derecho humano al nombre *“el principio de interdependencia de estas garantías podría llevar a supuestos donde la gama de derechos vulnerados sea aún mayor”*.²¹⁶

Finalmente, se expondrá la posición defendida, a raíz de la exploración de las distintas tesis respecto a este capítulo. Si se analiza la posición de quienes defienden que el matrimonio es un derecho humano, se encontrará que la posición más fuerte es la presencia expresa del llamado derecho en los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos, se observa su presencia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23, la CEDAW en el

²¹⁶ Norberto E. Garay Boza, correo electrónico recibido por el autor, 11 de octubre, 2020.

artículo 16, incluso la Convención Europea de Derechos Humanos en el artículo 12 y, por supuesto, la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 17.

En general, los instrumentos internacionales anteriores hablan del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Se logra extraer que lo que se busca proteger es, en realidad, un derecho humano inherente a todas las personas: el de la libertad y la igualdad. En razón de que, si se observa, los artículos supra mencionados, resaltan la necesidad del consentimiento libre y pleno, tanto en la elección del cónyuge como en la voluntad de contraer matrimonio.

Así mismo, del derecho a la no discriminación entre cónyuges en cualquier etapa del matrimonio, desde su nacimiento hasta su disolución. En esta misma línea, el Comité de la Eliminación de la discriminación contra la mujer en la recomendación general 21, habla de estas manifestaciones de la libertad en el matrimonio como parte de la dignidad e igualdad de la mujer como ser humano.

De la misma forma, se extrae que lo que existe es más bien un “derecho al acceso” al matrimonio, no se habla en sí del matrimonio como derecho humano, sino más bien de una derivación o manifestación del derecho humano a la libertad e igualdad, entendiendo que el matrimonio es la figura jurídica o el instituto por el cual se materializan estos derechos humanos, ya que el matrimonio es una posibilidad a la cual las personas deben tener acceso en igualdad, cuando se tenga la voluntad de contraerse, con apego, por supuesto, a las limitaciones razonables impuestas por la normativa interna e internacional.

Para el caso concreto, el acceso a esta figura jurídica debería ser garantizado a todas las personas, sin tomar como motivo de discriminación la orientación sexual de quienes desean contraer nupcias, con fundamento en la misma CADH, la cual, como se expuso a lo largo de este capítulo, lo contempla como razón inaceptable de discriminación, mucho menos para ser sistematizada por un Estado firmante de este instrumento internacional.

Así también, en relación con la posición desarrollada por Víctor Pérez, quien en su oportunidad hablaba de los valores de la personalidad. Si se hace una comparación y empleo de su tesis, en el caso particular del matrimonio, se considera que aplica, al entender que un derecho humano no puede ser limitado, al ser inherente al ser humano y, en este sentido, sería

más bien considerado el matrimonio como un valor de la personalidad, al manifestarse como un poder, prohibición e imposición.

Es por los motivos dilucidados, que se considera, que la afectación del voto 12782-2018 y la inaplicación del control convencional, en realidad, se da a un derecho humano, pero este es el de la igualdad, mediante el impacto directo en uno de los instrumentos que materializan ese derecho: el matrimonio. Es una figura jurídica que está siendo restringida de forma irracional, infundada y en evidente contrariedad a la interpretación que impera jerárquicamente en los instrumentos internacionales de derechos humanos, al limitar el acceso a esta figura de forma exclusiva a las personas heterosexuales.

Para finalizar este capítulo, se concluirá con una cita del sujeto experto en derechos humanos, Norberto E. Garay Boza, quien además de reforzar la posición que se ha defendido a lo largo de estas líneas, condensa de forma muy efectiva, los posibles impactos en los derechos humanos, con la decisión de la Sala Constitucional, de imponer un plazo de 18 meses para que surtiera efectos el voto 12782-18:

Varias posibilidades, por ejemplo, que durante ese plazo se procesara a alguna pareja del mismo sexo por el delito de matrimonio ilegal, pues dicha norma no se derogó respecto del matrimonio imposible (así normado en el artículo 14.6 del Código de Familia). Asimismo, existe un mensaje difícil de entender desde la lógica del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pues se dejó el portillo abierto de que la laguna del derecho interno, durante el plazo de 18 meses, tornó en ese periodo en inexigible el DDHH a acceder al matrimonio sin discriminación, pese a ser este una consecuencia de los compromisos internacionales que el Estado asumió al ratificar la CADH y el PIDCP. Debo agregar que, pese a lo anterior, es frecuente que los cambios en el Derecho lleguen después que cuando los mismos se gestaron en la sociedad, y sí, claro que se quisiera que no fuera de esa manera, para evitar periodos de injusticias, pero si hay algo más lamentable que estos últimos, es que la justicia no llegue nunca. En nuestro país, el matrimonio igualitario ha tomado tiempo en llegar, pero lo ha hecho, esto no implica que no exista

*discriminación, pero sí que se ha avanzado. Ahora resta continuar.*²¹⁷ (El resaltado no corresponde al original).

²¹⁷ Norberto E. Garay Boza, correo electrónico recibido por el autor, 11 de octubre, 2020.

Capítulo VI: Derecho Comparado

En las investigaciones jurídicas, existe un ejercicio de mucha valía, y ese es el Derecho comparado. La temática radica en analizar los diferentes elementos jurídicos de otros países en determinado tópico. En el caso en particular, el paso a paso para el reconocimiento del matrimonio igualitario en distintos países latinoamericanos, como Colombia, México, Ecuador, y la contraposición, Chile, todo esto al amparo de lo que se ha desarrollado a lo largo de esta tesis con el proceso de Costa Rica.

De esta manera, se procederá a examinar desde cuatro subtemas relevantes, resoluciones de la Corte IDH que influyeron en cada país, la sentencia constitucional que reconoce el matrimonio igualitario, cambios legislativos, y la realidad actual de cada país, contrarrestada con las disposiciones de la Corte IDH.

a) Control de convencionalidad en cada país

Sin lugar a dudas, las resoluciones de la Corte IDH, en las cuales se haya discutido temas de derechos de personas con orientación sexual diversa, pueden constituir un antecedente claro para el reconocimiento del matrimonio igualitario en cada país, independientemente de si el tema central era ese o no, debido a la interpretación que realiza la Corte IDH respecto a la CADH, que por control de convencionalidad difuso, los jueces nacionales podrían tomar dichas interpretaciones para facultar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

El primer caso que se analizará es Colombia, el antecedente convencional más inmediato que tiene el país sudamericano es el caso Duque vs Colombia. El cual ya había sido analizado en esta investigación. Recapitulando, Ángel Alberto Duque era la pareja sentimental de una persona de su mismo sexo, dicha pareja fallece y Duque reclama una pensión de supervivencia, que le fue denegada por las autoridades colombianas, por el simple hecho de ser una pareja homosexual, siendo que a las parejas heterosexuales sí se les reconocía este derecho.

Lo primero por analizar en este caso, es las consideraciones que hace la Corte IDH sobre el principio de igualdad y no discriminación, pues como se ahondó en capítulos

anteriores, ese es el Derecho Humano violentado ante la negatoria del matrimonio igualitario. Dicha Corte manifestó:

*Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.*²¹⁸

Armonizando este extracto con el tema del matrimonio igualitario, se debe tener en consideración que la negatoria del reconocimiento de este instituto a las parejas del mismo sexo, no solo genera una discriminación, sino que también configura a su vez un privilegio a las parejas heterosexuales. Distinción que es incompatible, a todas luces, con las disposiciones de la CADH y de la propia Corte, pues contrarían lo establecido en los artículos 1, 2 y 24 de este cuerpo normativo.

Esta explicación la amplía la Corte IDH en las siguientes consideraciones:

Mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe

²¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs Colombia* del 26 de febrero de 2016, Derecho a la igualdad y a la no discriminación, párr. 91.

*analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.*²¹⁹

Esta lógica emitida por la Corte es sumamente importante, y se debe dividir en dos puntos para su análisis. En primer lugar, está la obligación que tienen los Estados de garantizar que todos sus ciudadanos accedan a los derechos consagrados en la convención, en virtud del artículo 1.1 de la CADH, esta es una obligación de carácter convencional, pero por si no fuera poco, en razón del numeral 24 del mismo instrumento internacional, los Estados tienen la obligación de otorgarle a todos sus ciudadanos los derechos consagrados en el Derecho interno de cada país.

Este artículo habla sobre la igualdad ante la ley, siendo esta una norma de orden estatal y no convencional, entonces, el matrimonio igualitario que es lo que nos ocupa principalmente en este capítulo, es posible mediante una efectiva aplicación de un control difuso de convencionalidad.

En el mismo orden de ideas, respecto al caso en concreto, que fue sometido al conocimiento de la Corte IDH en *Duque vs Colombia*. Se logra demostrar que la negatoria por parte del estado colombiano al otorgamiento de la pensión de supervivencia en contra de Ángel Alberto Duque, sí es un acto discriminatorio, y al ser una norma de derecho interno, es correcto aplicar lo dispuesto en el numeral 24 del Pacto de San José.

Esto dispuso la misma Corte al respecto:

*La Corte constata que la normatividad interna colombiana que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social, establecían una diferencia de trato entre por un lado las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por parejas del mismo sexo que no podían formar dicha unión.*²²⁰

²¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs Colombia* del 26 de febrero de 2016, Derecho a la igualdad y a la no discriminación, párr. 94.

²²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs Colombia* del 26 de febrero de 2016, Derecho a la igualdad y a la no discriminación, párr. 103.

Este resulta ser un excelente ejemplo de lo que se ha venido desarrollando en este apartado, y eso es que a la luz de la Convención Americana existen dos formas de violarse el principio de igualdad y no discriminación. En primer lugar, cuando un acto o norma contradice lo dispuesto por la propia convención, y en un segundo término, cuando ese acto no violenta la CADH, pero sí se le da un trato diferenciador injustificado en relación con el derecho interno de cada país.

Entonces, ¿En qué momento es correcto hacer una diferenciación, sin que eso incurra en una discriminación? La Corte IDH ha manifestado lo siguiente:

Con respecto a lo anterior, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma (sic) no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, este Tribunal estableció que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva.²²¹

Ante esta aclaración, es importante traer a colación el popular término de discriminación positiva. Sin embargo, este instituto opera para visibilizar y conceder derechos particulares a un grupo de personas que históricamente han sido marginadas, como es el ejemplo de las mujeres con la ley de penalización de violencia contra las mujeres en Costa Rica, CEDAW o Belem do Pará en un ámbito internacional. Aquí se busca legislar para un grupo específico de personas, pero se hace en razón de una necesidad, y lo que se busca es dotarlos de derechos: no restringirlos.

La diferencia de este tema con el matrimonio igualitario, es que, jurídicamente hablando, la mujer estaba en relativa igualdad que el hombre, pero fácticamente no era así, o

²²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs Colombia* del 26 de febrero de 2016, Derecho a la igualdad y a la no discriminación, párr. 106.

incluso no lo es hoy, por lo tanto, se le debía dar una protección especial en respuesta a décadas de abusos.

Por otra parte, las parejas homosexuales, ya de por sí están en una situación de desigualdad jurídica, por lo tanto, lo correcto es otorgarle los mismos derechos que tienen las parejas heterosexuales, entonces, no es procedente hablar de una discriminación positiva con la comunidad LGBTIQ, porque no se trata de una campaña de visualización, sino de igualdad, y no existe argumento jurídicamente válido para darles un trato desigual.

La fecha de este caso es 26 de febrero del 2016, mientras que la sentencia constitucional que faculta el matrimonio igualitario, es del 28 de abril del 2016. Por la proximidad de las fechas, y tomando en cuenta el periodo de notificaciones que se toma la Corte IDH, pareciera que no hubo mayor influencia, sin embargo, la propia resolución constitucional la menciona dentro de sus consideraciones.

Los magistrados colombianos citan textualmente a la Corte IDH en el análisis que realizan sobre la no discriminación a las personas con orientación sexual diversa, y al respecto dice lo siguiente:

De tal suerte que las normas constitucionales atinentes a la conformación de una familia y a la celebración de un matrimonio, deben interpretarse armónicamente con los estándares internacionales existentes en la materia. No existe una razón constitucionalmente admisible para que el Estado niegue este derecho a unas personas, basándose en su orientación sexual, pues ello atentaría contra el conjunto de garantías de dignidad humana, libertad e igualdad que irradia el ordenamiento, como cláusulas de erradicación de todas las injusticias. Afirmar lo contrario, conduciría a negar los cambios estructurales ocurridos con la entrada en vigor de la Carta Política de 1991. A la luz de una concepción como esta, la Constitución de Colombia en función de los principios de dignidad humana, libertad e igualdad, es ciega en cuanto a razas, colores, origen étnico, religión, orientación sexual, status social o cualquier otra cualidad que pudiera dar lugar a la discriminación o trato diferenciado de la persona humana. Así las cosas, los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la

*igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual.*²²²

El extracto supra citado tiene mucha importancia, pues es la aplicación pura del control de convencionalidad, armonizado con un control de constitucionalidad. Como se analizó en el capítulo tres de esta investigación, no necesariamente una aplicación de un control de constitucionalidad garantiza una efectiva aplicación de dicho principio, y que, en caso de existir contradicción entre los dos controles, existen diversos parámetros para preponderar el control de convencionalidad.

En Colombia pasa algo curioso, y eso es que no existió enfrentamiento entre ambos controles, pues los encargados de ejercer el control de constitucionalidad lograron armonizarlo con el control de convencionalidad, y llegar a una conclusión en común, y esa es que no es posible discriminar a una persona por su orientación sexual, y esa no discriminación, implica a su vez, incluirlo en todos los instrumentos jurídicos que se le fueron negando con el paso del tiempo, por el simple hecho de su preferencia sexual.

Otro punto preponderante de este extracto, es que como se ha mencionado, el caso de Duque vs Colombia no era sobre matrimonio igualitario, era sobre el derecho a una pensión de supervivencia, pero la lógica utilizada por la Corte IDH, al decir que no se puede discriminar en razón de la orientación sexual, da pie para discutir matrimonio igualitario.

Entonces, este criterio de la Corte Constitucional de Colombia es concordante con la tesis que se ha venido manejando a lo largo de esta investigación, pues se ha sostenido que por un tema de control de convencionalidad difuso y la interpretación que ha hecho la Corte IDH desde Atala Riffo y niñas vs Chile, y en Duque vs Colombia, al decir que la orientación sexual es una categoría protegida por la convención, y que las personas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ tienen la facultad de acceder a todos los derechos consagrados en la CADH, dentro de los cuales se encuentra el acceso al matrimonio.

²²² Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia unificada SU214/16*, 28 de abril, 2016.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>

Esto hace posible establecer que desde el año 2012, el matrimonio igualitario debió ser reconocido en todos los países pertenecientes al Pacto de San José.

Ahora, es turno de hablar de México, este país, en lo referente al matrimonio igualitario tiene un particularidad que comparte con Ecuador (como se verá posteriormente) y eso es que no existe una resolución de la Corte IDH, que los involucrara directamente, sea en una fase contenciosa o consultiva, sin embargo, ese no fue un impedimento para que la propia corte fuera influencia en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En la sentencia constitucional número 1a./J. 43/2015, de la décima época, de la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala mexicana, utilizan parámetros convencionales, para dictar el derecho de acceso al matrimonio a las parejas homosexuales.

En un primer término, los jueces constitucionales de México, consideran que la negatoria del acceso al matrimonio por parte de las parejas del mismo sexo, es un acto discriminatorio, sancionado por la Corte IDH, pues utilizan la lógica de diversas resoluciones convencionales, al indicar lo siguiente:

Ahora bien, la siguiente pregunta que corresponde analizar a esta Sala es la oportunidad para impugnar una ley autoaplicativa por contener un mensaje tildado de discriminatorio. Al respecto, cabe recordar que, tal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado, en términos generales, la discriminación puede operar de manera legal o de hecho, por objeto o resultado (directa o indirecta), o a través de la omisión de adoptar medidas temporales diferenciadas para responder o evitar perpetuar situaciones de discriminación estructural. Además, la discriminación puede tener un efecto único en el tiempo o puede operar también de manera continuada.²²³

Este extracto es de suma importancia, porque se debe analizar en dos sentidos. En primer lugar, porque en la sentencia supra mencionada, hace referencia al inicio del cómputo del plazo de prescripción para interponer el proceso. Precisan los jueces constitucionales que

²²³ Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México, “Ejecutoria núm. 1a./J. 43/2015 (10a.)” 30 de junio, 2015. <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/583457466>

cuando se trata de una ley que tiene un contenido discriminatorio, ese plazo no tiene un inicio ni un fin, pues la norma sigue siendo discriminatoria todos los días y, por lo tanto, todos los días se da un nuevo atropello.

Entonces, es impugnabile en cualquier momento; por otra parte, la lógica que sigue la Corte IDH al referirse sobre la discriminación, es que esta se puede ver desde diferentes maneras, y que sea cual sea el medio, constituye una violación al artículo 24 del Pacto de San José, cuando una norma es discriminatoria, su aplicación acarrea consigo una perpetración al sistema interamericano de Derechos Humanos, y lo correcto es proceder a su desapplicación.

Ya meramente en la protección del derecho de igualdad, es claro que la Corte IDH tiene vasta jurisprudencia defendiendo este principio, es por eso que los jueces constitucionales mexicanos hacen gala de diversos pronunciamientos de la Corte en el momento de analizar el reconocimiento del matrimonio igualitario, ejemplo de esto son los siguientes extractos:

En ese sentido, tal como la ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el principio de igualdad y no discriminación aplica de manera transversal a los demás derechos humanos, y cualquier distinción, restricción, exclusión o preferencia en el ejercicio de dicho derecho que, además, se encuentre basada en alguno de las categorías prohibidas, constituye una violación del derecho citado.²²⁴

En el mismo orden de ideas, hacen también referencia al ya bastamente comentado caso de Atala Riffo y niñas vs Chile, al mencionar:

Al respecto, es importante señalar que el impacto de la discriminación que afecta a las parejas del mismo sexo, es similar a la violencia estructural que afectaba a los afroamericanos en Estados Unidos. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso A.R. y niñas v. Chile, destacó la "discriminación histórica y estructural" que las minorías sexuales han sufrido y señaló que: ‘... los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones

²²⁴ Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México, Ejecutoria núm. 1a./J. 43/2015 (10a.), 30 de junio, 2015. <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/583457466>

*de discriminación de jure o de facto, además de estar obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.*²²⁵

Los extractos supra citados son muy interesantes para el estudio del derecho mexicano, y esto se debe a que México tiene un sistema federal, en el cual, cada Estado de la República goza de una autonomía legislativa y jurisdiccional. Por lo tanto, no están obligados a aplicar la misma lógica ni las mismas normas de los demás estados, son independientes, libres y soberanos en su sistema jurídico.

A priori, si un estado aplica de determinada manera un instituto jurídico, otro estado no está en la obligación de seguir el mismo criterio, pero el derecho de igualdad consagrado en el numeral 24 convencional, opera de una forma transversal.

Es por eso que, en atención a la jerarquía normativa, y el control de convencionalidad, un estado de México no puede emitir ni mantener en aplicación, una norma discriminatoria, esta aclaración constituye una limitación al principio de soberanía legislativa que cobija a cada estado mexicano.

Por ende, una norma que discrimine a las personas por el simple hecho de su orientación sexual, y le prohíba el acceso a un instituto que los heterosexuales poseen, es no solo inconstitucional, sino violatorio de los tratados internacionales de Derechos Humanos, y, por consiguiente, debe ser desaplicado.

Por último, los jueces establecen la inconstitucionalidad de la exclusividad del matrimonio para las parejas heterosexuales, y se llega a esta conclusión por dos grandes

²²⁵ Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México, *Ejecutoria núm. 1a./J. 43/2015 (10a.)* 30 de junio, 2015. <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/583457466>

argumentos, como lo son el fin del matrimonio, y el control de convencionalidad, como se verá, a continuación.

Ya esta Corte ha establecido en varios precedentes -y lo ha reiterado en el presente- la enunciación de "entre un solo hombre y una sola mujer", no tiene razón constitucional de existir en la definición de matrimonio, más aún cuando la finalidad del mismo es la ayuda mutua. Así pues, dicha expresión resulta igualmente discriminatoria en su mera expresión. Desconocer ese hecho haría nugatorio lo establecido por la Corte Interamericana, en el sentido de que un "derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual". Tomando en cuenta lo anterior, esta S. concluye que no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente. Al respecto, es aplicable la tesis de rubro: 'MATRIMONIO. LA LEY QUE, POR UN LADO, CONSIDERA QUE LA FINALIDAD DE AQUEL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINE COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL'.²²⁶

Se debe hacer un doble análisis del extracto supra citado, porque es de vital importancia, ya que determina de manera categórica la prohibición del matrimonio igualitario. Primero se debe hacer un análisis a nivel interno, porque se toca el tema del fin del matrimonio. Es usual que aquellos que se atreven a negarse a la idea del matrimonio igualitario utilicen el argumento de la procreación, ya que la diferencia entre una pareja heterosexual y una homosexual es estrictamente biológica, ya que al día de hoy es científicamente imposible la procreación entre humanos del mismo sexo.

Sin embargo, al hacerse un estudio normativo de los fines que persigue el matrimonio, se encuentra una tónica en Latinoamérica, y esa es que los fines son la vida en común, cooperación y mutuo auxilio. Por lo tanto, al no ser la procreación un fin del matrimonio,

²²⁶ Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México, *Ejecutoria núm. 1a./J. 43/2015 (10a.)*, 30 de junio, 2015. <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/583457466>

excluir a un grupo de personas por esa imposibilidad, del instituto, es discriminatorio, es exactamente igual a que se le prohíba a una persona estéril casarse.

En un segundo término, es destacable que los jueces mexicanos vuelven a hacer mención de la Corte IDH para tomar una decisión, y se sigue manejando el mismo discurso que se ha mantenido a lo largo de esta investigación. No hace falta que expresamente se hable de matrimonio igualitario para reconocerlo, porque lo que indica la Corte es que no se le puede negar a un grupo de personas un derecho otorgado a otras, únicamente en razón de su orientación sexual.

En ningún momento se hace mención expresa del matrimonio igualitario, pero de esa línea jurisprudencial que ha mantenido la Corte IDH, se extrae la idea del reconocimiento del matrimonio igualitario a todos los países pertenecientes a la CADH.

En conclusión, México hace un muy buen manejo del control de convencionalidad difuso, pues como se dijo, no existe una resolución de carácter contenciosa o consultiva sobre el matrimonio igualitario donde México sea parte.

Al utilizar y priorizar los alegatos de la Corte IDH, hacen una aplicación directa de dicho control, pues entienden que la Corte es la facultada para interpretar el Pacto de San José, y las decisiones que ellos tomen adquieren un valor de obligatoriedad a todos los países parte, pues son los encargados de darle vida a la convención, de adecuar su marco jurídico a las necesidades actuales, y sus resoluciones tienen el mismo rango que la propia convención. Entonces, no es necesario ser parte de un caso ante la Corte IDH para utilizar sus sentencias a la hora de resolver un conflicto de derecho interno.

Si el caso de México es digno de admirar, por la excelente aplicación del control de convencionalidad difuso, lo que hace Ecuador es aún más loable. A priori, se podría decir que es la aplicación más pura de dicho control, pues el fundamento base que el tribunal constitucional ecuatoriano utiliza para facultar el matrimonio entre personas del mismo sexo es la opinión consultiva OC 24/17 de la Corte IDH, en relación con la consulta de Costa Rica.

Derriba, de esta manera, muchos mitos sobre las opiniones consultivas, y demuestra que ellas son parte del bloque de convencionalidad, y si bien no son vinculantes, su aplicación es conforme al control de convencionalidad, lo cual genera una vinculatoriedad tácita.

La primera aproximación para dilucidar si esa afirmación es correcta, se encuentra fundamentada en la misma sentencia del Tribunal Constitucional de Ecuador, número 11-18-CN/19, en la cual establece:

De todo lo dicho, se desprende que las opiniones consultivas son una interpretación con autoridad por parte de un órgano supranacional: la Corte IDH, cuya competencia nace de un tratado internacional del que el Ecuador es parte, y que Ecuador tiene la obligación de cumplir de buena fe, sin que se pueda "invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado." Los derechos y las garantías que se derivan de la interpretación auténtica de la Corte IDH a la CADH, que constan en las opiniones consultivas, son parte del sistema jurídico ecuatoriano, y tienen que ser observados en Ecuador por toda autoridad pública en el ámbito de su competencia.²²⁷

Los jueces ecuatorianos rematan esta idea al indicar:

En consecuencia, los derechos y las garantías reconocidos en la Opinión Consultiva OC24/17, que interpreta con autoridad la CADH, forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad, o, como lo denomina la Corte IDH, son parte del corpus inris, y esto quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano.²²⁸

De las anteriores citas se puede extraer varias conclusiones. En primer lugar, la invocación del artículo 27 de la Convención de Viena, al asegurar que un Estado no puede argumentar una desobediencia a un tratado internacional, en razón de su derecho interno. Por lo tanto, todos los Estados parte de la CADH no pueden alegar esta oposición.

²²⁷ Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia No. 11-18-CN/19* (matrimonio igualitario), 12 de junio, 2019. Considerando. Párr. 38.

²²⁸ Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia No. 11-18-CN/19* (matrimonio igualitario), 12 de junio, 2019. Considerando. Párr. 39.

Concatenado con lo anterior, se encuentra el segundo término relevante, y ese es que la Corte IDH realiza una interpretación auténtica del Pacto de San José, debido a que los Estados partes reconocieron esta competencia al suscribirse al tratado.

Como tercer punto, algo que se ha venido desarrollando a lo largo de esta investigación, existen dos formas en las cuales la Corte IDH puede interpretar la CADH, y eso es mediante un caso contencioso, o mediante una opinión consultiva, sea cual sea el procedimiento, es una interpretación auténtica, y aunque no modifica la literalidad de la convención, sí cambia su esencia, por lo tanto, tiene una vinculatoriedad tácita.

Ya se estableció que, efectivamente, el motivo principal del reconocimiento al matrimonio igualitario en Ecuador fue la opinión consultiva OC 24/17, la cual ha sido ampliamente desarrollada en esta tesis. Sin embargo, es importante siempre tener las principales consideraciones de esta opinión presentes, por lo tanto, se procederá a enmarcar algunas citas que esclarecen, de una mejor manera, lo que en dicha resolución se dispuso, iniciando con los alcances de la palabra familia:

Sin perjuicio de su importancia trascendental, la Corte también hace notar que la existencia de la familia no ha estado al margen del desarrollo de las sociedades. Su conceptualización ha variado y evolucionado conforme al cambio de los tiempos. Por ejemplo, hasta hace algunas décadas, todavía se consideraba legítimo distinguir entre hijos nacidos dentro o fuera de un matrimonio. Asimismo, las sociedades contemporáneas se han desprendido de nociones estereotipadas respecto de los roles que los integrantes de una familia deben asumir, muy presentes en las sociedades de la región al momento de la creación de la Convención. En ocasiones, la evolución de estas nociones ha ocurrido mucho antes que la legislación de un Estado se adapte a las mismas (sic).²²⁹

De lo anterior se puede sacar conclusiones. La primera y más lógica de todas, es que el concepto de familia ha evolucionado con el tiempo, y los institutos jurídicos se han adaptado a esos cambios, sea de forma tácita o expresa. La segunda consideración se ha mencionado,

²²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17* de 24 de noviembre de 2017, El derecho a la igualdad y a la no discriminación de personas LGBTI, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

la diferencia entre el ser y el deber ser jurídico: el primero hace referencia a las normas formales que existen en un ordenamiento jurídico; el segundo a la realidad fáctica de las personas pertenecientes a un Estado.

El deber ser siempre irá a la cabeza, y el ser tiene que regular conforme esas necesidades, el ser se adapta al deber ser, en el caso en concreto, el deber ser era que desde hace mucho existen familias originadas por un vínculo homosexual, y el ser era que eso no estaba permitido, en un determinado punto del tiempo, el deber ser se convirtió en ser.

La última consideración que arroja la cita supra, es más doctrinal, es una referencia al libro “Jurisprudencia de intereses”, de Víctor Pérez, el cual hace hincapié a un método de formulación de normativa, en el cual había una concatenación de hecho, valor y norma, es decir, primero ocurría un hecho jurídicamente relevante, a eso se le asignaba un valor moral y social, y posteriormente, eso generaba una norma, en el caso en concreto, el hecho generador es la afluencia de parejas homosexuales que creaban una familia, a eso se le da un valor positivo, y luego la norma viene a regular el tema.

Otra de las premisas que se ha discutido ampliamente en esta investigación es la referencia a que el derecho evoluciona, y no necesariamente con esa evolución se dará un cambio en la literalidad de las normas, sino en el sentido que se le debe dar a cada una. Esto es aún más explícito en los tratados internacionales de carácter multilateral, en el cual muchos países se tendrían que poner de acuerdo para cambiar el texto de ese instrumento, lo más usual es conceder a un Tribunal la potestad de interpretación.

En el caso de la CADH, eso le corresponde a la Corte IDH, en el caso en concreto, este ente hace la siguiente aclaración:

En este sentido, con respecto al artículo 17.2 de la Convención, la Corte considera que, si bien es cierto que este de manera literal reconoce el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. Para esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal,

*esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana.*²³⁰

A la hora de interpretar una norma, existen diversos métodos, el que hace referencia la Corte IDH en ese apartado, es la interpretación evolutiva, la cual establece que las normas deben interpretarse, según las necesidades de la época. Se hace una valoración de la situación fáctica actual y el sentido que debería dársele a la norma, para que sea lo más justa posible, cuando la norma es a su vez un Derecho Humano, la interpretación tiene un connotación pro homine, es decir, se debe resolver según mejor le convenga al individuo, siempre en procura de una expansión de los alcances humanitarios.

Finalmente la Corte emite la interpretación definitiva respecto al alcance del artículo 17.2, a saber:

*Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención.*²³¹

Para finalizar, en concordancia con la cita supra, la Corte IDH considera que los vínculos amorosos constituidos por parejas del mismo sexo, gozan de los mismos derechos que una constituida por heterosexuales, y no debe excluirseles de ningún instituto jurídico alegando motivos de orientación sexual. No cabe ningún tipo de discriminación, ni positiva ni negativa, y debe prevalecer los alcances del principio de igualdad:

²³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17* de 24 de noviembre de 2017, El derecho a la igualdad y a la no discriminación de personas LGBTI, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

²³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17* de 24 de noviembre de 2017, El derecho a la igualdad y a la no discriminación de personas LGBTI, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.²³²

Esta es, quizás, la cita más importante de la opinión consultiva OC 24/17, pues la Corte IDH no limita los alcances de esta opinión únicamente a Costa Rica, sino que invita a todos los Estados partes de la CADH a adoptar en su derecho interno el reconocimiento del matrimonio igualitario.

La Corte no solo contestó la pregunta, sino que exhortó a los demás países miembros a seguir la misma lógica, siendo Ecuador el único país, hasta el momento, que le ha dado eficacia a esta opinión consultiva, por considerarla de carácter vinculante, como así lo hacen notar en la parte dispositiva de la sentencia número 11-18-CN/19:

Determinar que la Opinión Consultiva OC24/17, "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de noviembre de 2017, es una

²³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17* de 24 de noviembre de 2017, El derecho a la igualdad y a la no discriminación de personas LGBTI, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

*interpretación auténtica y vinculante de las normas de la CADH, que forma parte del bloque de constitucionalidad para reconocer derechos o determinar el alcance de derechos en Ecuador.*²³³

En conclusión, Ecuador da cátedra a los países latinoamericanos de cómo hacer un efectivo control de convencionalidad difuso. Entienden que las opiniones consultivas, al ser una interpretación auténtica de la CADH, constituyen parte del llamado bloque de convencionalidad, y en atención a la jerarquía normativa, le dan un valor supra constitucional al criterio de la Corte IDH, aún sin ser ellos los consultantes.

En todo Derecho comparado es importante tener una contraposición, un esquema que se salga de la rutina impuesta por los demás. En el caso de esta investigación, ese país es Chile, como se ha desarrollado en esta tesis, el país sudamericano cuenta con una resolución previa de la Corte IDH relativa a un caso donde se defendían los derechos de las personas con orientación sexual diversa, ese es *Atala Riffo y Niñas vs Chile*.

Ha sido utilizado por doctrinarios, y por esta investigación, como la sentencia que da pie al tema del matrimonio igualitario en Latinoamérica. Se analizará los puntos más importantes de dicha resolución, y luego la decisión que tomó Chile a raíz de ella.

Como ya se ha mencionado hasta la saciedad, en esta sentencia, la Corte IDH determina que la orientación sexual es una categoría protegida por la CADH, y que las personas con orientación sexual diversa, tienen la facultad de acceder a todos los derechos consagrados en la convención y en las normativas internas.

Ahora se procederá a un análisis de otro punto de esta resolución, que es lo concerniente al derecho a la vida privada y familiar, sobre esto la Corte precisó:

El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las

²³³ Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)*, 12 de junio, 2019. Decisión. Párr. 300.

*invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.*²³⁴

En los últimos años, con el avance del reconocimiento de derechos de la comunidad LGBTIQ, se han ido generando nuevos modelos de familia, distantes en algunas cosas con la llamada “familia tradicional”.

Sin embargo, cada persona decide el modelo de familia que fundará, sea esto ligado a una relación sentimental, o una relación sanguínea (familiares que han vivido juntos toda la vida), eso es algo que corresponde exclusivamente a la libertad personal de cada ser humano, y el Estado está en la obligación de garantizarles el acceso a todas las figuras jurídicas que cobijan a la familia, dentro de las cuales se encuentra el matrimonio.

Esta vida privada tiene sus limitaciones, como lo indica la Corte IDH:

*El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.*²³⁵

Existen tres criterios exactos por tomar en cuenta para restringir el derecho a la vida privada. Estos son idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, todas las restricciones a la vida privada que no cumplan estas características se toman como abusivas o arbitrarias. Enfocando esto al tema del matrimonio igualitario, y todo lo concerniente a la orientación sexual, es preciso realizar un análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Para esto es necesario un ejercicio de filtros. En primer lugar, el objeto de análisis, ese es un supuesto de que una pareja del mismo sexo quiera conformar una familia y, para ellos, sea indispensable el matrimonio para ese fin. Por otra parte, existen millones de parejas heterosexuales que diariamente se casan, se divorcian o, simplemente, conviven en unión de

²³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs Chile de 24 de febrero de 2012*, Derecho a la vida privada, párr. 161.

²³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs Chile de 24 de febrero de 2012*, Derecho a la vida privada, párr. 164.

hecho. El Estado deniega el derecho al acceso al matrimonio a los homosexuales, pero se lo concede a los heterosexuales, por considerarlo como idóneo, necesario y proporcional.

Sin embargo, se ha establecido que la vida privada y familiar pertenece a cada persona, por lo tanto, ese estudio no se puede realizar tomando en cuenta una generalidad, ya que el matrimonio igualitario es lo más idóneo, necesario y proporcional para esa pareja homosexual que se quiere casar, sin causar ningún perjuicio a las relaciones heterosexuales. Entonces, antes de determinar estos criterios, se debe tomar en cuenta lo mejor para el grupo al que se pretende tutelar, ya que son ciudadanos del Estado, al igual que el otro grupo que ya tiene el derecho concedido.

A lo largo de este análisis, se ha partido de la premisa del derecho a la vida privada y a la familia, como un elemento propicio para el reconocimiento del matrimonio igualitario. Esto debido a que la posibilidad de contraer o no matrimonio es intrínseca a cada persona, y se relaciona con su vida privada y cómo decida este llevarla a cabo.

Esta postura es también respaldada por la Corte IDH, al indicar:

El Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual solo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención.²³⁶

El numeral 17.1 del Pacto de San José establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, no es posible ver este artículo como aislado, en sí el bloque de convencionalidad tiene conexiones normativas intrínsecas, y una de esas es toda la relación del artículo 17 con sus mismos incisos. Entonces, si la familia es un pilar que el Estado debe proteger, y el matrimonio, según la misma convención, es una vertiente de familia, eso arroja

²³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs Chile* de 24 de febrero de 2012, Derecho a la vida privada, párr. 175.

la conclusión de que si las personas tienen el derecho a fundar una familia, independientemente de su orientación sexual, entonces, ese derecho acarrea también a la posibilidad de acceder al matrimonio.

En la sentencia 7774-2019 del Tribunal Constitucional de Chile, del año 2020, niega la posibilidad del acceso al matrimonio igualitario. Además de eso, las partes consultantes alegan el caso Atala Riffo y niñas vs Chile, como la apertura a diversos tipos de familia, sin embargo, dicho ente llegó a la siguiente conclusión:

En nuestra opinión, y sin necesidad siquiera de adoptar una postura, de esta afirmación se colige, a lo más, que bajo el paraguas conceptual de “familia” (género) hay una modalidad jurídica o especie distinta al matrimonio. El recurrir a un concepto amplio de familia implica admitir que existen diversas opciones jurídicas, lo cual no permite arribar a conclusión buscada, esto es, el reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo como única opción satisfactoria.²³⁷

La Corte IDH estableció que hoy el concepto de familia es amplio, y acepta diversos tipos, no necesariamente constituidos por un matrimonio, pero contrario a la opinión del Tribunal Constitucional chileno, eso no se debe entender como una restricción para no reconocer el matrimonio igualitario, más bien, la Corte enmarca diversos tipos de familias, a las cuales los heterosexuales han tenido acceso desde siempre.

En sí la lucha del matrimonio igualitario conlleva a un conglomerado de cosas, es el acceso a todos los modelos de familia posibles, no se trata de crear nuevos institutos (como se estableció en la OC 24/17), sino de incluir a todas las personas, sin distinción, a las ya existentes.

Restringir el acceso al matrimonio a las personas homosexuales, alegando que existen diversos tipos de familias no enmarcadas por el matrimonio, no solo es erróneo, sino que también contribuye a una discriminación sistemática. Antes se les denegaba el acceso por no encajar en el modelo de familia tradicional, ahora se les deniega el derecho, porque existen

²³⁷ Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 7774-2019*, 4 de junio, 2020. <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=6635>

diversos tipos de familia y no es necesario el matrimonio para constituir una. A todas luces se busca cualquier excusa para seguir violentando los Derechos Humanos de este grupo de personas.

En conclusión, Chile no solo no aplica el control de convencionalidad, sino que además presenta una discriminación sistematizada. Como se dijo, se basan en cualquier argumento para denegar este acceso, porque incluso, para desaplicar el control de convencionalidad existen niveles. Costa Rica no hizo una aplicación efectiva de este control, pero por diferentes motivos terminó aceptando el matrimonio igualitario, con muchos más desaciertos que aciertos, pero hoy es una realidad, lo que en Chile está sumamente lejos de cumplirse.

b) Análisis de sentencias relativas al tema del matrimonio igualitario

Entre los hechos generales que motivaron la discusión del tema del matrimonio igualitario en Colombia, es la presentación de varias solicitudes de matrimonio. Que tanto la Notaría como los Juzgados correspondientes rechazaron, alegando la carencia de competencia para autorizar un matrimonio entre personas del mismo sexo, también el Registro Civil se negó a su inscripción.

Se alegó que no existía legislación en el tema y que por la sentencia C-577 del año 2011 se definió el “vínculo contractual entre parejas del mismo sexo”, además de un plazo al Congreso que vencía el 20 de junio de 2013 para legislar sobre el tema. Ante su ausencia, correspondía a las figuras autorizadas formalizar estos vínculos contractuales. Ante esto, se presenta lo que en Colombia denominan “acción de tutela” por parte de distintos interesados contra la argumentación mencionada y en protección de los derechos fundamentales implicados al ser discriminados.

Seguidamente, se hará referencia a la resolución SU214/16, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, una sentencia unificada que incluye en su contenido la agrupación de todos los casos que se dio, en relación con el tema del matrimonio igualitario en el país en análisis y su respectiva sentencia. Surgen a nivel normativo, a raíz de la exclusión que hace la Constitución colombiana en el artículo 42 de las parejas homosexuales al acceso a la figura del matrimonio.

Los seis casos planteados inician una discusión sobre lo que se declaró en la mencionada sentencia C-577, al considerarse que hay un déficit en la protección al grupo en análisis y, por ello, no debe considerarse contrario al artículo constitucional el celebrar un contrato civil en lugar de una unión solemne innominada. Pues es más bien una adecuada interpretación el celebrar estos matrimonios, reflejando la autonomía judicial y la protección de los principios constitucionales de igualdad, libertad y dignidad.

Al respecto, se mencionará y desarrollará los argumentos más relevantes empleados por el órgano Constitucional Colombiano en esta sentencia.

Se indica, por parte de la Corte Constitucional que, por hermenéutica constitucional, el hecho que se enumere la categoría de parejas heterosexuales en la Constitución, no quiere decir que se excluye a otras. La Constitución debe ser interpretada de forma sistemática y a la luz de principios y derechos fundamentales, como lo son la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, por lo que nunca debe configurar tal discriminación.

La Corte Constitucional menciona que no pueden existir dos clases de matrimonio, pues su existencia quebrantaría los derechos supremos de igualdad, libertad y dignidad humana, pues se haría una discriminación, debido a la orientación sexual. Por el contrario, la figura que siempre se ha manejado de matrimonio, debe ser interpretada de forma evolutiva, dando protección a las minorías, dado que son las mayorías quienes gozan de su libertad para contraer matrimonio.

En la siguiente cita, el órgano constitucional manifiesta su rechazo al manejo de figuras diferentes por el simple hecho de la orientación sexual, generando así que unos gocen de una institución de mayor protección a la familia, mientras otros no:

Es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no solo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales. Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos

*categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de este.*²³⁸
(El resaltado no corresponde al original).

En este sentido, se fundamentó en lo que se denominó “la tiranía de las mayorías”, Giovanni Sartori lo define como el hecho de legislar o gobernar para la mayoría, dejando atrás o de lado los derechos de la minoría; sobre esto resalta el siguiente extracto:

*En un Estado Social de Derecho existe un conjunto de derechos fundamentales, cuyos contenidos esenciales configuran un “coto vedado” para las mayorías, es decir, un agregado de conquistas no negociables, entre ellas, aquella que tiene todo ser humano, en condiciones de igualdad, para unirse libremente con otro y conformar una familia, con miras a realizar un plan de vida común.*²³⁹

En el caso colombiano, se dio una importante omisión legislativa desde 1999, donde se archivó 18 proyectos de ley relacionados con el tema que atañe en este apartado. Ante ello, se aborda la competencia del órgano constitucional, según el principio de protección o prevalencia de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, quienes no pueden sujetarse a un plazo indefinido para el goce de sus derechos individuales.

Al respecto resalta la siguiente cita:

*La dinámica de nuestro sistema constitucional es que los individuos no tienen por qué esperar una acción legislativa para hacer valer un derecho fundamental. Las cortes nacionales están abiertas para individuos afectados, quienes llegan a ellas para vindicar sus intereses personales y directos contenidos en nuestra Carta más básica.*²⁴⁰

²³⁸ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia unificada 214/16*, pág. 57

²³⁹ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia unificada 214/16*, pág. 56

²⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia unificada 214/16* citando a la Corte de los Estados Unidos de América, sentencia del 26 de junio de 2015, en el caso *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. (2015), traducción libre., pág. 61

En la resolución se menciona el deber de los jueces, notarios y registradores de garantizar en sus actos los derechos fundamentales de todas las personas en igualdad.

En resoluciones anteriores, que serán abordadas más adelante, según su relevancia para esta investigación, se reconocen derechos como la dignidad humana, libertad e igualdad de las parejas del mismo sexo, mas no se hizo nunca en el caso específico del matrimonio hasta la sentencia C-577 de 2011.

Resalta la interpretación que se incorpora en la sentencia colombiana analizada, sobre el matrimonio, en este sentido, como la implicación de la disposición de las personas sobre su plan de vida junto a otra persona, tratándose entonces de una manifestación de la libertad individual. En la misma línea, incorpora dos de los fines matrimoniales que social y culturalmente se han manejado a nivel global.

Estos son, sexualidad y procreación, y los enfrenta como fines sin los cuales el vínculo matrimonial no dejaría de tener validez; se entra, entonces, a analizar la imposibilidad de limitar una figura legal que tiene su principal significado y sentido en la intimidad de cada persona, en sus sentimientos, constituyendo además, parte de la autodeterminación de cada individuo, incluso después de la muerte, entrando en el estado civil de viudez. Se trata de una manifestación de la libertad individual, donde las personas deciden formar una “comunidad de vida”.

Al respecto, resalta la siguiente cita, en la cual se puede extraer que la Corte Constitucional colombiana comprende el matrimonio como una manifestación de la libertad:

La libertad constitucional de unirse a otro ser humano, sea mediante un vínculo jurídico natural o solemne por medio de la celebración de un matrimonio es un derecho que deviene del raciocinio de los seres humanos, en cuya naturaleza y resolución converge algo tan esencial como la necesidad de relacionarse con otra persona para compartir la existencia y desarrollar un proyecto de vida común. El vínculo permanente de esta opción libre, está basado en los lazos o sentimientos más vitales y elementales de la condición humana.²⁴¹

²⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia unificada 214/16*, pág. 7

Se señala la línea jurisprudencial que sigue el órgano constitucional respecto a los derechos de las personas homosexuales, ya que, como se mencionó, en varias ocasiones se presentaron casos relacionados donde se concluyó que las parejas de orientación sexual homosexual son “un grupo tradicionalmente discriminado”. Se trata de una minoría que en caso de que enfrente una distinción por orientación sexual, debe someterse a control constitucional y, por ende, se presupone contrario y un acto transgresor de los derechos fundamentales de igualdad, dignidad y libertad.

Y en este mismo sentido, se analiza la inexistencia de un fundamento constitucional para que el Estado niegue la posibilidad del matrimonio a las personas homosexuales, dejando solamente la vía de la unión civil. Afirma que se trata de una discriminación basada en la orientación sexual, que atenta contra los derechos fundamentales, en evidente quebranto para el caso concreto.

Se ahonda en el derecho y principio de dignidad humana, donde se explica su derivación de la autonomía de la voluntad y, por ende, es una manifestación del derecho a la libertad. Se analiza como un factor intrínseco a cada persona, a su intimidad y se reconoce jurisprudencialmente lo siguiente:

...la dignidad de cada persona individualmente considerada y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes del ethos para determinarse en tres ámbitos concretos reconocidos por la jurisprudencia constitucional, a saber; “vivir como quiera”, “vivir bien” y “vivir sin humillaciones”. En ese sentido, el Estado no puede tolerar la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, toda vez que ello comporta un trato diferenciado fundado en la orientación sexual que quebranta la dignidad de la persona humana.²⁴² (El resaltado no corresponde al original).

Resalta para el ejemplo base de esta investigación, que en esta jurisprudencia se analiza un punto sobre cómo se manejó el tema del matrimonio igualitario, una vez vencido el plazo que se le dio al órgano legislativo para tratar la materia. Se indica que una vez

²⁴² Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia unificada 214/16*, pág. 10

concluido el tiempo (20 de Junio de 2013), los jueces civiles comenzaron a celebrar matrimonios con apego al principio de autonomía judicial, en concordancia con la Constitución y Tratados Internacionales; además haciendo efectivo el goce de los derechos de dignidad y a formar una familia, en apego al derecho de igualdad.

La sentencia realiza un abordaje de derecho comparado, con el fin de evidenciar la cuantificación de países que han erradicado la discriminación por razones de la orientación sexual. De los países que superaron este tema encontraron las siguientes soluciones: 1- vía judicial, 2- vía legislativa y 3- la protección de forma deficiente de reconocimiento de uniones de personas homosexuales distintas del matrimonio.

Es prudente resaltar que, para el caso de los derechos individuales de la población en comparación, se han protegido los derechos garantes, en este caso, de la posibilidad y acceso a un trato igual al que gozan las personas con orientación heterosexual.

Al respecto, sobresale la siguiente cita de la Corte Constitucional Colombiana, donde expone, en un pequeño extracto, lo que debe comprenderse como un trato justo, igualitario, un trato donde se garanticen los derechos fundamentales y humanos de toda persona:

Un trato justo, hacia los homosexuales, tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia, por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás. Si los homosexuales adoptan una conducta diferente, a la de los heterosexuales no por ello jurídicamente carecen de legitimidad. En aras del principio de igualdad, consagrado en la Carta como derecho constitucional fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual²⁴³

En las sentencias incluidas en la resolución unificada en análisis, se señala entre varios, un apartado referente a la improcedencia de la visión de la homosexualidad como una mala conducta en la docencia. Esto en relación con que no representa una anomalía patológica, sino que es parte del ámbito de la intimidad de las personas, parte del libre desarrollo de la

²⁴³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia unificada 214/16*, pág. 95

personalidad y, por ende, la estigmatización que sufren las personas sexualmente diversas, como sucedió en este caso en Colombia, es contrario a la Constitución.

En este sentido, resalta el siguiente señalamiento: *“mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral”*.²⁴⁴

En diversas ocasiones se discutió a lo largo de los años en este país sobre la violación al derecho a la igualdad, que se podía abordar en distintos casos, en referencia a lo que en adelante se verá como la evolución de Colombia en cuanto a los derechos de personas homosexuales.

Entre los más relevantes se encuentra el hecho de que no fueran contempladas las parejas homosexuales para el reconocimiento de derechos pensionales, con fundamento en que este tipo de parejas no estaban incluidas dentro de los supuestos del ideal de familia del ordenamiento jurídico. Se les consideró hasta el año 2006 como parte de “una realidad social distinta” y, por ello, no era viable incluirlos en el régimen especial de protección de la familia.

En el año 2007, mediante la sentencia C-075, la Corte colombiana cambia de criterio y se da el reconocimiento de la “unión marital para parejas del mismo sexo”. Para este año, se consideró que una ley que regulara la unión de hecho de forma exclusiva para las parejas heterosexuales era totalmente perjudicial para los derechos de dignidad, e intrínsecamente para el derecho humano y fundamental de la libertad.

En este sentido, admitió la Corte que una diferencia en el trato solo es amparada por la Constitución, si responde al principio de razonabilidad. Sin embargo, para este momento no se había resuelto sobre la situación patrimonial de las parejas del mismo sexo, este sería reconocido, junto con los derechos y deberes de estas parejas en la sentencia C-029 del 2009.

Prosiguiendo en el año 2007, en la sentencia C-811 se avanza hacia una mayor protección de los derechos de las personas homosexuales. Pues se incluye a las parejas homosexuales en la posibilidad de incluir a su pareja permanente como beneficiario, protegiendo, de esta forma, los derechos fundamentales a la salud y a una vida digna.

²⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia unificada 214/16*, pág. 104

Un año más tarde, en las sentencias C-336, T-124, se discutió el tema de la pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo. Donde la Corte definió como un “déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones”, por el hecho que se realizara esta diferenciación en cuanto a la orientación sexual. En este tema, la Corte decidió que no existía razón suficiente para realizar esta distinción en el acceso, ya que el objetivo de esta pensión es la protección a los seres queridos, en vista del fallecimiento del proveedor de la familia.

Este tema siguió en boga hasta el 2014, pues se trató en las siguientes sentencias: T-911 de 2009, T-051 de 2010, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-151 de 2014, T-327 de 2014 y T-935 de 2014. En todos los casos, se sometió a los solicitantes a trámites burocráticos, pero la Corte resaltó que se debía tratar de los mismos requisitos exigidos en el caso de los heterosexuales.

Pues se dio obstaculización administrativa, donde se realizaban investigaciones adicionales, en evidente desigualdad. De las anteriores resoluciones, destaca la T-051 del año 2010, pues en esta se constata los siguientes problemas jurídicos que obstaculizaban en el presente tema la materialización del derecho a la igualdad:

*La Corte evidenció que entre los principales obstáculos de orden jurídico se encontraban: (i) la aplicación de norma inaplicable; (ii) la exigencia de requisitos o trámites improcedentes; (iii) la interpretación contraria a la Constitución; (iv) la aplicación de procedimiento diferente y diferenciador; y (v) la inaplicación del precedente jurisprudencial y del bloque de constitucionalidad.*²⁴⁵

En este caso, se observa una gran obstaculización en la materialización de los derechos a la igualdad, dignidad, libertad e intimidad, pues a pesar de tratarse de situaciones de evidente violación a la Constitución, son más fuertes los criterios subjetivos que contemplan en el fondo los obstáculos mencionados en la cita anterior.

De igual forma, se agrega de forma relevante en la sentencia T-860 del año 2011 que en el caso de las parejas de orientación sexual homosexual, donde se diera la muerte de uno

²⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia unificada 214/16*, pág. 117

de los compañeros, antes de la notificación de la sentencia 336 del 2008, igual debía aplicársele de forma favorable el beneficio.

Esta lógica aplicaría en el caso de las sucesiones, al respecto resalta el siguiente extracto jurisprudencial:

No hay, entonces, motivo constitucionalmente atendible que justifique negar al compañero o compañera del mismo sexo que sobrevive al causante el derecho a recoger la herencia de la persona con quien conformó una familia, menos aún si, con el propósito protector que inspira la regulación superior de la familia, ese derecho ya ha sido reconocido al compañero o compañera permanente que sobrevive tratándose de la unión de hecho integrada por heterosexuales, también reconocida como familia y, por este aspecto, equiparable a la unión de hecho entre personas del mismo sexo.²⁴⁶

Es así como la Sala Plena determina, en este caso, que siempre que se lea la palabra “cónyuge”, debe entenderse comprendido en esta, al compañero o compañera que, de forma permanente, y según las exigencias de la unión de hecho, ha convivido con el causante, sin realizar distinción alguna, de si se trata de una persona del mismo o distinto sexo.

También se hace un pronunciamiento en esta sentencia, en referencia a la adopción de menores por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo. En este sentido, se extrae que la exclusión por parte de este tipo de parejas en la ley conforma una vulneración del principio de interés superior del menor y el derecho a tener una familia y, por supuesto, vulnera el derecho a la igualdad, todo esto en estricta relación con la omisión legislativa respecto del tema.

Es por ello que se somete a interpretación por control de constitucionalidad, entendiéndose que no se encuentra fundamento razonable y objetivo el eliminar la posibilidad a un menor de conseguir una familia por el mero hecho de no tratarse de una pareja heterosexual.

²⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia unificada 214/16*, pág. 124

Si se hace un recuento cronológico de los avances de este país en materia de derechos de personas homosexuales, se debería decir que existen dos años claves que propiciaron mayor apertura al reconocimiento e inclusión de nuevos derechos. Estos son 2007 y 2011. En el 2007 se incluye a las parejas del mismo sexo en la figura denominada “unión marital de hecho”, así mismo, se le reconoce el acceso al seguro social, pensiones y al régimen alimenticio.

Para el año 2011 se incluye a las uniones de hecho de personas del mismo sexo bajo la protección del artículo constitucional colombiano referente a la “familia”, dentro de él se abre el portillo para el reconocimiento de otros derechos inmersos, como lo son el derecho a ser incluido como heredero legítimo en la sucesión de su pareja y el derecho de adoptar.

Seguidamente, en el año 2011 surge el primer avance específico en el tema del matrimonio igualitario. Esto en la sentencia que se ha mencionado, la C-577. Sin embargo, la Corte resuelve dándole un plazo de dos años para que el Congreso legislara sobre los derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, y así se eliminare el déficit de protección que existía hacia esas parejas hasta el momento, concluyendo que si en ese plazo no se legislaba al respecto, quienes desearan formalizar su vínculo podrían solicitar su matrimonio a los jueces de competencia para la materia o a la notaría.

Ahora bien ¿Cuáles fueron los fundamentos por tomar en cuenta por la Corte Colombiana para resolver a favor del matrimonio igualitario? Se basó esencialmente el derecho fundamental a la familia y en sus distintos puntos de vista para analizar. Entre ellos se encuentra la obligación del Estado de proteger a la familia como institución base de la sociedad, aunado a ello, la prohibición de discriminar por el origen familiar; donde se ve otro derecho fundamental, el derecho a la igualdad.

En la misma línea se contempla el derecho a la intimidad familiar, el derecho de todos a no ser molestados, también en el derecho a no declarar en contra del cónyuge o compañero permanente. Por último, se fundamenta en el derecho de los menores de ser parte de una familia y no ser separados de ella; en este sentido, se podría hablar de un derecho intrínseco a los mencionados, el derecho a la dignidad humana.

En adelante, lo esencial fue determinar el concepto de familia que escogieron para dar bases a esta resolución que, en general, se fundamenta el derecho a la familia.

Al respecto, se tomó una concepción seguida desde el 2003:

*Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos.*²⁴⁷

Si se observa, se trata de una definición que contempla características de cualquier relación afectiva, sin importar una calificación de orientación sexual. En este sentido, parecen importar solo sus elementos esenciales, estos son: la existencia de una pareja con un proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, el mutuo auxilio y solidaridad entre los integrantes. Con el solo hecho de cumplir con estos elementos, esta pareja y familia, está protegida por la Constitución, sin hacer distinción alguna.

Otro aspecto destacable que tomó en cuenta la Sala Plena Colombiana para propiciar este gran paso jurídico fue el fundamento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y para garantizarlo resulta innegable subsanar el problema existente en la protección de este sector. Sin embargo, traslada por completo la competencia y la importante labor de acabar con esta problemática al Congreso, al respecto destaca la siguiente cita:

*...la determinación del tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido, por lo cual, al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales, aunque sí le compete determinar si el legislador ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, si la desprotección del grupo excede los márgenes admisibles y si la menor protección obedece a una discriminación prohibida.*²⁴⁸ (El resaltado no es del original).

²⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia unificada 214/16*, pág. 129

²⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia unificada 214/16*, pág. 132

En este sentido, se extrae de la cita, que la Corte considera que la competencia para proteger a las parejas homosexuales le corresponde a los legisladores, pero ante lo que la Corte denominó un exceso en la desprotección por parte del Congreso, entonces es cuando la Corte Constitucional tomaría cartas en el asunto, y legitimaría las uniones homosexuales en matrimonio.

Sin embargo, resulta interesante el hecho que la medida para determinar un exceso en la desprotección a un grupo que ya fue frecuentemente aceptado como minoría y desprotegido en un plazo de dos años más para legislar al respecto, teniendo en cuenta que a lo largo de los años y al menos desde el año 2007, ya se daban varios casos relevantes relacionados y se resolvía reconociendo derechos a este sector y, a pesar de ello, no se legislaba en la materia.

Ante la decisión tomada por la Corte en la mencionada sentencia C-577, se da toda la confusión que se ha relatado sobre si responde al pronunciamiento realizado por el órgano constitucional lo resuelto por los distintos jueces y notarios de la República, que tuvieron que actuar ante las solicitudes planteadas por la inacción del Congreso hacia el señalamiento de la sentencia.

En consecuencia, algunos operadores del derecho optaron por la creación de una nueva figura, sin cambiar el estado civil. Otros aplicaron la figura del matrimonio como aplicable extensivamente para estos casos. Es esta última optativa la que la Corte constata como directamente concordante con la interpretación constitucional, acorde con la evolución de los derechos de las parejas del mismo sexo, el principio de igualdad y no discriminación y atendiendo a la dignidad humana, como manifestación de la autonomía de toda persona.

Entre los abordajes destacables se encuentra la interpretación del principio de igualdad sobre este se maneja la misma concepción de Aristóteles sobre la igualdad para los iguales y la desigualdad para los desiguales, pero se aclara su modo de empleo en la siguiente cita:

A partir de la famosa formulación aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad, del cual se

*desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: (i) un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente; y (ii) un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones distintas.*²⁴⁹

Sobre esta interpretación se contempla los siguientes medios para que sea considerado violentado el derecho a la igualdad. En primer lugar, se hace una comparación de sujetos con rasgos comunes. Como segundo paso, se estudia si el trato que se les da a estos sujetos es de acuerdo con el criterio Aristotélico, se examina este trato, a la luz de la Constitución y, por último, se realiza un ejercicio de proporcionalidad en el trato distinto.

En Colombia se ha determinado este análisis constitucional como “test de igualdad”, y se han expuesto variados niveles de intensidad de esa prueba; los niveles son: débil, intermedio y estricto.

Ahora bien ¿Cuándo se utiliza determinado nivel de test? El débil corresponde a una situación, donde el fin por alcanzar con ese trato diferenciado sea un fin no prohibido constitucionalmente. El intermedio se dirige a la distinción positiva, se busca que el nivel de sacrificio de la población sea proporcional al beneficio. El nivel estricto se emplea para las denominadas “categorías sospechosas”, donde se debe buscar, no solo un beneficio proporcional, sino un fin superior y la discriminación debe ser la única medida posible para cumplir con ese fin supremo.²⁵⁰

El test empleado en el caso en análisis fue de nivel estricto, del cual se extrajo que la exclusión de las parejas homosexuales en el acceso a la figura del matrimonio no persigue fin constitucional alguno. Además de observar su contenido en instrumentos internacionales como la DUDH, la CADH y el PIDCP, también, la interpretación de igualdad y no discriminación hecha por la Corte IDH en el caso Duque vs Colombia.

²⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia unificada 214/16*, pág. 137

²⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia unificada 214/16*, pág. 138

Retomando una de las ideas abordadas inicialmente, uno de los argumentos más relevantes para que la Corte Constitucional llegara a esta resolución fue la hermenéutica constitucional. Con esta, se debe comprender que la Constitución no responde a prohibiciones, sino a principios y derechos fundamentales.

Se resalta lo siguiente: “**la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando per se la regla de interpretación “inclusio unius est exclusio alterius”, pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo**”.²⁵¹ (El resaltado no pertenece al original).

Como se ha mencionado, el resultado en Colombia ante el plazo estipulado por la Corte y la inoperancia del órgano legislativo fue la confusión sobre si era factible el uso de un contrato que, en ningún punto se asemejaba a la figura del matrimonio. Pues no brindaba ninguna protección o beneficio, por el hecho de no constituir una familia formal, civilmente reconocida, ni acarrea ningún derecho o deber.

En este caso, la Corte manifestó que esta clase de contrato nunca subsanaría el problema de protección de las parejas del mismo sexo que hizo ver en la sentencia C-577. Por lo que los jueces que, por el contrario, decidieron utilizar la figura existente y aplicada históricamente para parejas heterosexuales a estas parejas desprotegidas, una vez vencido el plazo de dos años.

Actuaron conforme a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la autonomía judicial; además de materializar y hacer valer derechos humanos y fundamentales, como lo son la igualdad, el derecho a formar una familia y la dignidad humana.

Ante tal respuesta, la Registraduría Nacional del Estado Civil, con su actuar negativo a inscribir los matrimonios igualitarios que fueron celebrados, desconoció los derechos fundamentales y humanos supra mencionados, de igual forma, los notarios que se negaron a celebrar estos matrimonios.

²⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia unificada 214/16*, pág. 140

Pues realizaron una equívoca interpretación constitucional y de la sentencia C-577, pues no estaban en posibilidad de negarse ante la solicitud de cualquier pareja, una vez llegada la fecha del 20 de junio del 2013, ni de crear una nueva figura que, en nada, resolvía el déficit de protección de las parejas del mismo sexo.

El motivo de la sentencia por analizar en el caso Mexicano (Ejecutoria núm. 1a./J. 43/2015 (10a.) de la Sala Primera), se ubica en una demanda planteada por una persona homosexual “*que impugna los decretos 142 y 155, que reforman, respectivamente el artículo 147 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima, 116 artículos del Código Civil para el Estado de Colima y 12 artículos del Código de Procedimientos Civiles Local*”.²⁵²

La Constitución reconoce las relaciones conyugales, pero en dos criterios. Uno es el matrimonio en una visión de corte heterosexual; el otro criterio es “el enlace conyugal”, reconocido para uso de parejas homosexuales. Por otro lado, en el Código Civil se alega una omisión legislativa por no incluir a las parejas del mismo sexo en los supuestos de la adopción, mediante el citado enlace conyugal.

En este sentido, se alega discriminación, debido a la orientación sexual, así también configura una afectación al interés legítimo individual, dignidad humana, libre autodeterminación sexual y el principio de igualdad y no discriminación. De manera sobresaliente, se aborda la obligación del juez natural de interpretar el derecho interno e internacional de oficio, según el principio pro persona, protegiendo los derechos humanos y atendiendo al ejercicio del control de convencionalidad.

En el análisis de esta sentencia, se considera relevante la determinación sobre si la normativa impugnada realmente discrimina a las personas, según su orientación sexual. Se inicia la discusión con el alegato de que, si bien existen figuras jurídicas distintas, según la orientación sexual, estos son: el matrimonio y el enlace conyugal, ambas figuras garantizan

²⁵² Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México, *Ejecutoria núm. 1a./J. 43/2015 (10a.)* del 30 de Junio de 2015, consultado el 20 de julio de 2020, <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/583457466>, párr. 16.

el acceso a los mismos beneficios y, por ello, se considera que se trata de figuras jurídicas que generan armonía, en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación.

A raíz de lo anterior, es innegable la existencia de una preferencia en la figura del matrimonio que se asume es trascendental, solamente para las parejas heterosexuales y simplemente están utilizando una figura nueva llamada “enlace conyugal”, para defender un ideal que, al final no se está materializando. La Sala Primera determina que se trata de un juicio de valor que crea un sesgo entre parejas homosexuales y heterosexuales, donde las primeras no pueden acceder al matrimonio.

Las normas implicadas no contienen una obligación de hacer o no hacer en contra de los homosexuales, pero sí generan que, a nivel de competencia, las autoridades correspondientes sean incapaces de celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo, pues solo se les contempla en la figura de enlace conyugal.

Aunado a esto, es relevante el análisis que realiza la Sala Primera sobre esta nueva figura, en cuanto a la discriminación que implica, ya que indica que el hecho de que se creara esta figura especial para el caso específico de los homosexuales, genera que se reconozca “una especie de ciudadanía disminuida” y, por supuesto, debe considerarse como tal, ya que están haciendo una categorización en la norma.

Es similar a una distinción por una condición de incapacidad, pero esta sería una discriminación positiva, basado en un deber del Estado de proteger para generar igualdad para los desiguales, sin embargo, en el caso concreto se habla de una discriminación que contrario a todo objeto de creación de la figura que se presume, genera un terrible desequilibrio.

Resalta la siguiente cita respecto a la valoración de una ley que conserva contenido discriminatorio, la cual se considera de necesaria comparación respecto al caso costarricense, lo cual se expondrá en las conclusiones de este capítulo:

En el caso de una ley que en su parte valorativa estigmatice por discriminación -por acción o por omisión- esta perpetúa sus efectos en el tiempo, por su naturaleza, puesto que implica una reiteración por parte de la ley, creando así una situación permanente que se lleva a cabo día a día, mientras no se subsane

*la discriminación en la ley. Esta peculiaridad conduce a que, en el supuesto mencionado, el plazo para la interposición de un amparo no pueda computarse a partir de un momento concreto, pues el agravio subsiste de forma continuada mientras persiste la proyección del mensaje tachado de discriminator. Por tanto, se trata de una violación permanente.*²⁵³ (El resaltado no pertenece al original).

De la cita anterior es posible extraer un análisis muy valioso y enriquecedor y es que la Sala Primera del Estado de Colima de México reconoce la perpetuación de la violación a un derecho fundamental y humano que es la igualdad. En este caso, en el transcurso del tiempo en el que se tiene por reconocida una norma como discriminatoria y no se subsana esa norma.

Incluso, habla de una “violación permanente”, por lo que le da una real importancia al factor tiempo y operatividad de una norma que violenta derechos, en este caso, vinculados con la distinción entre parejas homosexuales y heterosexuales, al existir una figura jurídica distinta para cada unión, según el tipo de interés sexual.

Luego, se realiza un análisis a nivel constitucional sobre las uniones de parejas del mismo sexo. Inicialmente, se discutía si el matrimonio entre personas del mismo sexo era inconstitucional, o si se podría incluir dentro de los preceptos constitucionales esta visión abierta respecto al matrimonio y la familia.

También se discutió si la regulación es discriminatoria al contener el requisito de los contrayentes de distinto sexo para acceder al matrimonio, o si está justificada esa distinción existente en los decretos, es decir, si constitucionalmente se permite la unión de personas del mismo sexo.

Ante ello se establece que la inclusión de parejas del mismo sexo en la posibilidad de acceder a la figura del matrimonio no es contraria a la Constitución, ni a la figura de la familia por estar protegida, y que es más bien inconstitucional la finalidad de procreación con la que

²⁵³ Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México, *Ejecutoria núm. 1a./J. 43/2015 (10a.)* del 30 de Junio de 2015, consultado el 20 de julio de 2020, <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/583457466>, párr. 111.

se ha interpretado el matrimonio, así también el requisito de que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.

Ahora bien, se entrará a conocer la discusión alrededor de la figura de “enlace conyugal”, que se ha mencionado, ya que se alega la existencia de una discriminación expresa generada por la norma, al impedir el acceso a la figura matrimonial, para crear una distinta solo para personas homosexuales que, a su vez, impide la igualdad en la protección a estos tipos de familias.

En este caso, es necesario visualizar a una pareja heterosexual que tiene plena seguridad en el acceso al matrimonio y la protección que esta figura le garantiza, y luego imaginar la inseguridad y marginación que ha de sentir una pareja homosexual, que saben que, gracias al artículo que crea el enlace conyugal, les es imposible acceder al instituto del matrimonio.

Es entonces cuando debe entrar a analizarse la posibilidad de que esta distinción y segregación se motive en una buena razón, pero de acuerdo con lo constatado en la legislación constitucional mexicana, existe lo que denominan “categorías sospechosas” de inconstitucionalidad, entre ellas, se constatan las siguientes:

Origen étnico, nacionalidad, género, edad, discapacidad, condición social, salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil "o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”²⁵⁴

Una vez arribadas estas categorías, corresponde realizar lo que en la legislación constitucional mexicana denominan “test de igualdad”, que se trata de un escrutinio donde se determina si la distinción basada en una categoría sospechosa conlleva un fin superior constitucional. Se considera que la norma debe destinarse a la persecución de ese fin mencionado, esa norma o medida, debe ser la menos restrictiva para conseguir el fin requerido.

²⁵⁴ Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México, *Ejecutoria núm. 1a./J. 43/2015 (10a.)* del 30 de Junio de 2015, consultado el 20 de julio de 2020, <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/583457466>, párr. 136.

Seguidamente, se examina conforme al caso concreto, donde se busca determinar si se hace una distinción entre enlaces conyugales y matrimonio basado en la discriminación por la orientación sexual. Al respecto, se contempla que constitucionalmente el legislador está obligado a proteger la figura de la familia, sin embargo, ¿para quién se dirige esta categoría?

Mediante el instrumento constitucional, se determina que el matrimonio habla expresamente de parejas heterosexuales y la figura de enlace conyugal hace la distinción para aplicación de las parejas homosexuales, y se les conoce a ambas como relaciones conyugales.

Se realiza un análisis sobre el contenido y significado del concepto de familia manejado en la Constitución, y es que para este punto se aborda la existencia de un concepto de interpretación evolutiva, donde deja claro que se incluye en este concepto a la diversidad sexual, respondiendo así a una realidad social y al derecho internacional de los derechos humanos.

La Sala Primera concluye en el siguiente extracto que, tras realizar el test de igualdad, de la normativa no se logra extraer ningún justificante razonable ante la distinción que se discute y que, por el contrario, se funda en el mero hecho de distinguir por discriminar:

La norma examinada excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas que sí están comprendidas en la definición, por el único hecho de su orientación sexual. La distinción es claramente discriminatoria, porque la orientación sexual no constituye un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso.²⁵⁵

En vista de lo anterior, la Sala Primera declara inconstitucional la medida tomada con base en aspectos subjetivos, y asegura que la discriminación histórica que ha perdurado es lo que ha causado la exclusión de las personas homosexuales en los beneficios de la figura

²⁵⁵ Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México, *Ejecutoria núm. 1a./J. 43/2015 (10a.)* del 30 de Junio de 2015, consultado el 20 de julio de 2020, <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/583457466>, párr. 157.

matrimonial. Incluso, establece una analogía con la discriminación por la raza que en el pasado fue la principal razón de exclusión en el matrimonio.

Destaca la siguiente manifestación de la Sala Primera, respecto a la creación de esta nueva figura para la supuesta eliminación de la problemática de discriminación, para con las personas homosexuales:

*Pretender, como lo hace el legislador local, que con la simple enunciación de que se equiparan los beneficios para todos aquellos que se encuentren en una "relación conyugal", es no entender la irradiación que tiene la figura del matrimonio frente a terceros.*²⁵⁶

Aunado a lo anterior, se realiza una comparación muy interesante respecto a la situación de igualdad en condiciones que se presume con la figura de enlace conyugal y la discriminación racial que se evidenció en el régimen “separados, pero iguales” surgido en Estados Unidos a finales del siglo XIX. En esta época, se excluía a la raza afrodescendiente por considerar a los “blancos” superiores.

En esta analogía, se puede decir que lo que impera hoy es un desequilibrio en cuanto a la consideración de una supremacía de la orientación sexual clásica frente a la diversidad sexual, afectando así derechos humanos y fundamentales.

Ahora bien, se entra a conocer el tema específico de la adopción y la procreación en el caso de las parejas homoparentales. Es innegable que otra de las problemáticas de esta discriminación infundada son las repercusiones en los menores involucrados en este tipo de familias, al ser sus padres discriminados legalmente. De forma indirecta, estos también son afectados y discriminados, pues genera una nueva categoría de distinción donde no debería: hijos de padres heterosexuales, e hijos de padres homosexuales.

Respecto a la libertad de configuración legislativa, se indica por la Sala Primera, que se encuentra limitada por los derechos humanos y fundamentales. Es decir, tanto por la Constitución como por los Tratados Internacionales que México suscribió, entre ellos, y para

²⁵⁶ Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México, *Ejecutoria núm. 1a./J. 43/2015 (10a.)* del 30 de Junio de 2015, consultado el 20 de julio de 2020, <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/583457466>, párr. 167.

el caso concreto que aquí se discute, el Congreso está limitado en su actuar por los derechos de libertad y no discriminación.

En este punto se resalta el siguiente extracto:

... la determinación ... del tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido", por lo cual, "al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al J. constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales ... aunque sí le compete determinar si el legislador ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, si la desprotección del grupo excede los márgenes admisibles y si la menor protección obedece a una discriminación prohibida.²⁵⁷ (El resaltado no pertenece al original).

En el extracto anterior, se habla de las competencias de cada órgano y que es justamente competencia del órgano legislativo el determinar y garantizar la protección de los sectores discriminados. Sin embargo, es competencia del órgano judicial constitucional fiscalizar la labor del órgano legislativo en cuanto al soporte constitucional con que cuenten sus decisiones legislativas. Para el caso concreto, resulta competente la Sala Primera, para conocer de la inconstitucionalidad de la normativa por exclusión tácita hacia las personas homosexuales.

Ahora bien, retomando el tema de la discriminación en el caso de la adopción, la Sala Primera hace una reiteración sobre la improcedencia de la figura del enlace conyugal, ya que incluirlo de esta forma en las posibilidades de adopción sería perpetuar una contradicción a los derechos humanos y fundamentales.

En este caso, lo que procede es la declaración de “discriminatoria” y, por ende, de inconstitucionalidad de la definición de matrimonio y la figura de enlace conyugal en su

²⁵⁷ Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México, *Ejecutoria núm. 1a./J. 43/2015 (10a.)* del 30 de Junio de 2015, consultado el 20 de julio de 2020, <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/583457466>, párr. 175.

momento manejada y, de esta forma, incluir indirectamente a las parejas homoparentales en la figura de la adopción.

Al mismo tiempo, lograr una consistencia con los derechos erga omnes, reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y cumplir con las obligaciones que involucran al Estado de México. Además, indica que este derecho debe extraerse del derecho a la vida familiar, donde la visión ha sido ampliada en el ámbito de la procreación y la crianza de los hijos. Es así como se determina una interpretación de la posibilidad de adoptar, a la luz de la igualdad de condiciones respecto de las parejas de distinto sexo.

A modo de conclusión, se extrae de esta sentencia los siguientes cambios de relevancia para los derechos de las personas homosexuales, más aun, sobre el derecho a la institución del matrimonio. Sobre la norma que contenía el título “relación conyugal”, ahora debía leerse la palabra “matrimonio”.

Así mismo, respecto al concepto de “enlace conyugal”, este sería expulsado y, por ello, cada vez que se leyera este término discriminatorio debería entenderse como “matrimonio”. Así también se declaró la inconstitucionalidad de la norma del Código Civil Local que determinaba distinciones con razón en los roles de género de las partes involucradas en el matrimonio.

La sentencia ecuatoriana que se analizará es la número 11-18-CN/19. La cual surge por la solicitud de celebración de un matrimonio entre dos hombres, que el Registro Civil se negó a inscribir, ya que el Ordenamiento Jurídico de este país solo admite el matrimonio entre personas de distinto sexo.

Ante esta respuesta, los implicados presentaron una acción de protección, donde indicaron como vulnerados los siguientes derechos: igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, protección de la familia y seguridad jurídica, en ella solicitan que se aplique la Opinión Consultiva OC-24/17.

La acción se presenta ante cualquier juez de primera instancia del lugar de residencia, en este caso, fue el juez de la unidad de Tránsito de Pichincha, se apela ante la Corte Provincial de Justicia que, en el caso en concreto, fue el Tribunal de la Sala Penal de Corte

Superior de Justicia de Pichincha y, finalmente, este remite el caso a consulta a la Corte Constitucional.

De forma preliminar se considera sobre un estudio estadístico que aborda las distintas situaciones que afrontan las personas sexualmente diversas, que tienen estricta injerencia en la necesidad de proteger las uniones entre parejas del mismo sexo, mediante la figura del matrimonio.

De los porcentajes develados, se desprende que muchas personas que se definen a sí mismas en el ámbito de la diversidad sexo-genérica, se encuentran en situaciones legales de efectos directos en la vida personal de cada individuo, en las cuales muchos desearían no encontrarse.

Así mismo, se encontró un importante porcentaje del 94,1 % de personas sexualmente diversas que ha sufrido de violencia, tanto psicológica como física, han sido violentados en sus derechos, incluso, en su libertad de tránsito arbitrariamente, y apenas un 8,3 % de estas acciones han sido denunciadas y, en la mayoría de los casos que fueron planteados, no se sancionó a los agresores.

Sumado a lo anterior, fue extraído un refuerzo para quienes afirman que la razón de la desprotección de parte del Estado para con las personas sexualmente diversas, lejos de ser una diferenciación razonable, como muchos desean afirmar, en realidad se basa en una inconciencia generalizada de la sociedad, que busca proteger exclusivamente las relaciones heterosexuales, bajo dictámenes de corte religioso. De allí el desprendimiento de una serie de comportamientos hostiles de parte de las familias con miembros del sector de la diversidad sexual-género.

Formando una cadena de estigmatización y discriminación, en conjunto con centros educativos, de trabajo, salud, administración de la justicia y, en general, espacios públicos y privados.

Todo esto analizado por organismos internacionales como la Corte IDH y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, resalta entre muchos el siguiente extracto:

...Asimismo, ha señalado que esa violencia basada en prejuicios "suele ser especialmente brutal" y ha considerado que constituye "una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género."²⁵⁸

Inicialmente, se discute la aceptación del matrimonio igualitario en la Opinión Consultiva OC 24/17 como inconstitucional, respecto al artículo 67 de la Carta Magna Ecuatoriana, que dice expresamente que el matrimonio solo es posible entre un hombre y una mujer.

Sin embargo, se resalta que la opinión consultiva, en este caso, está brindando derechos más favorables a las personas, por lo que prevalece sobre la Constitución, demostrando en este punto una jerarquía normativa similar a la que sigue Costa Rica, pues supra pone el derecho internacional sobre derechos humanos, cuando sean más favorables que los que otorga la Constitución.

Así también, se discute si la opinión consultiva califica como un instrumento internacional de derechos humanos de directa e inmediata aplicación en Ecuador; y en caso de ser efectivamente aplicable, cuáles son los efectos jurídicos en el caso de los funcionarios públicos y operadores de justicia.

En este sentido, se resalta un artículo constitucional, el 417, en este se indica que un tratado o instrumento internacional ratificado por Ecuador, de cierta forma condiciona a la Constitución, y que cuando se trate de estos se debe aplicar principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

En la misma línea resaltan el artículo 426 del mismo cuerpo constitucional, donde se expresa la inmediata aplicación y cumplimiento que conllevan los derechos fundamentales y humanos; esto responde, en definitiva, a la primera consulta realizada.

Sobre el valor interpretativo de las opiniones consultivas, se recuerda que la Corte, como órgano interpretador de la CADH, ha constatado que los tratados obligan a los Estados

²⁵⁸ Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia No. 11-18-CN/19 del 12 de junio de 2019*, párrafo 15, citando a la Corte IDH, Opinión Consultiva OC24/17, párrafo 36.

parte. Incluye a los poderes conformadores de estos, y de ahí la consecuencia de la responsabilidad internacional para el Estado, que evada esta obligación, ligada del ejercicio del control de convencionalidad, y que este debe abordarse desde la competencia contenciosa y consultiva de la que goza la Corte IDH.

En la misma línea, resalta el siguiente extracto que emite la Corte Constitucional Ecuatoriana, en cuanto al valor jurídico de la OC 24/17:

*...por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, **en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos.***²⁵⁹

En el extracto se logra demostrar, además, lo mencionado respecto a la jerarquía normativa utiliza en este país. Se observa no solo el uso del control convencional y constitucional, sino que ante el choque de derecho interno con derecho internacional, expresa como solución el último nivel de la pirámide jerárquica del Ordenamiento Jurídico manejado en su Nación, siendo que tendrá más peso que la misma Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; incluso manifiesta la Corte que “Ecuador tiene la obligación de cumplir de buena fe, sin que se pueda “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.²⁶⁰

En presencia de estas apreciaciones de la Corte Constitucional, es deducible que a pesar de que un artículo de la Constitución de Ecuador exponga la figura del matrimonio como la unión exclusivamente heterosexual, pesa sobre esta afirmación lo garantizado por la

²⁵⁹ Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia No. 11-18-CN/19* del 12 de junio de 2019, consultado el 10 de agosto de 2020, <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf&ved=2ahUKEwin5Z7Vl5LrAhVop1kKHZrxDuEQFjAAegQIBRAB&usg=AOvVaw2AgK4vKveyFHn5DAldo35>- párr. 37

²⁶⁰ Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia No. 11-18-CN/19* del 12 de junio de 2019, consultado el 10 de agosto de 2020, <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf&ved=2ahUKEwin5Z7Vl5LrAhVop1kKHZrxDuEQFjAAegQIBRAB&usg=AOvVaw2AgK4vKveyFHn5DAldo35>- párr. 38.

Corte IDH, en este caso, en atención a la armonía que busca el control convencional y una visión, tanto evolutiva como de importancia sociológica del matrimonio. Donde esta se debe observar de acuerdo al (sic) significado en la vida privada de las personas y los cambios en las concepciones de “familia”.

Unificado a estas ideas, se somete la interpretación de las normas en discrepancia a lo que es posible denominar como “filtros”, pues se somete a interpretaciones a la luz del derecho a la igualdad y no discriminación, así como a la interpretación de acuerdo con lo más razonable y lo más favorable a los derechos, lo más evolutivo, la protección al derecho al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, la identidad, la libre contratación, el derecho al matrimonio y a la unión de hecho como figura sustitutiva del matrimonio. Por último, bajo una visión del problema sobre la posibilidad de armonizar exigencias internacionales con internas.²⁶¹

Ahora bien, se hará una exposición de los puntos más importantes abordados por la Corte Constitucional Ecuatoriana respecto de cada uno de los derechos de necesaria interpretación y análisis, al ser directamente vinculantes en el tema del matrimonio igualitario. Respecto al derecho a la familia y matrimonio se entienden bajo la conformación en sí mismo de la diversidad e igualdad de los miembros conformantes de ambas figuras, atendiendo por supuesto, a la evolución social.

Esto quiere decir que no es posible y concordante con la idea pensar en tipos de familias de acuerdo con una lista, sino que, de acuerdo con la realidad social se irán integrando los diversos tipos de familias en la composición del derecho a la familia. Destaca en la interpretación del derecho a la familia la siguiente visión resaltada por la Corte Constitucional:

El derecho a la familia es un derecho-fin al que toda persona puede aspirar sin discriminación alguna. El matrimonio es un derecho-medio, que permite

²⁶¹ Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia No. 11-18-CN/19* del 12 de junio de 2019, consultado el 10 de agosto de 2020, [https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf&ved=2ahUKewin5Z7Vl5LrAhVop1kKHZrxDuEQFjAAegQIBRAB&usg=AOvVaw2AgK4vKveyFHn5DAldo35-](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf&ved=2ahUKewin5Z7Vl5LrAhVop1kKHZrxDuEQFjAAegQIBRAB&usg=AOvVaw2AgK4vKveyFHn5DAldo35- párr. 50.)

*acceder a conformar una familia, al igual que otros medios, como la unión de hecho o el matrimonio religioso*²⁶². (El resaltado no pertenece al original).

En la cita precedente es posible observar una propuesta interesante a la problemática planteada en el capítulo quinto de esta investigación. Ya que se resuelve el problema de si el matrimonio es un derecho o una institución de la siguiente forma.

El matrimonio es un derecho y una institución, la Corte ecuatoriana lo ve como un derecho - medio que, de acuerdo con el análisis que se realizó en el capítulo supra mencionado, la postura determinante para indicar que el matrimonio más que un derecho es un instituto, fue precisamente la visión de él como un medio para acceder o materializar otros derechos, como el de conformar una familia que se menciona en la cita.

Sin embargo, también es un medio para materializar el derecho a la igualdad, la libertad y a la privacidad. A pesar de lo que por deducción se arroja de la cita, la Corte Ecuatoriana se contradice, pues defiende la posición de que el matrimonio es, en realidad, un derecho, pues es así como interpreta los artículos referentes de la DUDH, PIDCP y CADH, ejerciendo una interpretación normativa internacional totalmente literal.

Por otro lado, es óptimo el análisis del derecho a la igualdad y la razonabilidad. Es necesario hacer la siguiente pregunta ¿Es razonable que el matrimonio, visto desde la idea de “derecho -medio” sea limitado a un grupo en particular? Ante tal pregunta es fundamental acudir a un análisis de igualdad y no discriminación.

La Constitución Ecuatoriana establece que es obligación del Estado garantizar sin discriminación el goce de los derechos fundamentales e internacionales. Se determina la importancia de este derecho, a tal grado que se establece como obligación del Estado, además de la garantía de su goce, la eliminación de facto de cualquier norma o acto que genere o mantenga una situación de evidente desigualdad.

²⁶² Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia No. 11-18-CN/19* del 12 de junio de 2019, consultado el 10 de agosto de 2020, <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf&ved=2ahUKewin5Z7Vl5LrAhVop1kKHZrxDuEQFjAAegQIBRAB&usg=AOvVaw2AgK4vKveyFHn5DAldo35>- párr. 55.

Continuando con el análisis de este derecho, es esencial hablar de los filtros por los cuales se logra la determinación de la existencia de una discriminación; deben existir personas con condiciones semejantes y que la diferencia entre estas personas radique en un trato diferenciado para con una de estas dos.

Por último, se evalúa el resultado, y si fue por trato diferenciado con justificación o por el mero hecho de discriminar, tomando en cuenta que, para el caso concreto, existe una lista de categorías sospechosas de ser discriminatorias. Entre ellas se encuentra la categoría aquí discutida, donde se le garantiza el derecho al acceso al matrimonio de forma exclusiva a las parejas heterosexuales, distinción que no acompaña justificación de peso alguna que se considere proporcional y no arbitrario.

Para determinar la proporcionalidad, se debe realizar otro filtro o “test”; en este caso, la Corte señala, como en los países anteriores, la necesidad de la existencia de un fin constitucionalmente válido, idoneidad y necesidad de la medida que se tomó para proteger a ese fin. Por último, proporcionalidad entre la medida aplicada y la protección del fin; como es de conocimiento, en el caso concreto, no es posible superar este test, pues el fin es la perpetuación de una norma, que excluye y distingue en el concepto “familia”.

En el cual, tal como se analizó, su interpretación ha dejado de ser rígida y literal, ha dejado de responder a concepciones religiosas y moralistas para transformarse en un concepto inclusivo. La protección de la interpretación antigua sería una medida totalmente contraria al fin que debe perseguir ahora la norma, que es la inclusión de los modernos tipos de familias.

Resalta la siguiente manifestación de la Corte Ecuatoriana respecto a la separación de las creencias religiosas y las interpretaciones de las normas:

...el Estado debe favorecer un ambiente de pluralidad y tolerancia, esto es que, en una sociedad democrática, **el Estado debe respetar a quienes practican su religión o creencia, pero no debe imponer, vía normas generales y abstractas, una sola forma de entendimiento religiosa o moral a toda la población.** Un Estado laico impide que una creencia se imponga a todas las

personas y mucho menos si es que esa creencia excluye, impide, restringe o niega derechos de una minoría.²⁶³ (El resaltado no pertenece al original).

En Ecuador califican a las razones detrás de la defensa de las normas generadoras de discriminación como “fines extralegales”, un extracto muy importante de comparar con Costa Rica. La existencia de estos fines extralegales es minimizada por el Estado y sus poderes, tal como se pudo analizar en el capítulo de esta investigación sobre factores extrajurídicos.

Ahora es preciso hablar de otro derecho de estricta vinculatoriedad para el tema en disputa, la autonomía de la voluntad. Y es que la decisión de contraer matrimonio no es más que la manifestación de esta autonomía de la voluntad, de la toma de elecciones en la vida privada, que además se vinculan con la dignidad e identidad de cada persona, y que en nada afectan al Estado o a terceros.

Se incluye, además, en otro derecho afectado en este tema, que es el de libre desarrollo de la personalidad, el cual abarca la posibilidad de las personas de autodeterminarse y seleccionar un modelo de vida acorde con sus intereses.

En los países analizados, se observó el argumento del fin del matrimonio. En este sentido, hablaban de la procreación, este argumento no cambió en Ecuador, pero al igual que en los países precedentes, se indicó que este no es un fin legítimo que justifica un trato desigual para con las parejas homosexuales. Además, se agrega que constitucionalmente hablando no se indica, en ningún momento, un fin para el matrimonio.

Se indica respecto a estos “fines constitucionales” situaciones de tipo positivo, pues se basa en la garantía de goce de derechos, sin discriminación o en la generación de condiciones para garantizar el reconocimiento y ejercicio de derechos. Como se observa, estos fines siempre se caracterizan por tratarse de garantías, lejos de contemplarse una restricción para excluir a un grupo, en este caso, las personas homosexuales en el ejercicio

²⁶³ Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia No. 11-18-CN/19* del 12 de junio de 2019, consultado el 10 de agosto de 2020, [https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf&ved=2ahUKewin5Z7Vl5LrAhVop1kKHZrxDuEQFjAAegQIBRAB&usg=AOvVaw2AgK4vKveyFHn5DAldo35-](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf&ved=2ahUKewin5Z7Vl5LrAhVop1kKHZrxDuEQFjAAegQIBRAB&usg=AOvVaw2AgK4vKveyFHn5DAldo35- párr. 94.)

de un derecho. Incluso se considera inconstitucional cualquier regresión que, de manera injustificada, afecte el ejercicio de los derechos.

Ahora bien, existen distinciones en busca de igualdad real en la desigualdad. En este punto, se habla de lo que se refirió; la idea aristotélica de igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales. Sin embargo, en la Constitución no se contempla justificación alguna para comprender como razonable la exclusión aquí discutida. El matrimonio tiene como fin la protección de la familia y esto debe suponer de forma inmediata una interpretación evolutiva, es decir, debe incluirse en el concepto de familia a las personas homosexuales que deciden convivir de forma estable.

Sería totalmente contradictorio e inidóneo usar la protección a la familia como fin justificante discriminar, tampoco podríamos hablar de una medida necesaria, debido al gran impacto negativo que causa en derechos como igualdad, dignidad y libertad de las parejas homosexuales, además de ser evidentemente innecesaria para proteger a la familia, ya que es todo lo contrario; es más bien una medida necesaria incluir a este tipo de pareja en la figura existente matrimonial para proteger a la familia.

Es por todo lo anterior que la Corte señala que no es posible hablar de proporcionalidad, ya que como se ha dicho reiteradamente, no se da ningún equilibrio protección/ restricción. La medida genera gran daño al garantizar un derecho a unos y anularlo a otros. También se habla de la afectación a terceras personas, el cual tampoco existe, ya que en su caso debería de tratarse de una afectación real, contable, singularizada hacia las parejas heterosexuales, cosa que evidentemente no se da.

Un punto muy resaltante en el análisis de esta sentencia es la aplicación de la norma más favorable, ya que se realiza una excelente aplicación del tema de jerarquía. En Ecuador se observa la jerarquía en dos vertientes; jerarquía normativa, que es la ya conocida por todos, en la que se superpone la Constitución a cualquier otra norma.

Pero, también contempla, en la misma Constitución, artículo 426, la llamada “jerarquía axiológica” cuya teoría y funcionamiento es básicamente el mismo que en Costa Rica; establece que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tendrán superioridad

a la Constitución, cuando contemplen un contenido más favorable que lo que la Constitución reza, además, su aplicación es de oficio.

La Corte Constitucional hace una definición de lo que significa el bloque de constitucionalidad, para ello se resalta la siguiente cita:

*...la Constitución tiene más derechos que los expresamente reconocidos en su texto, o que los derechos y el contenido de los derechos constitucionales se desarrollan en instrumentos ajenos a su texto, es lo que se ha conocido como el bloque de constitucionalidad.*²⁶⁴

En palabras más sencillas, se define como bloque de constitucionalidad a la integración de normas constitucionales, normas de derechos humanos de instrumentos internacionales y a las denominadas “normas innominadas”, las cuales no se encuentra en ninguno de los textos anteriores.

En este sentido se expresa la amplitud de fuentes que forman parte de tal bloque, entre ellas, las opiniones consultivas de la Corte IDH; es por la interpretación que realiza la Corte que en el caso del matrimonio, se reconoce este derecho para personas del mismo sexo. De aquí se desprende la solución a todos los dilemas sobre contradicción de las normas y es que nunca habrá tal problemática, si se domina el bloque de constitucionalidad.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional Ecuatoriana sigue la interpretación emitida por la Corte IDH en la OC-24/17 al hablar de la interpretación evolutiva de las normas, indicando que se trata de instrumentos vivos, capaces de adaptarse a las distintas situaciones de las personas y sus respectivas modificaciones a lo largo del tiempo, que además deben ser interpretados conforme a la realidad social, utilidad, su objetivo y fin.

Ahora bien, la Corte Ecuatoriana hace una comparación con extractos de la sentencia ya analizada de Colombia, es este caso, como aprendizaje de la experiencia que este país tuvo

²⁶⁴ Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia No. 11-18-CN/19* del 12 de junio de 2019, consultado el 10 de agosto de 2020, [https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf&ved=2ahUKewin5Z7Vl5LrAhVop1kKHZrxDuEQFjAAegQIBRAB&usq=AOvVaw2Agk4vKveyFHn5DAldo35-](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf&ved=2ahUKewin5Z7Vl5LrAhVop1kKHZrxDuEQFjAAegQIBRAB&usq=AOvVaw2Agk4vKveyFHn5DAldo35- párr. 139.)

con relación con el tema, que como se analizó, creó una figura denominada enlace conyugal para dar protección a las parejas homosexuales, sin necesidad de crear una figura.

Resalta la siguiente cita:

La lección del proceso colombiano es que la derivación al parlamento, el reconocimiento gradual del derecho al matrimonio, o la creación de una figura distinta a la unión de hecho o al matrimonio, "no es un camino ideal pues ha supuesto muchas formas de discriminación judicial, estatal y personal de un grupo históricamente vulnerado y marginado, como son las personas LGBTI.

La Corte Ecuatoriana, a modo general determina que mediante la complementación que emana del bloque de constitucionalidad, mediante la OC-24/17, se termina por resolver la distinción que realiza el artículo 67 constitucional, el cual exigía la conformación de un hombre y una mujer para el acceso a la figura del matrimonio.

En respuesta a la última de las preguntas planteadas al inicio de este apartado sobre los efectos jurídicos que conllevaría la aplicación de la OC-24/17, para el caso de los operadores de justicia y funcionarios públicos, se establece un deber de adecuación del sistema jurídico a los derechos que reconocen los instrumentos internacionales, con el fin de no perpetuar la exclusión y discriminación que se dio hasta el momento.

Se reitera la obligación de toda autoridad pública de efectuar el control de convencionalidad, donde se obliga a los Estados a aplicar normas constitucionales, convencionales y todos aquellos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Como es de conocimiento, según se estudió en capítulos anteriores de esta investigación, el control de convencionalidad y constitucionalidad se complementan, pues no es posible hablar de un adecuado ejercicio de uno sin el otro; por supuesto, los jueces se encuentran obligados a realizar una efectiva tutela de los derechos de quienes reclamen una violación a estos. Además, se establece como efecto jurídico la responsabilidad internacional ante la inobservancia de la Opinión Consultiva.

Por último, se destaca la siguiente cita referente al tema del tiempo para adecuar la normativa y realizar los cambios requeridos para la garantía de los derechos en este caso implicados:

*Postergar la adecuación normativa, cuando la Corte Constitucional ejerce sus competencias constitucionales, significaría incumplir el artículo 84 de la Constitución y el artículo 2 de la CADH, y **dilatar innecesariamente el respeto y garantía de los derechos humanos que son obligaciones generales del Estado que emanan del artículo 1de la CADH.***²⁶⁵ (El resaltado no pertenece al original).

Se recalca, en este punto, una cita que hace referencia a una adecuada y efectiva aplicación del control constitucional y convencional, donde el órgano constitucional ecuatoriano reprende y rechaza toda forma de atrasar la superación de un tema que se ha constatado por todos los medios, que es abiertamente contrario a los derechos humanos y fundamentales, donde además, se cuenta con una pronunciación por parte del órgano interpretador por excelencia de la CADH, de carácter totalmente vinculante para todos los Estados firmantes de la CADH, sin importar que se trate de un caso no contencioso, y que ante la desobediencia por parte de un Estado firmante, podría acarrear para este responsabilidad internacional.

Deja claro esta Corte que todo atraso respecto a la adecuación normativa correspondiente sería totalmente injustificada y transgresora de la CADH y de su misma Constitución, por lo que despeja dudas sobre su entrada en vigencia. Siendo que esta sentencia se emite el 12 de junio del 2019 y para el 8 de julio del mismo año el Registro Oficial de Ecuador formaliza la sentencia que procura el surgimiento del matrimonio igualitario en este país y para el 18 de julio del 2019 ya se celebraba el primer matrimonio entre personas del mismo sexo.

Mientras que, en Costa Rica, se contaba con tal resolución de la Sala Constitucional desde el 8 de agosto del 2018, pero no es sino hasta el 26 de mayo del 2020, cuando se materializó y se hizo efectivo el fallo. Parece increíble que fue incluso gracias a la consulta que Costa

²⁶⁵ Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia No. 11-18-CN/19* del 12 de junio de 2019, consultado el 10 de agosto de 2020, [https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf&ved=2ahUKewin5Z7Vl5LrAhVop1kKHZrxDuEQFjAAegQIBRAB&usg=AOvVaw2Agk4vKveyFHn5DAldo35-](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf&ved=2ahUKewin5Z7Vl5LrAhVop1kKHZrxDuEQFjAAegQIBRAB&usg=AOvVaw2Agk4vKveyFHn5DAldo35- párr. 258.)

Rica realiza a la Corte IDH, que Ecuador legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ecuador, el primero en hacer efectivos los derechos de este sector que, por años, fue discriminado y minorizado.

En lo que se refiere al caso chileno, el motivo de la sentencia por analizar (Rol 7774-2019) del Tribunal Constitucional de este país, es una acción de inconstitucionalidad presentada por una mujer española y una mujer chilena, con el fin de inaplicar el inciso final del artículo 12 de la ley 20.830 el cual reza lo siguiente:

Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo.” y el artículo 80 de la ley de matrimonio civil en la frase “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.

Las accionantes se casaron en España en el 2012, tiempo después, una de ellas se somete a un proceso de fertilización in vitro, avanzado el embarazo, proceden a inscribir su matrimonio en el Registro Civil Chileno. El Registro, en lugar de inscribir el matrimonio de las accionantes, inscribe un “acuerdo de unión civil”, el cual no brinda al niño involucrado la protección de la presunción de maternidad, ni le permite a la otra madre el reconocimiento de su hijo.

Ante lo expuesto, las accionantes reclaman el actuar ilegal y arbitrario que genera discriminación, con razón en la orientación sexual, vulnerando otros derechos del menor de edad como lo es el derecho a la identidad y, con ella, a la dignidad. Así mismo, se alega la desprotección al interés superior del menor, al impedirle ser hijo matrimonial, además de privarle de contar con el reconocimiento legal de una de sus madres.

Al respecto, el órgano constitucional chileno emite una sentencia con una serie de argumentos retrógrados y con interpretaciones aún más atrasadas en el tiempo de concepciones base como matrimonio y familia. Además de artículos de instrumentos internacionales, de los cuales asume una interpretación para la cual no tiene competencia, la utiliza para perpetuar la desprotección que sufren las personas homosexuales en Chile. Ahora

bien, se procederá a hacer un recuento de las posiciones del Tribunal Constitucional en este tema.

Inicialmente, se alega que no existe tal desprotección a la familia, porque Chile no contempla otro tipo de familia más que la tradicional, es decir, la constituida por un matrimonio entre un hombre y una mujer. Es por esta razón que también argumenta la inexistencia de la discriminación, ya que es requisito en la figura matrimonial el contar con personas de distinto sexo.

Al parecer, también adopta una postura donde en teoría nunca se vería afectada la dignidad e identidad de una persona, pues esta es intrínseca al cada ser humano y, por supuesto, defiende que en Chile no existe la figura de la filiación, más que para la pareja heterosexual.

Respecto a la figura del acuerdo de unión civil, se indica, por parte del Tribunal, que se trata de la figura que creó Chile para generar igualdad para las parejas homosexuales que se casaran en el extranjero. Es decir, no será reconocido un matrimonio como tal en Chile, sino que en todos los casos, se les inscribirá como una unión civil, porque esta es la figura que Chile destina para las parejas casadas de personas homosexuales.

De esta forma, se procede a realizar un análisis conceptual de los siguientes términos: familia, matrimonio y acuerdo de unión civil.

Sobre el término “familia”, tal y como se conoce en la mayoría de las legislaciones, es el núcleo o base fundamental de la sociedad, y de allí proviene el deber del Estado de protegerla. Sin embargo, se hace la salvedad, en el caso, agregando que es necesario realizar una interpretación de la Carta Magna, según la época en la que se redactó la norma, siguiendo el criterio restringido, donde por familia se entenderá, exclusivamente, la constituida por mujer, hombre e hijos.

Siguiendo con la interpretación del concepto de “familia” se destaca la siguiente cita:

Que, el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 17 expresa “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas

*para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención”. Esta regla es coincidente con el Estatuto Constitucional Chileno en orden a elevar a principio la institución de la familia y su protección, cuya base fundamental es el matrimonio entendido como unión de un varón y una mujer.*²⁶⁶ (El resaltado no pertenece al original).

En esta oportunidad, se observa un criterio de parte del órgano constitucional chileno, donde se expone, atribuyéndose la competencia para interpretar el Pacto de San José. Sin atender a más que una interpretación textual de la normativa internacional, donde según asegura el Tribunal Constitucional Chileno, esta norma internacional protege una familia exclusivamente de integrantes heterosexuales.

Seguidamente, los jueces redactores de la presente sentencia, se basan en una resolución de la Corte Constitucional Italiana, para fundamentar un argumento en contra de la idea de una interpretación, acorde con una realidad social.

Se resalta, al respecto, la siguiente cita:

*En este sentido, el criterio expresado por la Corte Constitucional de Italia (sentencia rol 138/2010), en orden a considerar que el concepto de familia no puede entenderse cristalizado o encapsulado, como se asimilaba al momento de entrar a regir el texto primero constitucional. No obstante, existiendo un estatuto jurídico sobre la familia plenamente vigente -señala el fallo constitucional italiano- “el significado del precepto constitucional no puede ser alterado por una interpretación creativa.”*²⁶⁷ (El resaltado no pertenece al original).

²⁶⁶ Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 7774-2019* del 4 de junio de 2020, consultado el 30 de julio de 2020, <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=6635>, considerando, párr. décimo primero.

²⁶⁷ Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 7774-2019* del 4 de junio de 2020, consultado el 30 de julio de 2020, <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=6635>, considerando, párr. décimo segundo.

Es según esta cita, que el Tribunal decide conservar un criterio originalista de la norma constitucional que comprende a la familia, su protección y efectos, de forma exclusiva, según la interpretación clásica conocida. Además, se tiene por subsanado el deber del Estado para con las personas homosexuales al reconocer su existencia mediante la Ley N°20.830, en la que se establece la figura del acuerdo de unión civil.

En este punto, es curioso que una de las conclusiones que resalta esta sentencia es un mensaje presidencial que se emite en agosto del 2011, que es el impulsor de la ley supra mencionada, en la cual se hace una defensa a la estancada posición del matrimonio heterosexual; esto representa una profunda codependencia en la división de poderes chilenos, con un acuerdo perturbador en cuanto al concepto matrimonial.

El “matrimonio”, es entendido constitucionalmente como institución básica de la familia, que se basa en la voluntad de cada persona con restricciones de edad y requisitos; entre ellos, por supuesto, el que los contrayentes sean un hombre y una mujer.

Al respecto se aborda la siguiente idea:

La inexistencia de autorización legal para celebrar matrimonios entre personas de un mismo sexo en el ordenamiento jurídico chileno, “no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador y no a esta Magistratura Constitucional, dar forma a las nuevas instituciones legales que vengán a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución.”²⁶⁸

Según la cita anterior, el Tribunal asegura que no le compete evaluar la validez del matrimonio de las solicitantes, ya que este tema es de exclusiva competencia del órgano legislativo, pues este es el encargado de modificar o crear normas que se adapten a la realidad y necesidades de sociedad, pero estos jueces olvidan en este punto, su deber de verificar que

²⁶⁸ Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 7774-2019* del 4 de junio de 2020, consultado el 30 de julio de 2020, <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=6635>, considerando, párr. décimo sexto.

el poder legislativo respete y se fundamente en los derechos constitucionales y convencionales al realizar su labor. Este ha sido el criterio que se ha expuesto en el análisis de jurisprudencias en países anteriores, sin embargo, este no parece ser un criterio para considerar en Chile.

Se agrega un particular criterio en esta sentencia respecto a este concepto, y es que se inicia un argumento, indicando que no es posible destinar la figura matrimonial solamente a las parejas heterosexuales, sería determinar que el matrimonio homosexual es un derecho fundamental, lo cual, para este órgano es improcedente, pues le correspondería al órgano legislativo dilucidar esto.

Sin embargo, es visible que estos jueces constitucionales se enfocan en una lectura demasiado explícita de las normas, no se interpreta más allá de la letra de la ley y la Constitución. En este caso, más que tratarse del matrimonio igualitario como derecho fundamental, se versa sobre la materialización de un derecho humano y fundamental que es el de la igualdad.

Por último, se realiza un análisis del contrato que creó este país para contemplar las uniones de parejas del mismo sexo: “acuerdo de unión civil”. Según manifiesta el Tribunal Chileno, esta figura representa el esmero, por reconocer legalmente los derechos y obligaciones de parejas que cuentan con las mismas características que las parejas heterosexuales, las cuales desean unirse en matrimonio.

La salvedad es, que al no incluir, según la interpretación analizada, a las personas homosexuales en la figura matrimonial, se decidió visibilizarlos de esta forma tan discriminatoria, creando una figura que equiparara al matrimonio.

En apoyo a esto, se expondrá la siguiente cita:

El Acuerdo de Unión Civil consagra la protección y reconocimiento jurídico de aquellas personas que teniendo un vínculo de carácter afectivo, compartiendo un hogar común, declaran la voluntad de otorgar a tal relación una estabilidad en el tiempo para lo cual deben, libre y consentidamente, celebrar una convención denominada “Acuerdo de Unión Civil”, con el objeto asumir los

*derechos y obligaciones que dicho cuerpo legal establece para esta clase de contratos.*²⁶⁹

Sumada a esta postura, el Tribunal Chileno emplea para su argumentación una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el caso de Chapin y Charpentier contra Francia, del año 2016, retomando su sentencia Schalk y Kopf, donde se expresó lo siguiente:

*...aunque la institución del matrimonio había sido profundamente modificada por la evolución de la sociedad desde la adopción de la Convención, no existía un consenso europeo sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Sostuvo que el artículo 12 del Convenio se aplicaba a la denuncia de los demandantes, pero que la autorización o prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo se regía por las leyes nacionales de los Estados contratantes.*²⁷⁰

Mediante este extracto, se avistan los intentos desesperados del Tribunal Chileno por fundamentar su decisión, mediante el criterio que se tiene en un caso francés y por medio de la concepción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pasando por alto los reiterados criterios de la Corte IDH, respecto al matrimonio de personas del mismo sexo, y olvidando que varios de sus países vecinos americanos ya han avanzado su criterio, y han optado por crear igualdad en la ley, e incluir a las parejas homosexuales en la posibilidad de contraer matrimonio.

Por otro lado, se expone la posición que toma el Tribunal Constitucional Chileno respecto a uno de los derechos que se encuentra en evidente transgresión, en este caso, el derecho a la igualdad y, en este punto, se habla también de la prohibición de discriminar arbitrariamente.

²⁶⁹ Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 7774-2019* del 4 de junio de 2020, consultado el 30 de julio de 2020, <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=6635>, considerando, párr. décimo noveno.

²⁷⁰ Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 7774-2019* del 4 de junio de 2020, consultado el 30 de julio de 2020, <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=6635>, conclusiones, El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre a rechazar el requerimiento de inaplicabilidad en virtud de las siguientes consideraciones, párr. 15.

El Tribunal toma una posición meramente aristotélica de la igualdad, para satisfacer el interés subjetivo a todas luces, de ser conservacionistas en su resolución. Aludiendo a que el aceptar una inclusión en la figura matrimonial de las parejas homosexuales, sería afectar el orden público matrimonial.

En este punto, se recuerda que Costa Rica, en el voto 7262-2006 de la Sala Constitucional, apoyaba el mismo criterio, en su interpretación sobre la verdad real y material.

Esta concepción de igualdad se ha utilizado como la forma más conveniente para fundamentar un fallo que, a todas luces discrimina, y es contrario a los derechos humanos y fundamentales. Se basa en una “diferencia de situaciones” entre parejas del mismo sexo y de distinto sexo, que combinado con un problema de competencia entre el poder legislativo y el órgano constitucional, pone fin a toda solicitud de rectificación de esta prolongada interpretación, a la que incluso se puede denominar abusiva.

Este órgano chileno prosigue excusando su discriminación, comparando el matrimonio igualitario con matrimonios de culturas extremas como:

*Matrimonios polígamos en países musulmanes, o el matrimonio de niños de países africanos, o aquellos convenidos por los padres en la sociedad japonesa, y las bodas masivas de parejas que se celebran en la secta moon, en Corea del Sur*²⁷¹.

En este sentido, se observa a Chile como un país que, no solo irrespeta la legislación de cada país, sino también su cultura; además, de ser totalmente imponente en cuanto a su interpretación estricta y rígida del concepto de matrimonio y familia que, como se sabe, ha sido superado en la mayoría de países.

Ahora bien, también se entiende que, para este órgano constitucional, no existe tal la discriminación por orientación sexual, ya que la institución matrimonial chilena es rígida en cuanto al género que deben tener los contrayentes como requisito, mas no por la orientación,

²⁷¹ Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 7774-2019* del 4 de junio de 2020, consultado el 30 de julio de 2020, <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=6635>, considerando, párr. vigésimo tercero.

según se expone, pero esto conlleva un punto de vista todavía más grave, y se refleja en la siguiente cita:

*...la diferencia no radica en si se trata de personas homosexuales o heterosexuales, sino en que la institución matrimonial en Chile es una unión entre hombre y una mujer, por lo que una persona homosexual puede contraer matrimonio en Chile si lo hace con una persona de sexo opuesto.*²⁷²

En este sentido, se ahonda en el desinterés reflejado en este criterio para con el derecho que tiene toda persona a desarrollar su personalidad y su vida privada, conforme a sus intereses y necesidades.

Además, perjudicando el derecho a la dignidad de cada persona, pues a los interpretadores de las normas de este país, les tiene sin cuidado el que cierta parte de la población viva de forma tan limitada, respecto de derechos que otros gozan con plena libertad, por el solo hecho de tener un interés sexual distinto del común, y que ante ello, estas personas deban casarse con quienes quizás no contraerían matrimonio, si el sistema legal de su país les permitiera desarrollarse, según sus intereses con los mismos derechos.

Sobre la violación al derecho a la dignidad, identidad y la afectación, al principio de interés superior del menor, el Tribunal Constitucional añade que no se violenta. Entre sus razones está el hecho de que el niño, desde su gestación ha sido tratado con amor, esmero y que, de acuerdo con ello, no considera el Tribunal que se vaya a lesionar en su dignidad.

Este criterio parece un sinsentido, ya que el derecho a la dignidad va mucho más allá de contar con unas madres amorosas. Seguido de esto, se indica que la identidad de un niño se constituye, según el derecho familiar, por un padre y una madre, por ende, no permite la posibilidad de una identidad conformada por homoparentales y, ante ello, es claro en decir que esto no acarrea una inconstitucionalidad, sino de la institución en sí de matrimonio y familia. Por todo lo anterior, tampoco se considera que exista alguna vulneración con el interés superior del menor.

²⁷² Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 7774-2019* del 4 de junio de 2020, consultado el 30 de julio de 2020, <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=6635>, considerando, párr. vigésimo cuarto.

El Estado continúa excusándose en su deber, e indica que a este le corresponde “establecer reglas que fomenten y protejan su esfera de existencia, es decir, donde el niño desarrolla su vida”²⁷³ incluyendo en este sentido, la esfera espiritual y de realización propia del menor. Empero, constitucionalmente no se encuentra incompatibilidad alguna con la normativa que, en este caso se impugna, ni en el caso en concreto que vulneren el interés superior del menor. Lo cierto es que este fundamento es contradictorio en sí mismo, pues es evidentemente parte de un adecuado desarrollo de la vida de un niño, contar con el reconocimiento legal de sus madres, más allá de tener la presencia de ambas en su vida diaria.

Es innegable que el reconocimiento legal es, más allá de una cuestión formal y de seguridad jurídica, una figura que genera un peso a nivel social y, por ello, es generador de múltiples situaciones de discriminación social, que son fomentadas por la desigualdad legal reforzada por esta sentencia, que inevitablemente perjudica el adecuado desarrollo de un niño, expuesto a una sociedad retrógrada, en un país donde ni quienes están llamados a procurar igualdad legal, y a defender los derechos humanos contenidos a nivel de normativa internacional, efectúan su labor.

C) Cambios normativos como garantía de la seguridad jurídica

Hasta el momento, todos los países comparados (a excepción de Chile), tienen una característica en común, y es que en cada uno de los casos fue una sentencia de la Corte Constitucional, que estableció la posibilidad del matrimonio igualitario. Sin embargo, existían barreras normativas por superar, principalmente por un tema de seguridad jurídica, ya que si bien se ha establecido que cada Corte Constitucional tiene la competencia para declarar la constitucionalidad o no de las normas, y eso produce un efecto erga omnes. Siempre resulta importante ver esas resoluciones plasmadas en instrumentos normativos para garantizar un mejor entendimiento del tema.

En primer lugar, se encuentra el caso de Colombia, en este país se regula el matrimonio, tanto en el Código Civil, como en la Constitución Política. En el primer cuerpo normativo lo hace mediante el artículo 113, el cual establece “*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un **hombre y una mujer** se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y*

²⁷³ Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 7774-2019* del 4 de junio de 2020, consultado el 30 de julio de 2020, <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=6635>, considerando, párr. trigésimo.

de auxiliarse mutuamente".²⁷⁴ (El resaltado no es parte del original). Esta es la transcripción literal de la norma vigente, como se logra denotar en la parte resaltada, aún se encuentra de forma explícita la leyenda de exclusividad para parejas heterosexuales.

Por otra parte, la Constitución Política colombiana establece esta regulación en el artículo 42, del cual se podría generar un interesante análisis, la cual dispone:

*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre **de un hombre y una mujer** de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla... Las formas del matrimonio, la edad y **capacidad para contraerlo**, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, **se rigen por la ley civil**.*²⁷⁵ (Lo resaltado no es parte del original).

El artículo supra citado tiene la misma distinción de exclusividad que el Código Civil, cierra la posibilidad únicamente a las parejas heterosexuales. Sin embargo, le da la potestad a dicho cuerpo normativo para que regule la capacidad para contraer matrimonio, dentro de esta categoría se encuentra la orientación sexual de los contrayentes.

En otras palabras, si la constitución, aunque sea norma de rango superior, dispone que una norma de rango inferior (código civil) va a regular lo concerniente a un instituto jurídico, esta norma puede disponer libremente los parámetros bajo los cuales se va a regir, aún en contraposición de las disposiciones constitucionales, ya que es una norma especial, contra una norma general.

En el caso colombiano no se declaró inconstitucional todo el artículo del matrimonio, eso sería contraproducente, simplemente se declaró la inconstitucionalidad de la prohibición a parejas del mismo sexo. Por lo tanto, les correspondía a los diputados modificar el código

²⁷⁴ Asamblea Legislativa de Colombia, Ley 84: *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*, 31 de mayo, 1873. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

²⁷⁵ Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, 20 de julio, 1991. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#:~:text=Todas%20las%20personas%20nacem%20libres,religi%C3%B3n%2C%20opini%C3%B3n%20pol%C3%ADtica%20o%20filos%C3%B3fica.

civil para eliminar dicha prohibición. Sin embargo, se ha manejado la tesis de que eso no es necesario para un tema de aplicación, pero sí lo es para un tema de seguridad jurídica.

Aún en la versión más reciente de la legislación civil, se puede leer la exclusividad para las parejas heterosexuales, por lo cual podría generar confusión a las personas que desconozcan la sentencia unificada, basta con agregar la leyenda de inconstitucionalidad en el artículo.

El caso de México es muy particular, en primer lugar, debido a su sistema federado, existen constituciones y códigos que varían, según el Estado. Sin embargo, existe una Constitución Política y códigos de tipo federal, que operan en toda la Nación, y es justo a esos instrumentos los que se deben revisar en este estudio.

Contrario a muchos países, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no cuenta con un concepto de matrimonio, y lo remite a las legislaciones internas de cada Estado. Así lo hace notar Arán García Sánchez en su ensayo “El matrimonio a la luz de la interpretación constitucional en México”, al asegurar:

Ahora es factible concluir que la Constitución no cuenta con concepto alguno de matrimonio y que, en su momento, solamente estableció su naturaleza jurídica. Consecuencia de ello es que los estados del país, así como el Distrito Federal, han podido legislar libremente respecto al matrimonio sin tener que respetar una concepción matrimonial constitucional. Esto provocó codificaciones que omiten el concepto matrimonial, otras que establecen como requisito la heterosexualidad, así como algunas que establecen su naturaleza jurídica al considerarlo como institución, contrato y unión desde la perspectiva eminentemente civil.²⁷⁶

Este es quizás uno de los mayores defectos de los sistemas federativos, debido a que es muy difícil llegar a una unificación legislativa, y la Constitución Política funciona únicamente como una guía que, en ocasiones, no contempla las pautas básicas. A pesar de

²⁷⁶ Arán García Sánchez, “El matrimonio a la luz de la interpretación constitucional en México” *Revista Jurídica IUS* vol. 10 (2016) consultado el 3 de septiembre, 2020. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472016000100213

que el matrimonio igualitario se emana de una resolución de carácter constitucional, no todos los estados de la república hacen un mayor esfuerzo para legislar al respecto.

Actualmente, son 19 los Estados que aprobaron la aplicación del matrimonio a parejas del mismo sexo.

El Código Civil Federal, si bien es cierto, regula más ampliamente el matrimonio que la Constitución Política, también le otorga la potestad legislativa a cada Estado. El numeral 146 de este cuerpo normativo indica: *“El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige”*.²⁷⁷ Es una norma muy general, por lo tanto, es necesario recurrir a la legislación interna de cada Estado, para determinar la regulación y alcance del instituto del matrimonio.

En lo que se refiere a la seguridad jurídica, se considera que en México sí se respeta este principio. Sin embargo, un problema generalizado de los sistemas federativos es que hay dispersión normativa, los ciudadanos tienen acceso a diferentes derechos, según el lugar donde vivan, lo cual genera un quebranto al principio de igualdad y no discriminación. El artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece *“La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...”*²⁷⁸

En este análisis, el quebranto al principio de igualdad trasciende lo relativo a la orientación sexual, y se encamina a una distinción, según la ciudad de procedencia del individuo. Esta es, justamente, la principal crítica que se le realiza a los sistemas federativos en general. No es una problemática de seguridad jurídica, sino que, de quebranto al principio de igualdad, en este caso, ejemplificado con el matrimonio igualitario, pero que se puede extrapolar a cualquier otro derecho que se garantice en un Estado, y en otro no.

El tercer país por analizar es Ecuador, este es quizás el caso más curioso de todos. Como se mencionó, los jueces constitucionales aplicaron directamente la opinión consultiva OC 24/17 de la Corte IDH, para facultar el matrimonio igualitario en su Nación.

²⁷⁷ Asamblea Legislativa de México, *Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, 26 de mayo, 1928. <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>

²⁷⁸ México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 5 de febrero, 1917. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf

Es importante determinar factores de la sentencia de este órgano. En primer lugar, la resolución se da por una consulta judicial de constitucionalidad, lo que se preguntaba era ¿Es constitucional la OC 24717 a la luz del artículo 67 de la Constitución? Cualquiera que fuera la decisión tomada por los juzgadores, era relativa a la constitucionalidad de la opinión consultiva.

¿Por qué es importante esta aclaración? Es sencillo, porque independientemente de la decisión que tomaran, no tenían la potestad para declarar la inconstitucionalidad de un artículo de derecho interno, por eso, un cambio legislativo en la prohibición del matrimonio igualitario debía provenir del parlamento, y no de una anulación de una norma.

El matrimonio es regulado en Ecuador, mediante los artículos 67 constitucional y 81 del Código Civil. El primero dispone: “...*El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal*”.²⁷⁹

Mientras que el segundo dice: “*Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente*”.²⁸⁰ Para efectos de seguridad jurídica, estos dos artículos son contradictorios con la resolución 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional de Ecuador.

Lo que hizo la Corte Constitucional fue declarar la constitucionalidad de la opinión consultiva OC 24/17, y considera que no es contradictoria con el derecho de la constitución, sino que es complementario:

Establecer que no existe contradicción entre el texto constitucional con el convencional sino más bien complementariedad. Por la interpretación más favorable de los derechos, el derecho al matrimonio reconocido a parejas heterosexuales se complementa con el derecho de parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. La Constitución, de acuerdo al (sic) artículo 67, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo a (sic) los

²⁷⁹ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, 20 de octubre, 2008.
https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

²⁸⁰ Asamblea Legislativa Ecuador, *Código Civil de la República de Ecuador*, 10 de mayo, 2005.
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>

*artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención, interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la Opinión Consultiva OC24/17, reconocen el derecho al matrimonio entre hombre y mujer y el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo.*²⁸¹

El resultado de esto no es la inconstitucionalidad del artículo 81 del Código Civil, sino su desaplicación. Es decir, la literalidad de la norma sigue exactamente igual, pero su aplicación fáctica ahora es improcedente. La declaración de constitucionalidad de la opinión consultiva OC 24/17 produjo como efecto colateral, la inconstitucionalidad implícita del ya mencionado numeral 81 de la legislación civil. Es por eso, que existe un quebranto al principio de seguridad jurídica, pero no es responsabilidad de la Corte Constitucional, sino del parlamento ecuatoriano, que debería reformar los alcances de ese artículo.

Por último, Chile realmente no se podría hablar de un problema de seguridad jurídica en este país, porque actualmente el matrimonio igualitario es prohibido, y así lo denota su derecho interno, si bien se consideró que hay un problema de aplicación de control de convencionalidad, realmente no existe quebranto de la seguridad jurídica.

El matrimonio no está explícitamente regulado en la Constitución Política, se hace de manera implícita mediante los incisos dos y tres del artículo primero de este cuerpo normativo:

*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.*²⁸²

Algunos doctrinarios han encontrado el amparo constitucional al matrimonio, mediante la interpretación de estos incisos. Sin embargo, es el Código Civil chileno en su artículo 102 el que tiene una definición más exacta de esta figura: “*El matrimonio es un contrato solemne*

²⁸¹ Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)*, 12 de junio, 2019. Decisión. Párr. 300.

²⁸² Chile, *Constitución Política de la República de Chile*, 17 de septiembre, 2005. https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf

*por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”.*²⁸³

En conclusión, Chile no tiene ningún problema de seguridad jurídica, en cuanto al matrimonio se refiere. Pues sus normas van de la mano con su realidad, es prohibido el matrimonio igualitario, y así lo denota su normativa.

d) Realidad fáctica vs línea jurisprudencial de la Corte

Este último apartado del capítulo, busca generar una proyección del resultado del estudio y análisis antes desarrollado sobre cada país.

Al interiorizar las resoluciones examinadas de la Corte IDH, se determina que este intérprete de la CADH, parte del caso Atala Riffo y niñas vs Chile, así mismo, de su resolución en Duque vs Colombia, para reiterar la distinción por orientación sexual como una manifestación clara de discriminación.

Por ende, se convertía en una categoría protegida por la CADH en su artículo 24 (1 y 2), que, de acuerdo con el artículo 1.1 del mismo cuerpo normativo, incumplían la obligación de los Estados de respetar y garantizar ese derecho a la igualdad y no discriminación.

Los casos mencionados fueron base para Costa Rica al mismo tiempo, pues la consulta OC- 24/17 a la Corte IDH es motivada y fundada por la resolución de la Corte en estos casos. De igual forma, en el caso mexicano, el cual toma en consideración en la sentencia estudiada, el caso Atala Riffo y niñas vs Chile.

En capítulos anteriores, se abordó la errónea aplicación del control de convencionalidad y constitucionalidad que manejó Costa Rica. Sin embargo, en esta sección corresponde enfrentar la realidad del país respecto de la posición de la Corte, ante ello, se observa congruencia, en cuanto a los resultados materiales que eran buscados por la Corte IDH, que abarca básicamente la garantía y respeto de los derechos de las personas homosexuales para ser tratadas con igualdad ante la ley.

²⁸³ Asamblea Legislativa de Chile, *Código Civil de la República de Chile*, 30 de mayo, 2000.
http://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_chile.pdf

Es de señalar que, a pesar de no expresarse como tal en el voto costarricense, una vez que la Corte IDH emite la Opinión Consultiva OC-24/17, Costa Rica procede a realizar los cambios correspondientes, en pro de los derechos de igualdad y no discriminación. No solo nuestro país, sino que Ecuador, inmediatamente procede a emitir una resolución donde indica el valor vinculante de esta opinión, y a ordenar los cambios correspondientes para que el matrimonio igualitario fuese también una realidad en ese país.

Al hablar de Colombia, es necesario afirmar que este país toma muy someramente en cuenta la posición de la Corte IDH en su sentencia. Incluso contando con un caso que involucra derechos de personas homosexuales y, consecuentemente, involucra la posición de la Corte sobre el derecho a la igualdad y no discriminación. Sin embargo, la realidad colombiana es respetuosa y congruente con la línea jurisprudencial seguida por la Corte.

Aunque de forma tardía, al postergar la entrada en vigor del matrimonio igualitario por dos años, una vez superadas las controversias que surgieron a raíz de esta tardanza, logran garantizar efectivamente los derechos transgredidos. Entre ellos logra poner en alto el derecho a la igualdad de las personas del mismo sexo, al incluirlas dentro la figura matrimonial.

En el caso particular de México, se observa una adecuada interpretación del principio de igualdad y no discriminación, así mismo, de la mencionada “categoría sospechosa”. En el caso concreto, la orientación sexual como motivo de la distinción y exclusión de las personas homosexuales de su inclusión en la institución que por años ha protegido a las familias.

Es por ello, que a raíz de la existencia de una categoría que busca equiparar una unión destinada en su empleo, para personas del mismo sexo, con el matrimonio se procede a utilizar los conocidos filtros, en donde se evalúa sobre la razonabilidad y justificación de la norma.

De esta forma, se estima que, de acuerdo con la Corte IDH, el principio de igualdad y no discriminación aplica transversalmente a los demás derechos humanos, y cualquier preferencia que se dé en el ejercicio de este derecho, si además se basa en una categoría sospechosa, constituye violación al derecho a la igualdad.

A grandes rasgos, es posible estimar que Colombia, Costa Rica, México (en 19 Estados) y Ecuador, cuentan con realidades compatibles con la línea jurisprudencial de la Corte IDH respecto a la igualdad y no discriminación con motivo de la orientación sexual. La diferencia ocurre en el caso chileno, pues, a pesar de contar con el caso Atala Riffo y niñas vs Chile, donde se le condenó por violación al derecho supra mencionado, e incluso, se le marcó de acuerdo con estudios en la misma resolución, como un país con ideologías marcadamente homofóbicas.

Hoy, y luego de varios pronunciamientos de la Corte al respecto del deber de los Estados de garantizar la igualdad, y erradicar cualquier trato discriminatorio que sea promovido o conservado, tanto en la singularidad de situaciones como en los casos de discriminación institucionalizada, no se ha logrado que Chile represente una realidad acorde con los derechos humanos.

Los jueces constitucionales chilenos consideran que están velando por la protección al principio de igualdad ante la ley, pues observan el derecho a la igualdad desde la visión aristotélica, sin considerar filtros o, más bien, al mal aplicarlos, para determinar si se está ante una situación de vulneración a este derecho. Simplemente, se guían por el deber constitucional de no establecer diferencias arbitrarias, cuando se contemplen situaciones iguales.

Se asume por ello, que la diferencia que se marca en el caso de las parejas homosexuales no califica como tal, pues en su análisis no se encuentran situaciones similares homosexuales y heterosexuales. Así mismo, se señala como razonable el trato diferenciador, pues de incluirse a las parejas homosexuales en la figura del matrimonio, se estaría afectando el orden público matrimonial.

Desestiman la consideración de la categoría sospechosa, indicando que la institución matrimonial de Chile está conformada por un hombre y una mujer en unión. Recalcando así la institucionalización del rechazo hacia la diversidad sexual, y se escudan en la inexistencia de una cuestión de orientación sexual.

Chile, al año 2020, parece encontrarse en constante negación, a observar la realidad cambiante en sus países vecinos. Tanto es así, que en lugar de tomar en consideración y

fundamento en su sentencia los criterios de la Corte IDH, como máximo intérprete de la CADH, y observar a sus países vecinos en sus avances respecto al tema, decide mejor fundamentar su resistencia al progreso; con la experiencia de casos europeos que indicarían, de acuerdo con su juicio, que Chile todavía no está en la obligación de formalizar cambios para aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues ello queda a discreción de cada Estado.

Es así como se observa que los jueces constitucionales chilenos sobreponen la posición que más les favorece a su juicio. En este caso, la de la Corte Europea de Derechos Humanos y el Consejo Constitucional de Francia, a la posición de la Corte IDH, que ya le había condenado con anterioridad en *Atala Riffo y niñas vs Chile*. Un caso famosísimo que ha sido pilar para la transformación de los países hacia sistemas normativos y sociedades más respetuosas de los derechos humanos.

Lamentablemente, no fue aplicado por Chile y lo que realizó más bien para crear igualdad, fue una absurda figura que presume colocar en igualdad de condiciones a las parejas homosexuales, en relación con el matrimonio, pero lo que genera ciertamente es una desigualdad aún mayor.

e) Resultados del Derecho comparado

A modo de conclusión general, en lo referente a la aplicación del control de convencionalidad, se considera que existen similitudes y diferencias entre todos los países, incluido Costa Rica. Los casos más sorprendentes se dan en Ecuador y México, pues como se mencionó, en ambos países hay una interiorización de las disposiciones de la Corte IDH, aun cuando no cuentan con resoluciones, en las cuales funjan como partes.

Sin embargo, México tiene un problema sistemático, por ser de aplicación federativa, ya que, a pesar de existir una sentencia de carácter constitucional, esta no ha sido aplicada en todos los estados.

Ecuador saca a relucir todo su potencial jurídico en la sentencia supra analizada, y es un ejemplo de la correcta aplicación del control de convencionalidad. Cuando en Costa Rica, país consultante, se discutía si la OC 24/17 era vinculante, en Ecuador la aplicaron íntegramente, a pesar de no ser ellos los consultantes. Siendo que, en nuestro país, como se

mencionó, no fueron capaces de aplicar control de convencionalidad en el tema, pues el matrimonio igualitario se termina avalando por un tema de omisión legislativa.

Por otra parte, Colombia también realizó una buena aplicación del control de convencionalidad, porque uno de los argumentos jurídicos que los jueces aplican es el caso Duque vs Colombia de la Corte IDH. Tanto el caso, como la resolución constitucional, datan del mismo año, por lo cual resulta admirable, debido a que extrapolan un caso de derechos de personas con orientación sexual diversa, diferentes del matrimonio, a este instituto jurídico.

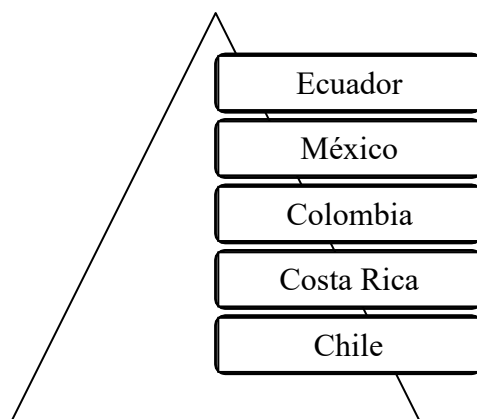
Siendo que esta tesis es la que se ha venido desarrollando en esta investigación, pues se ha sostenido que, desde el caso Atala Riffo y niñas vs Chile, es plenamente operante el matrimonio igualitario en todos los países pertenecientes a la CADH, debido a que la Corte IDH establece que las personas tienen la facultad de acceder a todos los derechos de la convención, independientemente de su orientación sexual.

Por último, relativo a este tema, está el caso de Chile, este país no solo tiene problemas de aplicación del control de convencionalidad, sino una violación sistemática a los derechos de la comunidad LGBTIQ. No escatiman esfuerzos en dejar clara la posición en contra del matrimonio igualitario, pues niegan el acceso a este instituto, y alegan que existen otros modelos de familia, que no necesariamente incluyen un matrimonio. De todos los países analizados, es sin dudas, el que presenta más rezago en materia de derechos humanos.

A continuación, se abordará de forma comparativa las resoluciones estudiadas, con el fin de discernir el nivel de avance o retroceso en el manejo del tema del matrimonio igualitario en cada país.

Para ello, se evidenciará mediante una pirámide, el orden de peor a mejor manejo, que ejerció cada país, de acuerdo con el resultado que arroja esta investigación.

Seguidamente se desarrollará las razones.



Como se expuso, Ecuador cuenta con el mejor manejo de todos los países estudiados respecto al matrimonio igualitario, entre muchas razones, porque realiza un excelente manejo del Control Convencional y Constitucional, al resolver basado en el bloque de Constitucionalidad la contradicción que existiera entre las diferentes normas. Al integrar normas constitucionales, de derechos humanos, de instrumentos internacionales y normas innominadas.

En esta misma línea, se observa una solución rápida y eficaz basada en la jerarquía axiológica, y aquí se destaca una crítica al voto costarricense y es que, a pesar de contar con el mismo concepto de jerarquía, en el voto 12782-18 no fue empleado. Siendo que esta hubiese sido la solución ideal en la discusión respecto al matrimonio igualitario. Lo que se debió hacer fue simplemente recordar que cuando los Tratados Internacionales de Derechos Humanos protegen de forma más efectiva que la Constitución, estos tendrán un grado superior a ella.

Ante ello, se resalta que Costa Rica siempre tuvo la respuesta a su consulta a la Corte IDH. No era necesario realizarla siquiera; la Corte, en anteriores ocasiones, se había manifestado respecto al tema. Si se observa estos datos, en conjunto con el brillante ejercicio de los controles y de la jerarquía empleado por Ecuador, se habría obtenido una respuesta eficaz y celera, para un sector sistemáticamente discriminado a lo largo de la historia.

Un aspecto en el cual Ecuador, Costa Rica, México y Colombia fueron congruentes, fue en el empleo de un test de igualdad. Esto equivale a filtros empleados, con el objeto de discernir la discusión sobre la visión aristotélica de la igualdad, pero Ecuador va más allá y

habla de los fines extralegales detrás de la defensa de las normas abiertamente discriminatoras.

Así mismo, de los fines constitucionales como garantías del goce de derechos sin discriminación. Además, de la obligación que tiene el Estado de eliminar, de facto, todo acto o norma que genere o mantenga una desigualdad; aspectos que no incluyen los demás países.

Ecuador, Colombia y México realizan un abordaje de conceptos como familia y matrimonio de forma evolutiva; Costa Rica ejecuta un abordaje demasiado somero. Destaca la concepción colombiana, que manifiesta la imposibilidad de limitar una figura legal que tiene significado, en la intimidad de cada persona y es, a la vez, una manifestación del derecho a la libertad y, por ende, de la dignidad humana.

Ecuador agrega a esta interpretación el criterio seguido por la Corte IDH. Las normas son instrumentos vivos, capaces de adaptarse a las situaciones de las personas, y sus cambios a lo largo del tiempo. También, hace una interpretación interesante de familia y matrimonio, al definirlos como derecho- fin y derecho- medio, respectivamente.

En este sentido, se observa una manifestación doble, donde se sigue una lectura literal de los instrumentos internacionales de derechos humanos, para constatar al matrimonio como derecho y, al mismo tiempo, la concepción de medio, donde este y las uniones de hecho son más bien la forma de materializar la efectividad y goce de otros derechos, como el derecho a una familia, libertad, autodeterminación de la voluntad y dignidad, por ejemplo.

Por otro lado, Ecuador no solo toma en cuenta para su decisión la opinión consultiva OC-24/17. También, su fundamentación, la experiencia del caso colombiano en el cual se resuelve por omisión legislativa en un plazo de dos años y como resultado, vencido el periodo, se da una negativa a inscribir matrimonios entre personas homosexuales y, en otros casos, se opta por crear un contrato civil innominado, que comporta un trato que discrimina por la orientación sexual.

Es así que Ecuador hace una retroalimentación de lo sucedido en Colombia, para determinar cómo una opción inviable el resolver por omisión legislativa. En este sentido, Costa Rica más bien optó por tomar el mismo camino que Colombia, prolongando la vigencia de normativa, contraria a los derechos humanos y fundamentales.

Resulta curioso que Colombia opte por esta solución, después de argumentar su sentencia con referencias hacia lo que denomina “la tiranía de las mayorías”, en cuya situación existe una minoría desprotegida, y quienes no pueden sujetarse a un plazo indefinido para el goce de sus derechos individuales. Si bien el plazo fue definido, el tiempo planteado, es totalmente innecesario, ya que tal y como expresa el órgano constitucional ecuatoriano, la Corte en pleno ejercicio de su competencia, si posterga este proceso de adecuación, actuaría de forma inconstitucional, y en contra de lo establecido por la CADH.

Es por ello, que resulta indudable la posición que obtiene Ecuador en este análisis de derecho comparado. Este país no impone un plazo para adecuar la normativa. La sentencia ecuatoriana que hacía realidad el matrimonio igualitario, se emitió el 12 de junio del 2019 y para el 8 de julio del 2019, el Registro Oficial de Ecuador formaliza la sentencia, que procura el surgimiento del matrimonio igualitario en este país. Es decir, no pasó ni un mes para la solución de toda problemática posible. Al respecto, para adecuar este gran cambio, Costa Rica no efectiviza su voto, sino hasta el 26 de mayo del 2020.

Tomando en cuenta que Ecuador aprueba el matrimonio igualitario, gracias a la consulta que realiza nuestro país, es una verdadera vergüenza que Ecuador superara con creces en la resolución de este caso; incluso, podría decirse que Ecuador critica de forma implícita, el actuar de los jueces constitucionalistas que resuelven el caso por omisión legislativa.

Por otro lado, del caso mexicano se destaca el criterio respecto a la libertad de configuración legislativa. La cual está limitada por los derechos humanos y fundamentales por lo que realiza una adecuada aplicación de los controles constitucionales y convencionales. En este sentido manifiesta, al igual que Colombia, la competencia del juez constitucional, para evaluar si el legislador está respetando los mínimos de protección constitucionales y convencionales. En este razonamiento, la Sala Primera entra a conocer la inconstitucionalidad de la normativa, que excluye de forma tácita, a las parejas homosexuales.

Al mismo tiempo, en México, Ecuador y Colombia se aborda temas vinculados con el matrimonio igualitario, que se resuelve en la misma sentencia, tales como la adopción y procreación de parejas homosexuales. Estos se extraen del derecho a la vida familia, brindan

además, protección a los menores pertenecientes a una familia homoparental, y es que México hace la observación sobre la afectación indirecta, que sufren los hijos de padres discriminados.

En el caso mexicano se realiza una completa resolución en este tema, en la que se reconoce la existencia de una ciudadanía disminuida, ante la diferencia que demarca la ley, al contemplar la figura del enlace conyugal, en exclusividad de uso para las parejas homosexuales, generando una evidente diferenciación respecto de las personas heterosexuales, que tienen acceso a la figura matrimonial. El problema con este país es su inestabilidad, debido a su organización por entidades federativas.

Cada Estado se rige por su propio cuerpo de normas distintas de las de los demás Estados, incluida su Constitución, para el caso en concreto, se trataba del Estado de Colima, pero esto significa que solo en los Estados de México donde se haya aprobado el matrimonio igualitario es que se podría hablar de él. Actualmente, solo 19 Estados de 32, tienen aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Ahora bien, se ahondará en el análisis del único Estado que no se ha mencionado hasta el momento, Chile; y es que no hay punto de comparación con los países recién abordados. Chile viene a comprender el país más retrógrado de los analizados. Es posible ver, a grandes rasgos, esta sentencia como una resolución carente en su totalidad de fundamentos jurídicos, que expresa completamente fines extrajurídicos, de juristas que del todo, no dejan espacio a la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo como una realidad.

En Chile se cuenta con una figura particular para las uniones del mismo sexo, tal como se intentó realizar en Colombia, en su momento, y con el enlace conyugal, que fue eliminado en el caso mexicano, sin embargo, para Chile, esta figura, lejos de ser contraria al derecho a la igualdad ante la ley, es generador de igualdad para las parejas homosexuales que se casaron en el extranjero, y vienen a Chile, es su forma de darles protección, pero sin inscribir, en ningún momento, su matrimonio en el Registro chileno.

Su concepción de familia es totalmente de interpretación tradicional. Es decir, solo es posible construir una familia por medio de un hombre y una mujer, y lejos de ser esto discriminatorio, es solo un requisito para acceder a la figura matrimonial.

Respecto de los derechos de identidad y dignidad de un menor que sea hijo de una pareja homosexual, inevitablemente afectado por la discriminación que sufren sus figuras parentales, se indica que no hay tal afectación, al ser estos intrínsecos al ser humano, y al no existir en Chile filiación homosexual, Chile fundamenta en una jurisprudencia italiana, la plena libertad que aduce tener, para alterar o no su legislación. De la misma forma, revela por sí misma, la existencia de posiciones políticas de peso a favor del conservacionismo.

El Tribunal Chileno aduce que no tienen la competencia para evaluar la validez del matrimonio de dos mujeres, y que corresponde al legislador, olvidando su deber de proteger el que no se estén haciendo distinciones a nivel legislativo, que puedan contrariar la constitución y los instrumentos de derechos humanos y, por supuesto, emplea una visión aristotélica de la igualdad, sin emplear filtro alguno.

En lo que respecta a los cambios legislativos, el único país que realizó alguna variante normativa fue Costa Rica. Esto mediante la eliminación del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, donde se encontraba la prohibición del matrimonio igualitario. También se incursionó en reglamentos del Tribunal Supremo de Elecciones en diversos temas, como la inscripción de hijos de matrimonios homosexuales.

Ningún otro país tuvo una variante normativa, siendo el caso más preocupante el de Colombia, pues existían muchas similitudes con Costa Rica, y lo correcto era declarar la inconstitucionalidad y, por ende, la exclusión de las normas contrarias al matrimonio homosexual. Esto no representa un problema de eficacia, pero sí de seguridad jurídica, pues a pesar de que existe una sentencia que autoriza estas uniones, la legislación expresa lo contrario.

México y Chile tampoco hicieron reformas legales, pero en sus casos es comprensible, debido a que en el primero, las normas preexistentes (a nivel nacional) no contemplaban la prohibición. El problema de México es el sistema federativo, pues a pesar de la existencia de normas federales, hay normas estatales que las contradicen; como se

habló, eso no es un problema de seguridad jurídica, pero sí un quebranto al principio de igualdad y no discriminación.

En el caso chileno no era necesaria una reforma legal, por el simple hecho que su sentencia y su normativa siguen el mismo rumbo, un rotundo no al matrimonio igualitario. De este país se pueden criticar muchas cosas, pero en el caso de la seguridad jurídica, realmente no es necesaria mayor intervención por su tajante postura.

El caso de Ecuador merece un análisis especial, debido a la labor de los jueces constitucionales. Ellos no podían declarar la inconstitucionalidad de ninguna norma que prohibiera el matrimonio igualitario, porque lo que pusieron a su conocimiento era la constitucionalidad de la OC 24/17, y en una interpretación pro homine de su derecho interno determinaron que sí era acorde con la constitución. Por ende, las leyes y demás normas internas que contradigan esa disposición deben ser desaplicadas.

En síntesis, Costa Rica fue el país que mejor adaptó su normatividad al cambio de paradigma que significó la entrada en vigencia del matrimonio igualitario, Colombia el que dejó más que desear, mientras que México, Ecuador y Chile merecieron análisis especiales, por las particularidades de cada caso.

Por último, se hablará sobre la actualidad de cada uno de los países analizados y su nivel de concordancia con la línea jurisprudencial de la Corte IDH. En este sentido, se obtiene que, a pesar de observarse aplicaciones del control de convencionalidad que pudieron proteger de forma más eficaz o más celera el derecho a la igualdad y no discriminación, que generaban los sistemas normativos propios de cada nación en su momento.

En última instancia, en la actualidad sí se observa en exclusiva la garantía del derecho a la igualdad para las parejas homosexuales, y todos los derechos que se desprenden de este. Han sido protegidos efectivamente en Costa Rica, México, Colombia y, por supuesto, en Ecuador, país que logró superar extraordinariamente las sentencias de otros países analizados en esta investigación. Siendo Chile, en este caso, el único país que muestra una sentencia emitida en el año 2020, con marcadas contradicciones e incongruencias con las interpretaciones de la Corte

Conclusiones

La jerarquía normativa da orden y coherencia al sistema normativo que rige en nuestro país. En Costa Rica se aplica de forma parcializada la jerarquía, debido a que en prácticamente ninguna sentencia se hace mención del empleo de una posición superior a la Constitución. Se observa por medio de los votos estudiados, que en nuestro país prefieren conservar el criterio del segundo escalón de la pirámide, que comparte la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Al mismo tiempo, se considera que Costa Rica contaba con los insumos suficientes del DIDH para contemplar el acceso al matrimonio de las parejas homosexuales, como consecuencia del respeto de los derechos humanos. El hecho de que nuestro país no observara casos como el de *Atala Riffo y niñas vs Chile*, en el cual se prohibió la discriminación por orientación sexual, responde a una resistencia a la jerarquía normativa, en la cual los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen un rango superior a la Constitución.

Respecto a las líneas jurisprudenciales que sigue la Sala Constitucional sobre temas relevantes como jerarquía normativa, se observa que la Sala mantiene en su mayoría una misma línea, al concretar una pirámide jerárquica, donde los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se encuentran jerárquicamente en el mismo estrato o posición que la Constitución, y que cuando estos brinden una mayor protección que la Carta Magna, serán superiores a la Constitución. Sin embargo, esta última posición solo se emplea de forma expresa en votos como el 2313-95.

Es cuestionable la posición de votos como el 1434-99, donde se menciona a la Constitución como norma superior por excelencia, olvidando la primacía del DIDH. En general, la Sala tiene una línea más orientada hacia la posición de igualdad jerárquica de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, y es así como se recalca hasta el último voto analizado, el 12758-2019.

Referente a la línea jurisprudencial que ha mantenido la Sala Constitucional sobre el control de convencionalidad, se concluye que, en su mayoría, fue evolucionando su criterio. Incluso la Sala aplica este control antes de que la Corte IDH lo nombrara en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*. Sin embargo, tuvieron dos momentos de clara involución. En

el año 2015, mediante una consulta judicial de constitucionalidad del Tribunal Penal de Heredia, en esa ocasión, los magistrados constitucionales estimaron que los jueces de la República no están legitimados para aplicar control de convencionalidad difuso; en resoluciones anteriores, sí les habían dado esta potestad.

El otro punto de quiebre se da en la resolución 12782-2018, relativa al matrimonio igualitario. Siendo que el voto 45-2020 del Juzgado Notarial es una consecuencia directa de ese fallo.

Al abordar la línea seguida por la Sala en el derecho a la igualdad, se evidencia una inconsistencia en su interpretación, debido a que en el voto 3435-92 hace una interpretación muy progresiva, al determinar que no se debe hacer distinción entre hombres y mujeres, en su lugar, debe entenderse solo “persona”. Un año más tarde, la Sala agrega a la interpretación del derecho de igualdad, una visión más aristotélica, donde indica que está bien diferenciar con límite razonable. Agrega en el 2006, la concepción del fin constitucionalmente legítimo y la necesidad de determinar en la comparación, una misma situación.

En la sentencia 8724-11, se incorpora lo que se debe entender por discriminar, donde se determina que toda diferencia basada en la orientación sexual es contraria al principio de igualdad y dignidad humana. En el voto 12782-18, se retoma estas interpretaciones. A pesar de poder apreciar una misma línea durante los años, se puede evidenciar que, a pesar de haber determinado una violación a la igualdad, en muchos casos, de distinción, en razón de la orientación sexual, cuando se trataba de discriminación, por no contar con el acceso a la figura del matrimonio, la Sala retomaba la visión aristotélica de la igualdad, para determinar que no había tal violación.

En lo que se refiere a la línea jurisprudencial, seguida por la Corte IDH, resalta la orientación sexual como una categoría protegida por la CADH desde el año 2012. Es por ese motivo, que se considera que implícitamente el matrimonio igualitario es permitido en todos los Estados pertenecientes a dicha convención desde ese momento, debido a que no se le puede restringir ningún derecho consagrado, ya sea en el Pacto de San José, o en el derecho interno de los países.

Respecto a la línea de no discriminación a las personas homosexuales, se mantiene la condición inseparable entre la igualdad y dignidad. La Corte conserva los mismos argumentos en todas las resoluciones estudiadas. Entiende por discriminación, todo aquel privilegio que se genere bajo un criterio de superioridad, frente a otros en una misma situación.

De forma relevante, se determina que el artículo 1.1 de la CADH, en la frase “cualquier otra condición social”, hace referencia a una disposición abierta, a una lista no taxativa de posibles razones en las que se esté discriminando, a favor del principio pro – persona, que incluye, por supuesto, la orientación sexual.

Así también, mantiene una misma línea jurisprudencial en cuanto a la contemplación de derechos que tienen las parejas homosexuales. Entre estos ha reconocido el derecho a formar una familia, a una vida privada, donde se contempla la vida sexual, integridad personal, identidad; el derecho a la vida, del cual se desprende el derecho a la salud. Puede decirse que se trata de derechos que buscan proteger la autonomía personal, que es, a su vez, una manifestación del derecho a la libertad.

En lo relativo al control de constitucionalidad, es importante establecer que, en teoría, Costa Rica únicamente admite un modelo concentrado de él. Sin embargo, se considera que debido a la práctica habitual existe una vertiente moderna, en la cual existe un control en sentido amplio, ejercido por los jueces, mediante la consulta judicial de constitucionalidad, y a la hora de aplicar las disposiciones del bloque de constitucionalidad.

El control de convencionalidad, por otra parte, tiene el origen del nombre en el caso *Almonacid Arellano vs Chile* de la Corte IDH, pero la vinculatoriedad de él, proviene del artículo 26 de la Convención de Viena, el cual establece que los tratados son de cumplimiento obligatorio por el principio de *pacta sunt servanda*. Al mismo tiempo, por las disposiciones del artículo 27 del mismo cuerpo normativo, al imposibilitar el argumento del derecho interno para desobedecer un tratado internacional.

Es importante precisar la diferencia entre el control de convencionalidad en sentido concentrado y difuso. El primero es ejercido exclusivamente por la Corte IDH, según las atribuciones contenidas en el artículo 62 de la CADH. Versa, principalmente, por la

capacidad interpretadora y sancionadora que tiene este órgano, en relación con las normas del Pacto de San José. Por otra parte, el control difuso es ejercido por todos los aplicadores jurídicos de los Estados parte de la convención, no es más que la aplicación efectiva del bloque de convencionalidad, tanto en resoluciones o actos que sean de índole jurídico.

En los casos en los que las disposiciones del bloque de convencionalidad choquen con los del bloque constitucional, lo correcto es la prevalencia del control de convencionalidad. En primer punto, por la jerarquía normativa, las disposiciones convencionales de Derechos Humanos están por encima de la Constitución, cuando tutelen de mejor forma los derechos, por lo tanto, se debe desaplicar la norma inferior.

El segundo parámetro es la ley de jurisdicción constitucional, el artículo 2 establece que es deber de la Sala Constitucional armonizar el derecho interno con el comunitario, por ende, las resoluciones constitucionales deberían seguir la misma línea que las convencionales. El punto final es, justamente, el control de convencionalidad difuso, pues los magistrados constitucionales no dejan de ser jueces, y es deber de todo funcionario judicial aplicar las disposiciones del control de convencionalidad en sus actos.

La carrera político electoral 2018-2022, tuvo un impacto inmediato en la resolución 12782-2018. El país se dividió en dos claras posturas, a favor y en contra del matrimonio igualitario. Principalmente, en la conformación de la Asamblea Legislativa es donde se vio mayor controversia relacionado con el tema. Los diputados conservadores realizaron una serie de actos, tratando de evitar la entrada en vigencia del matrimonio igualitario.

Partiendo por las amenazas de la diputada Xiomara Rodríguez a los magistrados, hasta la moción de postergación del plazo que presentaron 26 diputados en mayo del 2020. Además, es importante tener en cuenta, que cinco de los siete magistrados redactores fueron o serán elegidos por la actual Asamblea Legislativa.

El magistrado constitucional Fernando Castillo Viquez, tiene una tendencia a emitir votos salvados, cada vez que se le somete a su criterio temas relacionados con la comunidad LGBTIQ. Además, utiliza elementos extrajurídicos a la hora de emitir sus votos, lo que genera, sin lugar a dudas, una clara disparidad en su razonamiento. Existen motivos suficientes para considerar que el magistrado Castillo Viquez debería inhibirse de conocer

los casos relacionados con la comunidad mencionada, sin embargo, esa postura pareciera no ser de recibo por el magistrado.

El plazo de los 18 meses durante el cual se mantuvo vigente una norma declarada inconstitucional, fue un atropello al control de convencionalidad. Prolongar por año y medio la violación sistemática de los Derechos Humanos, es contrario a las disposiciones de la convención. Si la intención de la Sala era otorgar un plazo razonable para legislar en materia de normas operativas, se demostró, con el paso del tiempo, que aún con el plazo, los diputados no tenían la intención de someter este tema a discusión. Es mediante el mismo control de convencionalidad, jerarquía normativa y sus derivados, que se ha logrado superar estas barreras normativas.

Si bien es cierto, en la resolución 12782-2018, se menciona los casos Atala Riffo y niñas vs Chile, Duque vs Colombia y la OC 24/17, eso no significa que se haya realizado un efectivo control de convencionalidad. Cualquier quebranto, por mínimo que sea, a las disposiciones del bloque convencional, acarrea en su totalidad, un quebranto total a dicho control.

El matrimonio no es un derecho humano, sin embargo, un sistema normativo que no contemple el acceso a esta figura o institución, sin distinción, limita o violenta el goce de derechos humanos, como el de la igualdad y no discriminación, el derecho a acceder al matrimonio, el derecho a formar una familia, si fuese el caso y, en los países donde se considera un delito el matrimonio entre personas del mismo sexo, el derecho a la libertad e integridad personales. También, puede generar una violación a la honra y dignidad humana.

El sistema jurídico no debe regular una situación que se encuentra en el ámbito privado de cada persona y que en nada perjudica a terceros, como lo es la preferencia sexual. Se trata de una facultad de toda persona, no de una obligación, y el Estado se obliga a garantizar el goce de ese derecho, protegiendo al mismo tiempo otro derecho humano que lo implica: el de la igualdad.

En lo que respecta al Derecho comparado, la investigación arrojó resultados sumamente interesantes. En lo que se refiere al control de convencionalidad, Ecuador resultó ser el país con mejor manejo del tema, pues los jueces constitucionales decidieron declarar

constitucional la OC 24/17, a pesar de que ellos no eran consultantes, debido a que lo consideran parte del bloque de convencionalidad.

México, por su parte, también tuvo una buena actuación en el tema, utilizaron diferentes votos de la Corte IDH para declarar la constitucionalidad del matrimonio igualitario. Colombia aplicó las disposiciones del caso Duque vs Colombia, a pesar de no ser directamente sobre matrimonio igualitario. Chile y Costa Rica fueron los países con mayor desfase en la materia.

Se realizó un estudio de las resoluciones emitidas por el órgano constitucional de Chile, México, Ecuador y Colombia. Entre los argumentos destacables en Colombia, se encuentra la posición del “codo vetado”, en el cual se señala que el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la figura matrimonial y a formar una familia no es negociable. Colombia genera una contradicción, al decir que, aunque al legislador le compete determinar si un grupo de personas está menos protegido que otro, al órgano constitucional le compete fiscalizar, si el legislador ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados.

La contradicción se genera al resolver por omisión legislativa, dando un plazo de dos años para legislar sobre el tema, y retrasando la eliminación de una discriminación de un grupo que fue aceptado por esta Corte Constitucional, como minoría desprotegida.

En México se sigue la idea supra indicada al reconocer la competencia del órgano constitucional para fiscalizar la labor del legislativo. Indica, el hecho que existan dos figuras distintas para regular las uniones conyugales, aunque tengan los mismos beneficios y protección, crea una “especie de ciudadanía disminuida”. Cuando una ley estigmatiza por discriminación, ya sea por acción u omisión, perpetúa sus efectos en el tiempo, genera una reiteración de la discriminación cada día, mientras esta no se subsane.

De Ecuador resalta su jerarquía axiológica. Cuenta con una pirámide jerárquica en la que se aplica la norma más favorable de oficio. Resalta el reconocimiento que hace de su obligación como Estado, de cumplir de buena fe con las disposiciones de la Corte IDH, sin que pueda invocar derecho interno, como justificación para el incumplimiento de un tratado.

Resalta su retroalimentación del caso colombiano, al negar la posibilidad de una figura distinta del matrimonio para regular estas relaciones.

Lo más valioso del manejo del caso en Ecuador fue su crítica implícita a los plazos que impusieron en otros países, pues indica que postergar la adecuación normativa significa incumplir con el artículo 2 de la CADH, y retrasar de forma innecesaria el respeto y garantía de los derechos humanos.

El caso de Chile es el más lamentable, en cuanto a aplicación del control de convencionalidad y protección de los derechos humanos. En primer lugar, se atribuye la competencia para interpretar el Pacto de San José, al decir que esta normativa protege una familia exclusivamente de integrantes heterosexuales, pasando por alto la interpretación que la Corte IDH ya ha realizado al respecto, indicando exactamente lo contrario.

Más aun contando con una condena por parte de la Corte IDH, en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, un caso que ha sido un hito en el reconocimiento de un sector discriminado históricamente por orientación sexual, y que ha sido contemplado por otros países latinoamericanos para adecuar su normativa interna.

El órgano constitucional chileno argumenta, a partir de una resolución italiana, con el fin de rechazar toda obligación de adecuar su ordenamiento jurídico interno respecto al matrimonio igualitario. Carga toda la responsabilidad en el órgano legislativo, olvidando su labor fiscalizadora, en pro de los derechos constitucionales y convencionales. Su visión de la igualdad es totalmente de corte aristotélica; interpretación que ha sido siempre la seguida para evadir responsabilidad en cuanto a una violación al derecho a la igualdad.

Sobre la seguridad jurídica, el país que sorpresivamente tuvo un mejor desarrollo fue Chile, pues existe armonía entre la jurisprudencia y la normativa, en ambas se prohíbe el matrimonio igualitario. Costa Rica hizo un gran esfuerzo, principalmente por la eliminación de la prohibición del matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Código de Familia, y reglamentos diversos.

Colombia tiene un serio problema en este tema, pues a pesar de que existe una resolución constitucional, la normativa nunca cambió. Ecuador declaró constitucional la OC 24/17, pero nunca inconstitucional las normas en contra, por lo que se deben desaplicar. Por

último, México tiene un problema, ocasionado por el sistema jurídico federativo, pero ese tema escapa los alcances de esta investigación.

Al comparar la realidad de estos países respecto a la línea jurisprudencial de la Corte IDH, se encuentra que Colombia, Costa Rica, México (en 19 Estados) y Ecuador, cuentan con realidades compatibles con la línea jurisprudencial de la Corte IDH, respecto a la igualdad y no discriminación con motivo de la orientación sexual.

En Chile, a pesar de contar con el caso Atala Riffo y niñas vs Chile, donde incluso se le marcó de acuerdo con estudios en la misma resolución, como un país con ideologías marcadamente homofóbicas, no se ha logrado que Chile represente una realidad acorde con los derechos humanos.

Bibliografía

- Alvarado Muñoz, Gerardo Fabricio. “Debate: Matrimonio Civil Igualitario”. Canal de televisión *Teletica*, diciembre del 2017.
- Alvarado Muñoz, Gerardo Fabricio. Entrevista por Amelia Rueda Ahumada, programa *Nuestra Voz*, 30 de enero del 2018.
- Alvarado Muñoz, Gerardo Fabricio. Entrevista por Álvaro Murillo, periódico *El País*, 26 de marzo del 2018.
- Alvarado Muñoz, Gerardo Fabricio. Entrevista por Esteban Arrieta, periódico *La República*, 28 de mayo del 2018.
- Alvarado Muñoz, Gerardo Fabricio. Entrevista por Aarón Chinchilla, periódico *El periódico CR*, 5 de agosto del 2018.
- Alvarado Quesada, Carlos Andrés. Entrevista al periódico *La República*, 7 de julio del 2017.
- Alvarado Quesada, Carlos Andrés. Plan de gobierno 2018-2022. <https://pac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Crear-y-crear-la-Costa-Rica-del-siglo-XXI-interactivo-1.pdf>
- Alvarado Quesada, Carlos Andrés. Entrevista por Karla Pérez, periódico *El Mundo*, 15 de noviembre del 2018.
- Alvarado Quesada, Carlos Andrés. Post de Twitter, 26 de mayo, 2020 (12:00 a.m.) consultado el 20 de agosto, 2020 <https://twitter.com/CarlosAlvQ/status/1265160738936631296?s=20>
- Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2015.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Argentina: Heliasta, 2006.
- Cerdas, Daniela. “Marco Castillo, líder gay: ‘Fallo no tiene sentido, lo que hace es atrasar el cumplimiento de nuestros derechos’”, periódico *La Nación* (2020) consultado el 2 de setiembre de 2020 <https://www.nacion.com/el-pais/gobierno/marco-castillo-lider-gay-fallo-no-tiene-sentido/QP6NVCW3TZAJ7DVE5K2LYRBG74/story/>

- Delgado, Geovany. Entrevista otorgada al periódico *CRHoy.com*, 14 de noviembre 2018, <https://www.crhoy.com/nacionales/movimiento-diversidad-no-vamos-a-aceptar-ninguna-figura-menor-al-matrimonio-igualitario/>
- Ferrer Mc-gregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2 (2011). Consultado el 27 de mayo, 2020. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014
- Galindo Soza, Mario. “La pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en la nueva CPE y el nuevo derecho autonómico”. *Revista Jurídica Derecho* 9 (7), 126-148, ISSN 2413-2810, (2018). 126-148. Consultado el 15 de mayo, 2020, http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v7n9/v7n9_a08.pdf
- Garay Boza, Norberto E. “Gobernar desde abajo: Del control de convencionalidad a la instrumentalización de la inversión de la pirámide kelseniana”. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* No. 7, (2015): 6. Consultado el 5 de noviembre, 2020, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/download/21395/21602/>
- García Sánchez, Arán. “El matrimonio a la luz de la interpretación constitucional en México”. *Revista Jurídica IUS* vol. 10 (2016). Consultado el 3 de septiembre, 2020, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472016000100213
- Jiménez Bolaños, José Daniel. “La criminalización de la diversidad sexual y el inicio del activismo gay en Costa Rica”, 1985-1989. *Revista Scielo*, No 1, vol. 6; ISSN 2215-2989 (2016): 60-89. Consultado 28 de mayo de 2020, https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2215-24662016000100060
- Jiménez Bolaños, José. Matrimonio Igualitario en Costa Rica: Los Orígenes del Debate 1994-2006. *Revista Ciencias Sociales*, No. 155; ISSN: 0482-5276, (2017): 157-172. Consultado 28 de mayo de 2020, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/sociales/article/view/30261>

- Kelsen, Hans. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. Antología Introducción al Derecho I, Universidad de Costa Rica: Facultad de Derecho, 2015.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, traducido por Roberto Vernengo. México: UNAM, 1979.
- Madrigal, Álvaro. “La Sala IV acechada”, Diario *La República*, (2010), consultado el 26 de mayo, 2020. https://www.larepublica.net/noticia/la_sala_iv_acechada
- Madrigal, Luis Manuel. “26 diputados firman moción pidiendo posponer matrimonio igualitario 18 meses después de la pandemia”, periódico en línea *Delfino.cr* (2020) consultado el 2 de setiembre de 2020 <https://delfino.cr/2020/05/26-diputados-firman-mocion-pidiendo-posponer-matrimonio-igualitario-18-meses-despues-de-la-pandemia>
- Madrigal, Luis Manuel. “Cruickshank defiende moción para posponer matrimonio igualitario y anuncia intento de conocerla esta semana”, periódico en línea *Delfino.cr* (2020). Consultado el 2 de setiembre de 2020 <https://delfino.cr/2020/05/cruickshank-defiende-mocion-para-posponer-matrimonio-igualitario-y-anuncia-intento-de-conocerla-esta-semana>
- Madrigal, Luis Manuel. “Diputado David Gourzong agredió a asesor de Gustavo Viales”, periódico en línea *Delfino.cr* (2020). Consultado el 2 de setiembre de 2020, <https://delfino.cr/2020/05/diputado-david-gourzong-agredio-a-asesor-de-gustavo-viales>
- Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del Corpus Juris Interamericano para los Tribunales Nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 135, (2012): 1167, 1217, Consultado el 16 de noviembre del 2018, <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n135/v45n135a8.pdf>
- Partido Político Frente Amplio. *Principios Doctrinales*. Consultado el 2 de setiembre 2020, <https://www.frenteamplio.org/fa/principios-doctrinales/>

- Pérez González, Karla. “Magistrado Cruz: Estimo que el matrimonio no es un derecho humano fundamental” *elmundo.cr* (2018). Consultado el 30 de mayo, 2020, <https://www.elmundo.cr/costa-rica/magistrado-cruz-estimo-que-el-matrimonio-no-es-un-derecho-humano-fundamental/>
- Pérez Vargas, Víctor. *Derecho Privado*. San José, Costa Rica: LIL, S.A., 2013.
- Piedra Quesada, Vinicio compilador. *Constitución Política de la República de Costa Rica*, San José, Costa Rica: Imprenta Nacional, 2014.
- Pizarro Delgado, Amairaní “«La unión varón-mujer es exclusiva», esto dice la Iglesia sobre matrimonio igualitario”, periódico en línea *am prensa* (2020). Consultado el 2 de setiembre de 2020, <https://amprensa.com/2020/05/la-union-varon-mujer-es-exclusiva-esto-dice-la-iglesia-sobre-matrimonio-igualitario/>
- Poder Judicial. *Principios desarrollados en la Jurisprudencia Constitucional*. San José, 2014. Consultado el 30 de mayo, 2020, <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Principios%20Desarrollados%20en%20la%20Jurisprudencia%20Constitucional.pdf>
- [Prendas Rodríguez, Jonathan. Entrevista por Tatiana Gutiérrez, periódico AM Prensa, 29 de octubre del 2019.](#)
- Recio, Patricia “Movimiento Diversidad de Costa Rica celebra aprobación de matrimonio homosexual en todo Estados Unidos”, periódico *La Nación* (2020) consultado el 2 de setiembre de 2020, <https://www.nacion.com/el-pais/politica/movimiento-diversidad-de-costa-rica-celebra-aprobacion-de-matrimonio-homosexual-en-todo-estados-unidos/4GW6EIG2CVFDJCTT5TTITNJTJE/story/>
- Rey, Fernando. “¿De qué hablamos cuando hablamos de Igualdad Constitucional?”. *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez* No. 45, (2011): 168. Consultado el 30 de mayo, 2020, <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/529/619>
- Salazar Méndez, Amílcar. “Matrimonio gay no es un derecho humano, es una figura legal: especialistas”. *La silla rota*, 2016. Consultado el 30 de mayo, 2020, <https://lasillarota.com/matrimonio-gay-no-es-un-derecho-humano-es-una-figura-legal-especialistas/116163>

- Salazar Muñoz, Luis. Post de Twitter, 13 de agosto, 2018. Consultado el 20 de agosto, 2020, <https://twitter.com/CarlosAlvQ/status/1265160738936631296?s=20>
- Sánchez Carballo, Enrique Alejandro. Entrevista otorgada a la periodista Esteban Arrieta, del periódico *La República*, 25 de mayo 2020, <https://www.larepublica.net/noticia/enrique-sanchez-derechos-humanos-de-la-comunidad-lgbt-son-imparables>
- Solano, Johel. “Iglesia Católica y Evangélica se unen contra matrimonio gay”, periódico en línea *crhoy.com* (2020). Consultado el 2 de setiembre de 2020, <https://www.crhoy.com/nacionales/iglesia-catolica-y-evangelica-se-unen-contra-matrimonio-gay/>
- Solís Fallas, Alex. *La dimensión política de la justicia constitucional*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2008.
- Vega Rodríguez, Paola Viviana. Entrevista otorgada a la periodista Claudia Marín, del periódico *El mundo*, 25 de mayo 2020, <https://www.elmundo.cr/costa-rica/paola-vega-urge-avanzar-en-normas-que-aseguren-el-respeto-a-la-identidad-de-genero/>

Normativa Nacional

- Asamblea Legislativa. “Ley N°7135: Ley de la Jurisdicción Constitucional, 11 de octubre, 1989”. Sinalevi. Consultado el 21 de mayo, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC
- Consejo Superior del Poder Judicial. “Circular 190-2017, 17 de octubre, 2017”. Sinalevi. Consultado el 20 de agosto, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86007&nValor3=111412&strTipM=TC

Normativa Internacional

- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. “Resolución 217” Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948. Consultado 29 de mayo, 2020, <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>
- Asamblea Legislativa Ecuador. “Código Civil de la República de Ecuador, 10 de mayo, 2005”. Consultado el 30 de setiembre, 2020, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>
- Asamblea Legislativa de México. “Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 26 de mayo, 1928”. Consultado el 30 de setiembre, 2020. <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>
- Colombia. “Constitución Política de la República de Colombia, 20 de julio, 1991”. Secretaría del senado. Consultado el 25 de agosto, 2020, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#:~:text=Todas%20las%20personas%20nacen%20libres,religi%C3%B3n%20C%20opini%C3%B3n%20pol%C3%ADtica%20o%20filos%C3%B3fica.
- Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos. “Declaración universal Versión comentada”, 2011. Consultado 29 de mayo, 2020, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28141.pdf>
- Cumbre Judicial Iberoamericana. “Código Iberoamericano de Ética Judicial 2 de abril de 2014”. Consultado el 23 de agosto, 2020.
- Ecuador. “Constitución Política de la República del Ecuador, 20 de octubre, 2008”. Consultado el 30 de setiembre, 2020. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- México. “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero, 1917”. Consultado el 30 de setiembre, 2020, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf
- Organización de Estados Americanos. “Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre 1969”. Consultado el 29 de mayo, 2020, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

- [Organización de Naciones Unidas. “Convención de Viena 27 de enero 1980”. Consultado el 3 de septiembre, 2020. \[https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf\]\(https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf\)](https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf)

Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Almonacid Arellano vs Chile de 26 de setiembre de 2006”.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Trabajadores cesados del congreso vs Perú de 24 de noviembre de 2006”.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Cabrera García y Montiel Flores vs México de 26 de noviembre de 2010”.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Atala Riffo y niñas vs Chile de 24 de febrero de 2012”.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Duque vs Colombia del 26 de febrero de 2016”.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017”, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Jurisprudencia Nacional

- Juzgado Notarial del Poder Judicial. “Sentencia: 45-2020, 27 de enero, 2020, 10:02 horas”, Expediente 15-000861-0627-NO – 2.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo”: voto 3435-92; 11 de noviembre de 1992, 16:00 horas. Expediente 91-002695-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo”: voto 316-93; 22 de enero de 1993, 09:39 horas. Expediente 92-000543-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de Inconstitucionalidad”: voto 2313-95; 9 de mayo de 1995, 16:18 horas. Expediente 90-000421-0007-CO.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo”: voto 1434-99; 26 de febrero de 1999, 09:57 horas. Expediente 99-001396-007-CO-A.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de Inconstitucionalidad”: voto 2707-99; 14 de setiembre de 1999, 15:39 horas. Expediente 96-004511-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de Inconstitucionalidad”: voto 7262-06; 23 de mayo de 2006, 14:46 horas. Expediente 03-008127-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de Inconstitucionalidad”: voto 17301 - 08; 19 de noviembre de 2008, 14:54 horas. Expediente 06-014356-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo”: voto 4524-12; 30 de marzo de 2011, 11:03 horas. Expediente 11-009801-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo”: voto 8724-11; 1º de julio de 2011, 09:18 horas. Expediente 11-004981-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de Inconstitucionalidad”: voto 13800-2011, 12 de octubre de 2011, 15:00 horas. Expediente 08-002849-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo”: voto 3090-13; 6 de marzo de 2013, 16:10 horas. Expediente 13-001911-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo”: voto 12703 -14; 1º de agosto de 2014, 11:51 horas. Expediente 13-008162-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo”: voto 6058 -15; 29 de abril de 2015, 11:32 horas. Expediente 15-000450-0007-CO
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Hábeas Corpus”: voto 807-16; 20 de enero de 2016, 11:45 horas. Expediente 16-000005-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Hábeas Corpus”: voto 1899-16; 09 de febrero de 2016, 14:30 horas. Expediente 16-000820-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de Inconstitucionalidad”: voto 12782-18; 8 de agosto de 2018, 16:45 horas. Expediente 15-013971-0007-CO.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de Inconstitucionalidad”: voto 11988-2018, 08 de agosto de 2018, 17:45 horas. Expediente 15-013971-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Amparo”: voto 12758-19; 12 de julio de 2019, 09:30 horas. Expediente 19-004994-0007-CO.
- Sala Constitucional de Costa Rica. “Funciones y competencias”. Consultado el 3 de marzo, 2020. <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/que-hace-la-sala-constitucional>
- Tribunal Supremo de Elecciones, “Recurso de Amparo Electoral”: voto 1375-E1-2018, 5 de marzo de 2018 10:30 horas.

Jurisprudencia Internacional

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia unificada 214/16, consultado el 24 de junio de 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU214-16.htm>
- Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19 del 12 de junio de 2019, consultado el 10 de agosto de 2020, <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf&ved=2ahUKEwin5Z7V15LrAhVop1kKHZrxDuEQFjAAegQIBRAB&usg=AOvVaw2AgK4vKveyFHn5DAldo35->
- Corte Suprema de Chile, Santiago, veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho. Consultado el 28 de mayo de 2020, <https://www.pjud.cl/documents/396543/0/MATRIMONIO+CHILENO+Y+DOMINICANA+SUPREMA.pdf/a85d3beb-86d2-4ccd-b9dd-c4db9b9dbda7>
- Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México, Ejecutoria núm. 1a./J. 43/2015 (10a.) del 30 de Junio de 2015. Consultado el 20 de julio de 2020, <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/583457466>.
- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 7774-2019 del 4 de junio de 2020, consultado el 30 de julio de 2020, <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=6635>.