

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

**LA TUTELA JURÍDICA A LAS PAREJAS
FORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO:
UNIONES ESTABLES HOMOAFECTIVAS**

**Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2003**

**LUIS GUILLERMO MURILLO RODRÍGUEZ
CARNÉ: 832697**

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE INVESTIGACIÓN

San José 01 de octubre del 2003.

Dr.
Rafael Gonzalez Ballar
Decano, FACULTAD DE DERECHO

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación del estudiante

LUIS GUILLERMO MURILLO RODRIGUEZ

Titulado: "LA TUTELA JURIDICA A LAS PAREJAS FORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO: UNIONES ESTABLES HOMOAFFECTIVAS"

fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores.

| | |
|-------------|----------------------------------|
| Presidente: | LICDA. ROXANA AGUILAR SANTAMARIA |
| Secretario: | LIC. CARLOS LUIS ARRIETA SALAS |
| informante | LICDA. RITA MAXERA HERRERA |

La fecha y hora para la PRESENTACION PUBLICA de este trabajo se fijó para el día 9 de octubre del 2003 a las 18:30 p.m. horas

Atentamente,


DR. DANIEL GADEA NIETO
DIRECTOR

San José 30 de setiembre del 2002

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director
Area de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Profesor:

En condición de Directora de la Tesis "LA TUTELA JURÍDICA A LAS PAREJAS FORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO, Uniones estables homoafectivas" elaborada por el egresado Luis Guillermo Murillo Rodríguez.

El trabajo contiene una investigación teórica y de campo, exhaustiva y valiente sobre un tema controvertido y de gran actualidad.

La investigación además de alcanzar los objetivos planteados en el Proyecto de Investigación, proporciona numerosa información de derecho comparado que la convierte en fuente obligada de consulta.

Cordialmente


RITA MAXERA

30 de septiembre de 2003

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Presente

Estimado Dr. Gadea Nieto,

Sirva la presente para saludarlo y a la vez manifestarle que el Trabajo Final de Graduación preparado por el Bachiller Luis Guillermo Murillo Rodríguez, con carné universitario 832697, titulado "La Tutela jurídica a las parejas formadas por personas del mismo sexo: Uniones estables homoafectivas" cumple con todos los requisitos estipulados en el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación.

El tema ha sido abordado de manera técnica y profesional, se ha basado en una investigación bibliográfica y analítica muy completa. Es por ello que considero que este trabajo constituye un valioso aporte a la doctrina nacional debido a la actualidad e importancia del tema

En virtud de lo anterior, solicito proceder con el trámite correspondiente.

Se despide atentamente,


Licda. Roxana Aguilar Santamaría

San Pedro, 29 de setiembre de 2003

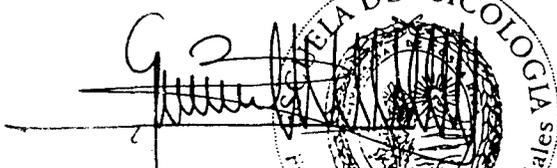
Señor:
Dr. Daniel Gadea Nieto
Director Área de investigación
Facultad de derecho
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimado señor:

En mi condición de miembro del equipo asesor, después de haber leído y revisado la versión definitiva de la tesis ***“La Tutela Jurídica a las parejas formadas por personas del mismo sexo”***, realizada por el estudiante Luis Guillermo Murillo Rodríguez, carné 832697, doy mi visto bueno para que sea sometida a defensa pública cuando usted lo estime pertinente.

Me parece que la tesis en cuestión es un excelente trabajo de investigación que pone en evidencia las destrezas y habilidades del autor y resulta un excelente aporte en el concierto académico e investigativo de nuestra Universidad. Asimismo, me parece un trabajo pionero y valiente que por su temática habrá de convertirse en precedente insoslayable cuando se aborden temáticas tan delicadas como la que el señor Murillo asumió como reto de investigación.

Sin más, cordialmente


Carlos Luis Arrieta Salas
Profesor escuela de Psicología



Dedicatoria

*Dedico este trabajo a todas aquellas
personas que creen y luchan por
lograr un mundo mejor.*

*A mi Mamá, ejemplo de mujer y madre,
quien con su fuerza, entrega y cariño
ha inspirado mi vida.*

*A mis hermanos y hermanas, por su
apoyo, cariño y respeto. A mi hermano
Javier, amigo inseparable aun en la
distancia eterna.*

*A Cali, amigo incondicional,
con quien comparto muchos de mis ideales.*

*A Luis,
razón de mi alegría e inspiración de este trabajo,
quien me enseñó a vivir el amor y con quien
comparto mis más bellos sentimientos.*

AGRADECIMIENTOS

Al culminar este trabajo reconozco el apoyo recibido por muchas personas, quienes de algún modo formaron parte de esta investigación. A todas ellas muchas gracias

A mi madre, hermanos y hermanas, por el apoyo recibido, por el amor brindado y por la paciencia en todos estos años.

A Luis, por su paciencia y amor y porque sin su apoyo durante toda la investigación, ésta no habría llegado al final. Por dedicarme a mí y a la investigación su valioso tiempo.

Al Lic. Víctor madrigal, por las correcciones finales.

A los profesores de la Facultad de Derecho quienes me facilitaron las herramientas para demandar respeto por los derechos humanos.

A la Licda. Rita Maxera, directora de esta investigación, por su apoyo.

A la Licda. Roxana Aguilar, lectora de esta investigación, por sus sugerencias y comentarios.

Al Lic. Carlos Arrieta, lector de esta investigación, por sus recomendaciones y correcciones, por transmitirme su entusiasmo y solidaridad.

A mis amigos y amigas, quienes han manifestado su respeto por mi forma de ser.

ÍNDICE GENERAL

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| TÍTULO PRIMERO: La familia; elemento natural y fundamento de la sociedad | 10 |
| Capítulo Primero: Concepto amplio de familia | 11 |
| Sección Primera: Evolución de la Familia y diversidad familiar | 12 |
| A. <u>Evolución de la familia</u> | 12 |
| 1. Concepto de familia | 13 |
| 2. Evolución de la familia | 15 |
| 3. La procreación ¿Elemento fundamental de la familia? | 17 |
| B. <u>Diversidad familiar</u> | 18 |
| 1. Diversos tipos de familia | 19 |
| 2. Características o elementos comunes en los diversos tipos de familia..... | 22 |
| 3. Matrimonio y unión de hecho como fuentes de familia | 23 |
| Sección Segunda: Protección a la Familia en la Constitución Política, las Convenciones Internacionales y el Código de Familia | 26 |
| A. <u>Sustento Constitucional</u> | 26 |
| 1. Principios básicos de interpretación de los derechos fundamentales..... | 27 |
| 2. Interpretación histórica y literal de los artículos 51 y 52 de la Constitución Política | 29 |
| 3. Interpretación sistemática de la Constitución Política | 32 |
| a) Derecho a la intimidad | 32 |
| b) Respeto a la dignidad humana y no discriminación | 33 |
| c) Derecho a no declarar contra su cónyuge..... | 34 |
| d) Bienestar general | 36 |
| e) Seguridad social | 36 |
| f) Justicia social | 37 |

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 4. | Otras interpretaciones a la Constitución Política | 38 |
| a) | Según el espíritu de la Constitución | 38 |
| b) | Según la interpretación sociológica | 39 |
| B. | <u>Sustento en las Convenciones y Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos</u> | 40 |
| 1. | Declaración Universal de los Derechos Humanos | 41 |
| 2. | Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre | 42 |
| 3. | Convención Americana sobre Derechos Humanos, | 43 |
| 4. | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos | 44 |
| 5. | Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer | 45 |
| C. | <u>Su regulación en el Código de Familia</u> | 47 |
| 1. | Matrimonio | 49 |
| 2. | Del Régimen Patrimonial de la Familia | 50 |
| a) | Capitulaciones matrimoniales | 51 |
| b) | Régimen de gananciales | 51 |
| c) | Afectación del inmueble familiar | 54 |
| 3. | Alimentos | 56 |
| | Capítulo Segundo | |
| | La Familia de hecho | 58 |
| | Sección Primera: La unión de hecho o unión libre | 59 |
| A. | <u>Unión de hecho como comunidad de vida</u> | 60 |
| B. | <u>Distintas denominaciones</u> | 61 |
| C. | <u>Elementos esenciales de la unión de hecho</u> | 68 |
| 1. | Elementos subjetivos | 68 |
| 2. | Elementos objetivos | 70 |
| D. | <u>Similitudes y diferencias entre matrimonio y unión de hecho</u> | 73 |
| E. | <u>Su regulación en el Código de Familia</u> | 76 |

| | |
|--|------------|
| Sección Segunda: Efectos jurídicos de la unión de hecho | 82 |
| A. <u>Efectos patrimoniales y derechos sucesorios</u> | 82 |
| 1. Efectos patrimoniales de la unión de hecho | 83 |
| a) Capitulaciones vivenciales | 84 |
| b) Régimen de gananciales | 84 |
| c) Afectación del inmueble familiar | 86 |
| 2. Derechos sucesorios | 87 |
| B. <u>Otros derechos que han sido reconocidos a la unión de hecho</u> | 90 |
| 1. Derecho a alimentos | 91 |
| 2. Derecho a indemnización o responsabilidad civil extracontractual | 92 |
| 3. Derecho a subrogación del arrendamiento | 93 |
| 4. Derecho a los beneficios de seguridad social: seguro social, pensiones y vivienda, | 95 |
| a) Seguro social y pensiones | 95 |
| b) Vivienda | 102 |
| C. <u>Relación entre sociedad de hecho y unión de hecho</u> | 104 |

TÍTULO SEGUNDO:

Las relaciones estables homoafectivas:

regulación y legitimación como núcleos familiares 110

A) CAPÍTULO PRIMERO:

Conceptualizaciones terminológicas, aporte doctrinal de María

Berenice Dias. Regulación en el Derecho Comparado..... 111

Sección Primera:

Consideraciones terminológicas, conceptuales e históricas básicas 112

| | |
|---|------------|
| A. <u>Homosexual, gay, queer, LGBT, diversidad sexual, minorías sexuales, ¿Qué implican?</u> | 113 |
| 1. Homosexual | 113 |
| 2. Gay | 114 |
| 3. Queer | 115 |
| 4. Sodomía | 117 |
| 5. Términos usados en Costa Rica | 117 |
| 6. LGBT | 118 |
| 7. Diversidad sexual | 118 |
| 8. Minorías sexuales | 119 |

| | |
|---|------------|
| 9. ¿Inclinación, orientación, preferencia, escogencia, opción, identidad? | 119 |
| 10. Homoerotismo y homoafectividad | 121 |
| B. <u>Homofobia versus aceptación y respeto</u> | 122 |
| C. <u>Historia del movimiento homosexual y del orgullo gay</u> | 128 |
| Sección Segunda: | |
| El aporte doctrinal de María Berenice Dias: paradigma de un Movimiento jurídico latinoamericano | 133 |
| A. <u>El afecto; elemento definitorio de familia y los prejuicios que obstaculizan su reconocimiento</u> | 135 |
| 1. Los preconceptos | 135 |
| 2. El afecto como elemento definitorio de la familia | 136 |
| 3. Homosexualidad: causa de exclusión del concepto familia | 138 |
| 4. "El nuevo paradigma" | 140 |
| B. <u>Derecho y justicia; El juez ante las lagunas de la ley</u> | 141 |
| 1. El papel del juez ante los cambios sociales | 141 |
| 2. Laguna de ley y analogía | 145 |
| 3. El valor de la justicia | 147 |
| C. <u>Exclusión social y Derechos Humanos</u> | 149 |
| 1. Respeto a la dignidad de la persona humana como marco básico | 149 |
| 2. Las distintas generaciones de derechos humanos y su relación con el libre ejercicio de la sexualidad | 150 |
| a) Derechos humanos de primera generación | 151 |
| b) Derechos humanos de segunda generación | 151 |
| c). Derechos humanos de tercera generación | 152 |
| D. <u>Las uniones estables homoafectivas no son sociedades de hecho</u> ... | 155 |
| 1. Requisitos y reconocimiento | 155 |
| 2. Sociedades de afecto, no sociedades de hecho | 158 |
| a) Problemas de competencia | 160 |
| b) En el derecho sucesorio | 162 |
| 3. Temas de adopción | 163 |

| | |
|--|------------|
| Sección Tercera: | |
| Ordenamientos jurídicos que reconocen las uniones estables homoafectivas y proyectos de ley en América Latina | 166 |
| Notas introductorias | 166 |
| A. <u>Europa</u> | 167 |
| 1. Suecia | 167 |
| 2. Dinamarca | 168 |
| 3. Noruega | 169 |
| 4. Islandia | 169 |
| 5. Holanda | 169 |
| 6. Bélgica | 170 |
| 7. Inglaterra | 171 |
| 8. Francia | 171 |
| 9. España | 173 |
| 10. Alemania | 176 |
| 11. Unión Europea | 177 |
| B. <u>América</u> | 181 |
| 1. Canadá | 181 |
| 2. Estados Unidos | 183 |
| 3. México | 188 |
| 4. Colombia | 191 |
| 5. Brasil | 194 |
| 6. Argentina | 199 |
| 7. Chile | 202 |
| Capítulo Segundo: | |
| Situación actual y proyecciones legales de las uniones estables homoafectivas en Costa Rica | 205 |
| Sección Primera: | |
| Análisis interpretativo de algunas normas de la legislación Costarricense sobre la unión de hecho, que podrían aplicarse a las uniones estables homoafectivas | 205 |
| A. <u>Reconocimiento legal</u> | 205 |
| 1. En la Constitución Política de Costa Rica | 206 |
| 2. En la Ley 7771, Ley General sobre el VIH/SIDA | 207 |

| | |
|--|-----|
| 3. Despenalización de la sodomía | 208 |
| 4. “Conviviente” en el Código Procesal Penal, el Código Penal y el Proyecto de Reforma al Código Penal | 209 |
| a) “Conviviente” en el Código Procesal Penal | 210 |
| b) “Conviviente” en el Código Penal | 213 |
| c) “Conviviente” en el Proyecto de Reforma al Código Penal | 214 |
| | |
| E. <u>¿Están reconociendo estos Códigos la existencia de las relaciones estables homoafectivas de manera ambigua, imprecisa y penalizada?</u> | 217 |
| | |
| Sección Segunda: | |
| Visualización de las uniones estables homoafectivas en la sociedad costarricense | 220 |
| | |
| A. <u>La vida de gays y lesbianas en un medio social intolerante</u> | 221 |
| 1. La presión y el rechazo social | 221 |
| 2. El discurso oficial que incita al odio | 224 |
| | |
| B. <u>Conformación y dinámica de las uniones estables homoafectivas en Costa Rica</u> | 230 |
| 1. Principales diferencias entre las parejas estables homo y heteroafectivas | 230 |
| 2. Los roles de cada miembro y la estabilidad de la pareja | 234 |
| 3. El aporte de las uniones estables homoafectivas en la redefinición de la vida familiar costarricense | 237 |
| | |
| C. <u>Exclusión judicial y participación de la sociedad civil</u> | 238 |
| 1. Gays y lesbianas ante la justicia costarricense | 238 |
| 2. Organizaciones civiles gay-lésbicas | 244 |
| | |
| D. <u>Un caso paradigmático en el sistema jurídico costarricense: Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 14 inciso 6) del Código de Familia y contra el artículo 176 del Código Penal que impiden y penalizan el matrimonio entre personas del mismo sexo</u> | 250 |
| | |
| CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES GENERALES | 253 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA | 262 |

TABLA DE ABREVIATURAS

ASOVIH/SIDA: Asociación Costarricense de Personas que Viven con VIH/SIDA

ILPES: Instituto Latinoamericano de Prevención y Educación en Salud

CIPAC: Centro de Investigaciones para América Central

INVU: Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo

PANI: Patronato Nacional de la Infancia

VIH: Virus de la inmunodeficiencia humana

SIDA: Síndrome de inmunodeficiencia adquirida

ILGA: Asociación Internacional de Gays y Lesbianas, por sus siglas en inglés

IGLHRC: Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas, por sus siglas en inglés

PACs: Pacto Civil de Solidaridad

LGBT: lesbianas/gays/bisexuales y transgéneros

HIVOS: Instituto Humanista de Cooperación con los Países en Desarrollo

Murillo Rodríguez, Luis Guillermo, **“LA TUTELA JURÍDICA A LAS PAREJAS FORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO: UNIONES ESTABLES HOMOAFECTIVAS”** Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2003.

Directora: Licda. Rita Maxera

Lista de palabras claves: Homosexualidad, unión de hecho, unión estable homoafectiva, matrimonio, orientación sexual, movimiento gay, comunidad LGBT, derechos homosexuales, derechos humanos, derecho de familia, igualdad de derechos, familia, núcleos familiares, diversidad familiar, efectos patrimoniales.

RESUMEN DEL TRABAJO:

En la primera parte se hace una mención a la evolución que ha tenido la conformación familiar, así como la variedad de términos que se han utilizado para referirse a las parejas estables que no están unidas por el vínculo matrimonial. También un análisis de los artículos que la Constitución Política de Costa Rica y en las Declaraciones y Convenios Internacionales de Derechos Humanos sobre protección a la familia.

Luego se realiza una descripción de la legislación que regula la unión de hecho y el matrimonio en Costa Rica, donde la unión de hecho tiene una regulación que remite a lo dispuesto sobre el matrimonio, para después mostrar los elementos y requisitos que debe cumplir una unión de hecho, los efectos jurídicos que se derivan de su reconocimiento y cómo ha sido tratada por los tribunales costarricenses a través del tiempo.

La segunda parte se dedica a las personas homosexuales y la formación de familias. Previamente se hace una conceptualización de términos frecuentemente utilizados y una breve descripción del surgimiento del movimiento gay que reclama por sus derechos.

Ante la ausencia de juristas nacionales que hayan abordado con seriedad el tema, se recurre a la doctrina brasileña para mostrar un abordaje jurídico que abarque la mayoría de temas relacionados con la familia homosexual, la competencia, la labor del juez ante las lagunas de la ley y la necesidad de romper con los prejuicios que le impiden impartir justicia.

Se denomina uniones estables homoafectivas, para referirse al núcleo familiar constituido por personas del mismo sexo, independiente de las otras figuras jurídicas del Derecho de Familia, pero merecedor de reconocimiento legal y jurisprudencial. Para reforzar esta posición se presenta a grandes rasgos las características más importantes de algunas legislaciones del derecho comparado que han reconocido estas uniones.

En el último capítulo se presenta una descripción de la situación que gays y lesbianas enfrentan en sus hogares de origen y los prejuicios que sufren al no reconocérseles la familia que han constituido, lo que se ve reforzado por la actitud homofóbica en discursos y actuaciones de representantes de diferentes sectores sociales y políticos del país, lo que contrasta con la aceptación, todavía limitada, que va teniendo en la sociedad costarricense.

Al final se hace un breve análisis de la acción de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 14 inciso 6) del Código de Familia y el 176 del Código Penal, que impiden y penalizan el matrimonio entre personas del mismo sexo.

INTRODUCCIÓN

La motivación para realizar una investigación sobre las consecuencias jurídicas y sociales que causa la falta de regulación normativa sobre las uniones estables homoafectivas nació desde hace varios años, a raíz de experiencias personales donde se evidenciaban los perjuicios que enfrentaban las personas homosexuales en Costa Rica.

Los gays y las lesbianas en muchas ocasiones son considerados “anormales”, lo que conlleva todo tipo de discriminación y negación de derechos. Como consecuencia, a las familias formadas sobre la base de relaciones homoafectivas, se les niega reconocimiento jurídico y por ende se les impide el disfrute de derechos y garantías que el resto de la población tiene asegurado.

La imposibilidad de cuantificar el número de familias homoafectivas, no debe ser el obstáculo para reconocer que este fenómeno social existe y que su existencia exige un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico costarricense.

Pese a que la exclusión social y jurídica por orientación sexual es un tema evidente, éste no ha sido abordado por la doctrina jurídica costarricense. Por este motivo se pretende que esta investigación sirva para incentivar el análisis comprensivo de esta temática.

El matrimonio y la unión de hecho, son los institutos jurídicos que el Derecho de Familia costarricense tutela, pero exclusivamente para las parejas formadas por personas de distinto sexo. Estos institutos, principalmente el matrimonio, tiene una connotación histórica, social, jurídica y religiosa que no siempre se adecúa a la conformación de la familia homoafectiva. Además, el rechazo, muchas veces originado por el desconocimiento y los prejuicios, para

que gays y lesbianas puedan optar por regular sus relaciones estables de pareja, aconseja buscar una tercera alternativa que permita, sin necesidad de recurrir a las formas preestablecidas, la protección a los distintos núcleos familiares.

Un análisis histórico-social permite apreciar cómo en Costa Rica el concubinato fue social y jurídicamente despreciado y condenado a la marginalización, con consecuencias ominosas para sus integrantes. Esta etapa, hoy felizmente superada, se repite en las uniones estables de personas del mismo sexo, poniendo en entredicho el respeto por los derechos humanos del cual Costa Rica hace gala y, cuestiona a todo el sistema jurídico por su incapacidad y negativa de dar una respuesta acorde al actual momento histórico, donde lo “diferente” debe tener una vaorización en la construcción social.

La homosexualidad está envuelta en mitos y tabúes, por ese motivo es importante dar una conceptualización básica que permita su desmitificación y una mayor comprensión de los efectos sociales y jurídicos que producen las posturas homofóbicas.

Estructura de la investigación:

El título primero; “La familia, elemento natural y fundamento de la sociedad”, está dividido en dos capítulos. En el primer capítulo se analizará la evolución que ha tenido la constitución de la familia, la protección que recibe de la Constitución Política, de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos y del Código de Familia.

En el segundo capítulo del primer título se abordará el tema de la unión de hecho regulada en Costa Rica y los efectos patrimoniales, sucesorios, alimentos, seguridad social y otros derechos que se derivan de este

reconocimiento y la posición de la jurisprudencia nacional sobre este tema. Así como la relación entre el matrimonio y la unión de hecho y entre ésta y la sociedad de hecho. Se analizan los institutos: Matrimonio y Unión de hecho regulados en el Derecho de Familia como base, no con el fin de hacer una similitud, sino para entender los efectos jurídicos que el reconocimiento de estos núcleos familiares conlleva y aplicarlos de manera analógica a la unión estable homoafectiva.

El título segundo; "Las relaciones estables homoafectivas: regulación y legitimación como núcleos familiares", está dividido en dos capítulos, en el primer capítulo se dan las conceptualizaciones terminológicas relacionadas a la homosexualidad. También se presenta el aporte doctrinal de una figura emblemática brasileña, la magistrada Maria Berenice Dias, quien ha desarrollado una postura de defensa y reconocimiento a las uniones estables homoafectivas sobre la base del respeto de los derechos humanos. En la última sección de este capítulo se exponen los principales avances en esta materia en el Derecho comparado.

En el segundo capítulo del segundo título se hace un análisis de la legislación costarricense que, de alguna manera, hace referencia a las uniones estables homoafectivas, sin nombrarlas directamente, pero que podría ser el inicio del reconocimiento de tales uniones. En la segunda sección de este capítulo se muestra una identificación de la vida de gays y lesbianas y la conformación de las relaciones estables de parejas homoafectivas en la sociedad costarricense.

La investigación termina con el análisis de una Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 14 inciso 6) del Código de Familia y contra el artículo 176 del Código Penal que impiden y penalizan el matrimonio entre personas del mismo sexo. Acción legal que podría servir de base para ampliar la regulación y protección de la familia en Costa Rica.

Para la realización de esta investigación se ha planteado un objetivo general y cinco objetivos específicos:

OBJETIVO GENERAL

Analizar la necesidad de una regulación jurídica que tutele las uniones estables entre personas del mismo sexo (uniones estables homoafectivas).

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Revisar las leyes y jurisprudencia constitucional que posibilita la aplicación de la normativa existente a las uniones estables homoafectivas.
- Analizar desde la perspectiva de los Derechos Humanos, el tema de la sexualidad y las uniones estables homoafectivas y determinar el grado de protección que el ordenamiento jurídico costarricense brinda a los homosexuales y sus familias.
- Realizar un análisis del Derecho comparado sobre los derechos reconocidos a las uniones estables homoafectivas en algunos países europeos y los proyectos de ley que en la actualidad se discuten en Latinoamérica.
- Determinar la importancia que tiene para las uniones estables homoafectivas, una legislación que las regule, reconozca y legitime.
- Caracterizar los problemas sociales, económicos y jurídicos que enfrentan las uniones estables homoafectivas, por falta de legislación que las tutele.

Para lograr estos objetivos se tomará como base los antecedentes sociales y jurídicos en los cuales los homosexuales se desenvuelven y los cambios experimentados en la conformación de los distintos núcleos familiares.

ANTECEDENTES:

A partir de la sexta década del siglo XX se producen cambios profundos en la sociedad, lo que repercute directamente en los modelos tradicionales de familia. Los paradigmas se rompen y van siendo reemplazados por nuevas alternativas; se replantea el papel de la mujer dentro de la familia, los derechos de los menores, se empieza a hablar de género, se cuestionan las relaciones de poder y se manifiesta la necesidad de nueva regulación que garantice el pleno disfrute de los derechos de las personas en todos sus ámbitos.

En la nueva construcción de relaciones de pareja, el patrón social y legal establecido y defendido generación tras generación, no siempre responde adecuadamente a los intereses y necesidades actuales.

En Costa Rica, la regulación jurídica de las uniones de hecho, entre un hombre y una mujer, pese a la importancia que revestía, se pospuso durante muchos años.

La realidad social indicaba la imperiosa necesidad de tal regulación. Cada día había más uniones de hecho y la desprotección jurídica causaba diferentes problemas a sus miembros. Sin embargo, los prejuicios morales y sociales sobre el tema impedían o dificultaban una regulación que brindara certeza jurídica a tales uniones.

Es hasta 1995, después de varios años de discusión, que se aprueba la regulación de las uniones de hecho, pero restringidas a las parejas heteroafectivas.

Al realizar una lectura de las discusiones de ese proyecto de ley, no se encontró en ellas ninguna referencia importante a la inclusión de las parejas homoafectivas, sólo en pocas ocasiones hacen referencia a los homosexuales, pero por lo general de manera excluyente.

Para la época en que fue aprobada la ley de uniones de hecho ya había en el país un movimiento relativamente organizado de personas homosexuales, dentro de la comunidad LGBT (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales), sin embargo, los grupos gays o pro gays costarricenses no participaron en la inclusión del reconocimiento de sus parejas en este proyecto.

En ese momento ya eran obvias las situaciones discriminatorias que enfrentaban gays a causa de vivir con el SIDA¹ y ya se empezaban a notar las dificultades que enfrentaban los convivientes supérstites para conseguir mantener sus derechos sobre los bienes adquiridos en sus relaciones de parejas de muchos años de convivencia.

Los grupos de la comunidad LGBT, durante los últimos años de la década de los ochenta y durante toda la década de los noventa, tuvieron un importante papel, para darle legitimidad social, romper prejuicios y tabúes en tomo a la homosexualidad. Sin embargo, no se buscó un reconocimiento jurídico, quizá por lo insipiente de su organización, porque aún no estaba preparado para este salto cualitativo o bien, porque presentía el rechazo social y legislativo a una inclusión de protección jurídica en ese momento histórico.²

¹ Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida

² Entrevista realizada el día 9 de abril de 2002 a la Licda. Rose Mary Maden

Sin embargo, la legitimidad social adquirida en estos años pasados y los problemas concretos que se han ido presentado, crean las condiciones necesarias para considerar en este momento una discusión en pro de una reivindicación sobre la protección jurídica que necesitan y merecen las parejas homoafectivas.

Al realizar una investigación generalizada sobre la temática propuesta, salvo algunas referencias aisladas se nota un vacío absoluto en las discusiones legislativas, no se encuentra ninguna discusión doctrinaria y tampoco existe jurisprudencia que permita conocer, a nivel nacional, la posibilidad de regulación de las uniones estables homoafectivas

A nivel internacional, ha habido un intenso progreso en las discusiones, presentación de proyectos de ley, aprobación de leyes y jurisprudencia, donde se reconocen los derechos a las personas que forman parejas del mismo sexo. En contraste, en Costa Rica el análisis jurídico de estas relaciones de pareja se ha pospuesto. Incluso en aulas universitarias, cuando se habla de reconocimiento de nuevos derechos, se evita hablar del reconocimiento de derechos para minorías sexuales.

A nivel social, el rechazo y la estigmatización sobre la homosexualidad han dificultado el reconocimiento de los derechos que una convivencia estable homoafectiva pueda generar. Los factores sociales, familiares y religiosos influyen considerablemente en la formación, duración y calidad de las relaciones de parejas homoafectivas.

Por último, cabe destacar el avance en materia de reconocimiento de "nuevos" derechos humanos. Sin duda, los cambios sociales presentados, la exigencia de respeto y sobre todo la interiorización de aspectos como diversidad, en su más amplio sentido, propiciarán la discusión y reconocimiento de derechos a las uniones estables homoafectivas.

Hipótesis de la investigación:

A pesar de la inexistencia de una ley positiva que regule las uniones estables homoafectivas, el ordenamiento jurídico costarricense tiene una normativa constitucional y legal que posibilita la aplicación de normas que les reconozca los efectos jurídicos que se derivan de tales uniones.

Metodología

Dado que el estudio exploratorio es uno de los métodos más utilizados en el análisis del comportamiento humano y sus implicaciones, pues parte de realidades existentes, las analiza, llega a conclusiones y ofrece recomendaciones, es el método a utilizar, ya que favorecerá la realización del proceso investigativo de este proyecto de graduación.

La ausencia de investigaciones previas, de legislación sobre el tema específico, la escasa jurisprudencia, hace necesario que se utilice mayoritariamente legislación, jurisprudencia y doctrina extranjeras, para lograr el análisis bibliográfico del tema.

El estudio de doctrina, jurisprudencia y legislación nacionales que sobre las uniones de hecho (entre hombre y mujer) existen, serán la base para una interpretación del espíritu de la ley, lo cual posibilitará hacer varias lecturas sobre el tema, valorando así, la posibilidad de su aplicación en las uniones estables homoafectivas.

También se realizará un análisis bibliográfico de la jurisprudencia nacional, para conocer la posición de los Tribunales costarricenses en materia de familia no tradicional, especialmente en relación con el reconocimiento de derechos de personas que forman grupos familiares fuera del matrimonio.

En los últimos años ha habido un importante incremento de noticias periodísticas relacionadas al tema. Sin embargo la información proporcionada, no siempre es jurídicamente correcta: no hay una correcta referencia a las fuentes jurisprudenciales y además, confunden constantemente el tema del reconocimiento de derechos propios del matrimonio, con el matrimonio en sí.

Las carencias apuntadas obligan al investigador a llenar esos vacíos con aportes propios y experiencias recogidas durante varios años de labor comunal para mostrar la situación, tanto jurídica como social, que enfrentan estas relaciones de pareja.

Cabe advertir que la investigación, aunque se realiza desde la perspectiva jurídica, tiene un importante contenido de carácter sociológico, pues se parte del concepto que el Derecho como ciencia social, no puede estar ajeno a los aspectos sociales en que se aplica.

Por último, es importante señalar que la expresión propuesta para identificar las relaciones estables entre personas del mismo sexo: uniones estables homoafectivas, ha sido elegida para evitar toda comparación innecesaria con la unión de hecho reconocida en Costa Rica. Sin embargo, a pesar de las limitaciones conceptuales que tal expresión pueda tener, es preferible acostumbrarse a su uso, mientras no se defina otra expresión y evitar todo tipo de frases que hagan analogía con el término matrimonio, dadas las diferencias que durante esta investigación se señalarán.

TÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA; ELEMENTO NATURAL Y FUNDAMENTO DE LA SOCIEDAD

La sociedad se compone de diferentes grupos sociales, pero estos grupos tienen un origen común: la familia. Esa unificación de vidas, en las que sus integrantes buscan la realización de su personalidad y la satisfacción de sus necesidades primarias, merece la protección del Estado.

El matrimonio, como institución conformadora de la familia, obtiene la protección del Estado, pero, aún reconociendo su relevancia social, no puede tener de manera exclusiva esa protección, debe compartirla con otros núcleos familiares.

La unión de hecho fue hasta hace poco despreciada social y jurídicamente. En la actualidad ha ido ganando reconocimiento, respeto y protección como una forma más de diversidad familiar.

Sin embargo, en la sociedad costarricense hay otros núcleos familiares que carecen de la protección garantizada en la Constitución. Por estos motivos se dedica el presente título al tema de la familia en sentido amplio.

CAPÍTULO PRIMERO:

CONCEPTO AMPLIO DE FAMILIA

La familia no es una institución estática, por el contrario, evoluciona junto con las otras instituciones sociales: Los cambios sociales, el reconocimiento de nuevos derechos y el surgimiento de diversos tipos de organizaciones familiares, obliga a redefinir y conceptualizar nuevas formulaciones acordes con las condiciones históricas.

En este capítulo se verá la evolución que ha tenido la familia desde la época romana hasta nuestros días. La familia tradicional, principalmente la formada bajo el matrimonio, sigue siendo el centro de atención del Derecho de Familia y de diferentes instituciones sociales. Pero ello no debe limitar la composición, ni el reconocimiento de otras formas de familia.

En la segunda sección se analizará a la familia como el elemento natural y fundamento de la sociedad y por tal motivo, merecedora del derecho a la protección especial por parte de la sociedad y del Estado. Sin embargo, a tenor con las condiciones históricas, esta protección garantizada no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos Convenios Internacionales y leyes nacionales, requiere de una interpretación amplia, que garantice reconocimiento y respeto a las diferentes formas constitutivas de familia.

Sección Primera:

Evolución de la familia y diversidad familiar

Las bases en que se asentaba la familia han cambiado. Las potestades ilimitadas del jefe de familia, el sometimiento de la mujer al hombre y la relación de éstos con los hijos, no son las mismas de hace unas décadas. El mismo Derecho de Familia ha debido salir de la esfera exclusiva del Derecho Civil, para incorporarse al Derecho Público, teniendo en cuenta la relevancia y funciones de la familia dentro de la sociedad.

Esta transformación ha hecho que también se cuestionen los conceptos utilizados para definir familia, lo que permite redefinir, no sólo la composición y el debido reconocimiento, sino también los fines y requisitos que el matrimonio y las otras fuentes de familia deben tener para adaptarlas a las circunstancias sociales imperantes.

A) Evolución de la familia

La composición y el reconocimiento jurídico de la familia ha ido variando con el tiempo. Sin embargo, es a partir del último medio siglo en que se reconoce, legitima y visibiliza la existencia de diversos tipos de familias y no sólo la familia basada en el matrimonio como concepción tradicional.

En esta sección se mencionará, de manera breve, la evolución que ha tenido este término y la diversidad de los núcleos familiares que, cumpliendo ciertos roles, pueden considerarse familia.

1. Concepto de familia

La familia como unidad social primaria, se define como un conjunto compuesto por personas vinculadas por una relación estable, su composición puede ser muy variada y, por ende, la conceptualización que tengamos de ella debe ser lo suficientemente amplia para englobar sus distintas manifestaciones.

En Griego la palabra familia proviene de *epistion*, vocablo que significa literalmente lo que se encuentra junto al hogar.

Entre los Romanos la palabra familia (*famulus*) tenía varios significados relacionados; podía comprender tanto a la familia de los *agnados*, como a la de los *cognados*, colocados bajo el poder del *pater familias*, también el patrimonio de la persona y los esclavos pertenecientes a una persona. Los romanos llamaron familia a un cuerpo social distinto al de la familia de sangre de nuestra sociedad contemporánea.³

Tradicionalmente se han concebido tres nociones distintas de familia:⁴

Familia en sentido amplio: conjunto de personas entre las cuales existe una relación de parentesco, por afinidad o por consanguinidad.

Familia en sentido restringido (pequeña familia-familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno-filial): es la agrupación formada por el padre o la madre y los hijos que viven con ellos.

³ JUÁREZ FRANCO, (Roberto), Derecho de Familia, Derecho Matrimonial, 5ª edición, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990, pag. 6 y 7

⁴ BELLUSCIO, (Cesar Augusto), Manual de Derecho de Familia, 6ª ed, Depalma, buenos Aires, 1996. pag. 5, citado por Medina, Graciela, Uniones de hecho homosexuales, 1ª edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2001, Pag. 20

Familia en sentido intermedio (como un orden jurídico autónomo): es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa.

Los conceptos tradicionales de familia, no se adecuan a las formaciones familiares actuales. Ya no es condición la existencia de un *pater familias*, ya que en muchas familias ni siquiera existe el padre. Los roles en la familia han ido cambiando, ya no se puede pensar en roles prefijados socialmente.

En las últimas décadas se han aceptado nuevas concepciones sobre todo a la luz de los principios consagrados en el reconocimiento de los más altos valores de la dignidad de la persona y su derecho a la constitución de una familia, como parte de los derechos humanos inherentes a la condición humana.

En la actualidad es difícil definir lo que es familia sin correr el riesgo de ser parciales, de dejar de lado asociaciones familiares no siempre reconocidas por el ordenamiento jurídico; pero que cumplen las mismas funciones que cualquier núcleo familiar.

Para efectos de esta investigación, se partirá de un concepto de familia amplio, según el cual los integrantes se encuentran unidos por lazos de solidaridad, convivencia, respeto y afecto,⁵ independientemente de la causa que dio origen a esa relación. (filiación, adopción, matrimonio o unión de hecho)

⁵ MEDINA, (Graciela), Uniones de hecho homosexuales, 1ª edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2001, pag. 24

2. Evolución de la familia

Las personas siempre se han congregado en grupos para lograr satisfacer sus necesidades básicas, protegerse y mantener vínculos con personas con quienes tienen algún tipo de afinidad.

A través de la historia, estas agrupaciones se fueron formando, en los períodos más lejanos, bajo estructuras diversas como el matriarcado, el patriarcado, el clan familiar, entre otras.

En los primeros tiempos de Roma la familia era considerada como núcleo indispensable de la sociedad; aunque su constitución y regulación tenían estrecha relación con el culto y el *pater familias* hacía más funciones de guía que de padre.

“Lo genuino, lo característico, lo que define con propiedad a la familia, fue, además de la comunidad religiosa, el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad, manus, de un jefe –pater familias-, señor o soberano de la familia, y no padre de la familia.”⁶

En esa época el *pater familias* tuvo un poder muy amplio dentro de su grupo familiar. Podía disponer de todo los bienes patrimoniales y de todas las personas que constituían su familia, quienes a su vez le debían absoluta obediencia. Esto se conoció como familia *agnaticia*, conformada por un grupo de personas unidas entre sí en razón de su sometimiento a la autoridad del *pater familias*. En este tipo de familia, lo fundamental no eran los vínculos de sangre, sino la autoridad del padre.⁷

⁶ IGLESIAS, (Juan), citado por JUÁREZ FRANCO, en Derecho de Familia, Derecho Matrimonial, 5ª edición, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990, pag. 7

⁷ BARBOZA TOPPING, (Francine María) y otras, Análisis de los conceptos de familia, matrimonio y unión de hecho a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y su aplicación por el Tribunal Superior y Juzgados de familia de la ciudad de San José, Tesis para obtener el grado de licenciadas en derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1997, Pags. 4, 5 y 6

A finales del Imperio Romano, la familia comenzó a integrarse solamente con los parientes de sangre, lo que se conoció como familia cognaticia.

Luego, durante la época de Justiniano, se introdujeron importantes reformas, principalmente para limitar el poder del *pater familias* y el reconocimiento de ciertos derechos de los hijos.

A partir de Constantino, por influencia del cristianismo, se da una nueva concepción de la familia, según la cual el padre seguía siendo la cabeza de familia, pero tenía para con la esposa e hijos responsabilidades que cumplir.

Después de la caída del Imperio Romano y durante toda la Edad Media, la institución del matrimonio cristiano fue considerada como la única forma legítima de constituir una familia. Esta situación perduró por varios siglos hasta 1598, en que en el Edicto de Nantes se permite la laicización del matrimonio. El propósito fue impedir que los nuevos protestantes legalizaran su unión en sus iglesias y requirieran la presencia de autoridades civiles.⁸

Es hasta después de la Revolución Francesa (1789) cuando se establece el matrimonio civil y el divorcio. Esto permitió una verdadera secularización del matrimonio y facilitó un lento proceso de reconocimiento de derechos de la mujer y limitación del poder del hombre.

A partir de la sexta década del siglo XX se producen cambios profundos en la sociedad, lo que repercute directamente en los modelos tradicionales de familia. Los paradigmas se empiezan a romper y van cediendo ante la presión de nuevas alternativas. Se replantea el papel de la mujer en lo público y en lo privado, los derechos de los menores, se empieza a hablar de género, se cuestionan las relaciones de poder y se manifiesta la necesidad de una nueva

⁸ JUÁREZ FRANCO, (Roberto), Derecho de Familia, Derecho Matrimonial, Op. Cit pag. 8

regulación que garantice el pleno disfrute de los derechos de las personas en todos sus ámbitos.

Estas situaciones propician una evolución importante en cuanto a la constitución y fines de la familia. Hasta hace poco la familia "legítima" era sólo la que estaba constituida por el vínculo del matrimonio y la procreación era vista como fin y elemento esencial. La doctrina, jurisprudencia y leyes de los diversos ordenamientos jurídicos han ido abandonando, poco a poco, esta concepción y han dado paso a una noción más amplia de familia.

3. La procreación: ¿Elemento fundamental de la familia?

La conformación de la familia desde un punto de vista tradicional está íntimamente ligada con la visión cristiana, en la cual, el fin del matrimonio es la procreación. Hasta hace pocas décadas las familias tenían los hijos "que Dios quisiera" y era imposible pensar en planificación familiar. Este rol fue inalterable durante muchos siglos.

"La diversidad de sexo, como requisito indispensable para la misma existencia del matrimonio, se encontraba fundamentada en la posibilidad de relación sexual apta para la procreación...Al efecto se afirmaba: El consorcio no puede tener lugar sino entre personas de diferente sexo, como indispensable requisito para que pueda alcanzarse uno de los fines que al realizarlo se tienen en mira: la multiplicación de la especie."⁹

El tema de la familia y por ende del matrimonio, estaban regulados en el Código Civil de 1888. En 1973 se realiza una importante reforma donde se elimina esta materia del Código Civil y se crea un Código de Familia independiente.

⁹ PÉREZ VARGAS, (Víctor), El nuevo derecho de familia en Costa Rica, Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 1976, pag. 13, citando a Alberto Brenes Córdoba.

Con esta reforma se produce un cambio radical en cuanto a la finalidad del matrimonio. Se eliminó la norma que decía que la procreación era el fin del matrimonio y se establecen como los fines de éste: la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.¹⁰

“Afirmar que el matrimonio tiene por objeto la procreación parece ser ya una idea anticuada, más de tinte religioso que social. La procreación puede ser consecuencia, pero no fin...”¹¹

La concepción tradicional que ve la procreación como el fin del matrimonio ha ido perdiendo terreno, principalmente ante el influjo constante de diferentes núcleos familiares. De esta manera, una pareja heterosexual sin hijos, es tan familia, por lo menos en términos jurídicos, como aquellas familias con amplia descendencia.

La Sala Constitucional ha dicho que la familia, como elemento fundamental de la sociedad, merece protección y el hecho de que una familia no tenga hijos, no implica que no sea una familia que merezca los mismos derechos de protección.¹²

B) Diversidad familiar

No hay un único tipo de familia, tampoco hay una única forma de constituirla. En Costa Rica, al igual que en la mayoría de países, son cada vez más las familias “incompletas”, donde no está el padre y en menor grado la madre.

¹⁰ Código de Familia, Artículo 11 “**Matrimonio. Base esencial de la familia.** El matrimonio es la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.”

¹¹ **PICADO, (Antonio)**, carta dirigida al Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, el 10 de enero de 1974, citado por Gerardo Trejos, Derecho de Familia Costarricense, Tomo I, Editorial Juricentro, 1ª ed. San José, 1990, pag. 99

¹² **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Acción de inconstitucionalidad, resolución N. 2001-00373, San José, a las 14:37 horas del 16 de enero del dos mil uno.

La ruptura del matrimonio, la concepción fuera del matrimonio, los divorcios, la viudez, las condiciones laborales y otras situaciones sociales contribuyen en la formación de nuevas relaciones familiares. La familia nuclear, en especial la constituida por el matrimonio, sigue teniendo un papel fundamental en nuestra sociedad; pero a la par de ésta, se han ido construyendo otras familias alternativas como la familia extramatrimonial, la familia ensamblada y la familia homosexual.

1. Diversos tipos de familia

Se debe dejar de lado la idea que hay una familia legítima y otra u otras familias ilegítimas y asumir que la familia puede estar constituida tanto, por quienes deciden casarse, como por aquellas personas que en el uso de su autonomía de la voluntad, deciden no formalizar por vía legal la relación; así como aquellos que por diversas circunstancias la ley no les reconoce el derecho a fundar una familia, aunque de hecho si la forman.

Como se apuntó en párrafos anteriores, por familia puede entenderse toda la parentela o sólo el núcleo familiar que convive en un mismo hogar. Dejaremos de lado la familia por parentesco y nos centraremos en la familia constituida por la voluntad de sus integrantes, ya que sobre ésta última versa esta investigación.

Se ha afirmado, enfáticamente, que no se puede hablar de un solo tipo de familia. Tampoco es tarea fácil categorizar las diferentes manifestaciones o relaciones familiares. A pesar de que la clasificación conceptual de las familias, según su composición no tiene un tratamiento uniforme en la doctrina jurídica, por la importancia que reviste, se presentará una descripción de los tipos identificados.

Familia extendida: es aquella en la que aparte de padres e hijos, conviven otros familiares como: abuelos, nietos, tíos, primos, etc.. Tradicionalmente su existencia era muy común en la sociedad costarricense, pero por cambios sociales ha ido perdiendo fuerza; aunque todavía mantiene vigencia, especialmente en casos de madres solteras que crían a sus hijos en casa de sus progenitores.

Familia nuclear: tradicionalmente se considera familia nuclear a la formada por el padre, la madre y los hijos. Sin embargo, cabe reiterar que aún en los casos donde no haya hijos, la familia sigue siendo una familia nuclear. La familia nuclear por excelencia es la formada bajo el matrimonio.

Familia extramatrimonial: Por lo general se le llama así a la familia constituida fuera del vínculo matrimonial. Es común encontrar denominaciones como unión de hecho, sólo para quienes tienen libertad para contraer matrimonio y familia extramatrimonial o familia concubinaria, para la que uno o ambos convivientes tienen impedimento de casarse, por tener una relación matrimonial previa, aunque esta distinción va perdiendo fuerza. Pero, por familia extramatrimonial también podría considerarse la formada solo por la madre y sus hijos, con total ausencia del padre, en donde la mujer asume el papel de “jefa” de hogar y único sostén de la familia.

Familia ensamblada: se utiliza este término para denominar a aquellas familias conformadas por adultos e hijos, en donde cada adulto “aporta” a la nueva familia, hijos que no son de su pareja actual. Tal es el caso de personas divorciadas, que mantienen la guarda crianza de sus hijos y forman una nueva familia, con otra persona en las mismas circunstancias. Este tipo no tradicional de familias ha sido poco estudiada y regulada en nuestra legislación; sin embargo, son cada día más los nuevos hogares que se forman bajo esta estructura.

También hay otros tipos de familia que no se han clasificado, como por ejemplo la de los/as hermanos/as que conviven juntos. O las de dos o más personas mayores que deciden convivir juntas por el simple motivo de la compañía, compartiendo los gastos de manera conjunta y asumiendo roles en las labores propias del hogar; pero en ambos casos falta la relación marital. Es un tipo de convivencia que también genera algún tipo de efectos jurídicos, pero que no cabe dentro de la regulación tradicional de familia.

Al respecto, la Licda. Elizabeth Odio dijo ante la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa, cuando se discutía el proyecto de ley de las uniones de hecho:

"Nosotros hace tiempo venimos estableciendo que familia no es únicamente la existencia de una pareja, la madre y sus hijos son una familia; los abuelos y sus nietos; cuatro o cinco hermanos que viven juntos; unos tíos y sus sobrinos; todos son familia, son grupos familiares que establecen entre ellos toda la dinámica de una familia y como tal tienen derecho a la protección del Estado."¹³ (sic)

La existencia y el respectivo reconocimiento de las diversas formas de familia, por parte del ordenamiento jurídico, no deben verse como una competencia o desvalorización del matrimonio; deben contemplarse, necesariamente, como resultado de una lectura adecuada de la realidad social imperante. El ordenamiento jurídico tiene la obligación de brindar la protección jurídica a los diversos tipos de familias, su no regulación pone en situación de desventaja y de inseguridad jurídica a sus integrantes.

Como lo dice Gavidia Sánchez:

"El derecho fundamental a vivir y comportarse de acuerdo con las propias convicciones sin dañar injustamente a los demás nos proporciona el marco último o la clave de bóveda del sistema jurídico en tomo a las diversas formas de proyectar la propia vida: en solitario, con

¹³ **ODIO BENITEZ, (Elizabeth)**, Palabras dichas ante la Comisión Permanente de Asuntos Sociales, del 24 de mayo de 1989, que discutía el proyecto de ley de la unión de hecho, expediente 10.644, Folio 79, Asamblea Legislativa de Costa Rica.

otras personas en situaciones de mera convivencia -esto es, sin que pueda hablarse de una comunidad de vida-, con otra u otras personas formando una unión libre, o contrayendo matrimonio con otra persona de diferente sexo. El derecho puede favorecer alguna o algunas de estas opciones pero no puede imponer una de ellas, ni favorecerla hasta el punto que ello suponga una penalización de las demás.”¹⁴

El Derecho de Familia costarricense ha ido evolucionando lentamente. Se necesitaron muchos años para que el Código de Familia fuera promulgado, otros más para reconocer, aunque de manera limitada, las uniones de hecho, ¿Será necesario esperar varios años más para otra reforma que reconozca y proteja las otras organizaciones familiares y que de esta manera, se cumpla el mandato constitucional de protección a la familia?

2. Características o elementos comunes en los diversos tipos de familia

El ordenamiento jurídico no puede pretender crear leyes que prevean todo tipo de situaciones y positivarlas. En materia de familia esto es especialmente cierto, porque la dinámica familiar no es estática, las relaciones familiares no son las mismas de hace unas décadas y posiblemente en los próximos años otros núcleos familiares que han estado desprotegidos, demandarán dicha protección.

En su labor reguladora, el legislador está legitimado para poner ciertos límites que impidan el caos y que imposibiliten el logro de los fines de la formación de la familia. La edad mínima requerida, el libre consentimiento, la igualdad de derechos entre convivientes, la libertad de estado, los vínculos de parentesco y de dependencia, deben ser necesariamente regulados, tomando en cuenta el tipo de familia que se establece.

¹⁴ GAVIDIA SANCHEZ, (Julio Vicente), La Unión Libre: El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1995, Pag. 76

Pero es al juez a quien en última instancia le corresponde constatar si la relación humana que está analizando es o no una familia. La Corte Civil de Nueva York enumera los factores relevantes para saber si se está o no ante una relación familiar. Estos factores son:¹⁵

- a) Longevidad de la relación;
- b) Compartir los gastos hogareños y otras expensas;
- c) El hecho de que las finanzas se encuentren confundidas por cuentas bancarias conjuntas, copropiedad sobre bienes personales o reales, o tarjetas de crédito;
- d) El hecho de realizar actividades familiares, que dividan sus roles en la familia y que se muestren públicamente como tal;
- e) El hecho de formalizar obligaciones legales recíprocas por medio de testamentos, poderes, pólizas de seguros, o el realizar declaraciones que evidencien su calidad de pareja doméstica;
- f) El hecho de ocuparse de los familiares de su pareja como si ellos fueran su familia por afinidad.

Ante la imposibilidad de regular de manera específica todas y cada una de las relaciones de convivencia que puedan generarse ente las personas, al legislador le corresponderá crear los mecanismos legales necesarios, para asegurarse que el juez pueda aplicar el derecho a todas las personas, sin exclusión y sin discriminación.

3. Matrimonio y unión de hecho como fuentes de familia

Por fuentes constitutivas de familia se tiene al matrimonio, a la unión de hecho, la filiación y la adopción.

¹⁵ MEDINA, (Graciela), Op. Cit. Página 22, citando un fallo de la Corte Civil de Nueva York del 24-3-99, "Adler vs. Harris"

Esta investigación se enfocará en las dos primeras fuentes de familia, por estar relacionadas con la autonomía de la voluntad, necesarias para formar una familia por decisión propia.

Hasta hace sólo unos años, se mantenía la idea de que el matrimonio era la única fuente de familia. La unión de hecho era una fuente constitutiva de familia pero de familia ilegítima. Hoy, esos conceptos han sido superados y ambas tienen reconocimiento legal como fuentes constitutivas de la familia.

En Costa Rica, aunque los Tribunales de Familia y la Sala Segunda habían ido variando su posición frente a la unión de hecho, reconociéndole los derechos que emanaban de esta relación, no es sino con la Jurisprudencia de la Sala Constitucional y con la regulación legal de la unión de hecho, que se da un verdadero reconocimiento a los alcances de esta relación.

La Sala Constitucional ha dado varios fallos donde reconoce y legitima la unión de hecho. En ellos ha reconocido la existencia de diversidad de relaciones y particularidades dentro de las uniones de hecho, por lo que considera que es el juez en cada caso particular, quien debe valorar si se dan los diferentes factores que componen la relación familiar.¹⁶

“El matrimonio es entonces, base esencial, pero no única de familia, a los ojos del legislador”, ha dicho la Sala Constitucional. También ha dicho que el artículo 51 de la Constitución no debe interpretarse como protección sólo a la familia constituida por el matrimonio, sino que también el término es comprensivo de *“otros núcleos familiares”*, aunque reconoce la preferencia del legislador por el matrimonio pero sin descalificar y mucho menos negar la existencia y la necesaria protección de los otros núcleos familiares, en los cuales la unión de hecho es una opción de convivencia voluntaria diversa del matrimonio, por lo que no hay razón para ignorarlas en el plano jurídico o

¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 152-94

negarles toda posibilidad de surtir efectos jurídicos válidos mediante regulaciones adecuadas.¹⁷

El juzgador debe tomar en cuenta los aspectos vivenciales desde un punto de vista sociológico, psicológico, histórico y su relación dinámica con el medio en el cual se encuentra inserta esta familia. Pues la familia es *“la unidad social más estrechamente relacionada con la supervivencia y el bienestar humano, y donde la vida comunitaria se traduce en términos concretos.”*¹⁸

La jurisprudencia, tanto de la Sala Constitucional como de la Sala Segunda, ha establecido que el matrimonio no es la única base de la familia, que el legislador constitucional le dio preferencia al matrimonio, pero que eso no significa dejar en desamparo otros tipos de familia. Los otros grupos de personas, *“vinculadas por enlaces no necesariamente de orden legal”* también merecen la protección que el Estado brinda a la familia. Ambas Salas reconocen la importancia de la familia tanto en el desarrollo individual como en el plano social.¹⁹

La evolución que ha tenido el concepto de familia y la paulatina aceptación de otras fuentes de familia tienen su sustento en el reconocimiento de los derechos humanos consagrados en la Constitución Política y en los diferentes Convenios y Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Costa Rica. Estos instrumentos son la base sobre la cual se pueden sustentar cambios importantes que garanticen el reconocimiento de otros núcleos familiares, excluidos hasta ahora del ordenamiento jurídico.

¹⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, votos 2122-94 y 2129-94

¹⁸ FREER VARGAS (Suammy) y otra, Problemática Actual de la Familia de Hecho, Tesis para optar por el grado de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1993, p. 101

¹⁹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 2002-00037. San José, a las diez horas treinta minutos del seis de febrero del año dos mil dos. en igual sentido ver el Voto No.210-97, de las 14:00hrs, del 17 de septiembre de 1997. También el voto de la Sala Constitucional No 1154-94

Sección Segunda:

Protección a la Familia en la Constitución Política, las Convenciones Internacionales y el Código de Familia

En esta sección se analizarán los fundamentos constitucionales, en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y el Código de Familia, que sirven de base para el reconocimiento de los derechos relacionados con la familia.

En todos estos cuerpos legales se plasma la necesidad de darle protección a la familia en sentido amplio. Aunque haya una marcada preferencia por la institución del matrimonio, no se encuentra ninguna base que justifique la desprotección de otros núcleos familiares como la unión de hecho. El no señalamiento expreso no debe verse como impedimento para reconocer a la unión de hecho como una fuente más de familia, distinta al matrimonio, pero fuente al fin.

La familia responde a una necesidad social básica, su formación es diversa y dinámica por lo que no se pueden aplicar "al pie de la letra" las normas referidas a tan compleja situación social. No basta con leer los textos normativos y aplicarlos como fórmulas aisladas, se debe tener presente todo el bloque de constitucionalidad para darles la interpretación y aplicación adecuadas.

A) Sustento Constitucional

La Constitución Política de Costa Rica de 1949 reconoce y protege a la familia, especialmente en dos artículos: los numerales 51 y 52.

El artículo 51 hace una mención genérica de la familia, lo que permitió a los tribunales tener un sustento constitucional al dictar sentencias que protegieran a las diversas formas de familia, incluso antes de la aprobación de la Ley No. 7532, del 8 de agosto de 1995, que regula la unión de hecho, al adicionar el Título VII al Código de Familia.

En la resolución 2129-94 de las 14:54 horas del 3 de mayo de 1998, la Sala Constitucional, refiriéndose a la causa que da origen a la familia, exalta los valores de igualdad, libertad y dignidad de las personas para constituir una familia y que cualquiera que sea la forma de la familia, igual merece la protección, no sólo del Estado, sino también de la Sociedad.²⁰

La Constitución es un cuerpo armónico que puede ser interpretado de distintas maneras. Cuando una norma constitucional es clara y no admite discusión se podría hacer una interpretación literal, pero esto no siempre es posible o recomendable, por lo que deben utilizarse otras formas de interpretación. En este sentido se presentarán los principios básicos que se requieren para la interpretación de los derechos fundamentales y las diferentes interpretaciones que pueden hacerse, relacionadas con la protección que merece la familia.

1. Principios básicos de interpretación de los derechos fundamentales

Para el Dr. Rubén Hernández Valle, los Derechos Fundamentales deben interpretarse tomando en cuenta dos principios básicos; el principio "*pro libertatis*" y el principio "*pro homine*".

²⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 2129-94

Según el principio pro libertatis:

*“los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible. Es decir, conforme al principio en examen, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limita la libertad... Por ello, en caso de duda, siempre se deberá favorecer la cláusula de libertad, pues los derechos fundamentales han sido justamente consagrados para proteger la libertad, no para limitarla.”*²¹

Este principio pro libertatis se relaciona con el principio de autonomía de la voluntad reconocida por el artículo 28 constitucional.²²

Según el principio pro homine:

*“el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de manera que más favorezca al ser humano... El ser humano es el alfa y el omega de las normas jurídicas, por lo que éstas y especialmente las que consagran derechos fundamentales, deben interpretarse en la forma en que más lo favorezcan.”*²³

Si la persona es sujeto de derechos, no se justifica una interpretación que impida o limite su autorrealización.

El derecho a constituir y a recibir protección para la familia es un derecho fundamental, ampliamente reconocido no sólo en la Constitución, sino también en los Convenios Internacionales. El juez y el legislador deben tener en cuenta estos principios básicos de interpretación. El primero a la hora de aplicar la normativa existente y el segundo cuando legisla para darle contenido concreto a la máxima constitucional de protección especial a la familia.

²¹ **HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén),** El Derecho de la Constitución, Primera edición, Volumen II, Editorial Juricentro, 1994, San José, Costa Rica, 1994, pag. 354

²² El artículo 28 de la Constitución Política de Costa Rica 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 públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley....”

²³ **HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén),** El Derecho de la Constitución, Op. Cit. Pag. 354

2. Interpretación histórica y literal de los artículos 51 y 52 de la Constitución Política de Costa Rica

En los numerales 51 y 52 de la Constitución Política se evidencia la preocupación del legislador constitucional por reconocer y dar protección al elemento natural y fundamental de la sociedad, la familia.

Artículo 51.- La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido. (el subrayado no es del original)

Artículo 52.- El Matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.

Ambos numerales se refieren a la familia, pero con características diferentes. El artículo 51 se refiere a la familia en su sentido amplio, mientras el artículo 52 hace una referencia expresa al matrimonio, como base esencial de la familia, (pero no única). En estos artículos, ni en ninguna otra parte de la Constitución, hay prohibición expresa a la formación y protección de otras fuentes de familia.

En materia de reconocimiento a las diferentes formas de familia la jurisprudencia constitucional ha sido abundante. Su base ha sido la interpretación de los artículos 51 y 52 de la Constitución. Por ese motivo, en esta sección se hará referencia abundante a tales fallos, con el fin de sustentar las diferentes interpretaciones.

El juez constitucional reconoce la existencia de otros núcleos familiares y dice que ellos merecen la protección que da el artículo 51 de la Constitución Política, aunque recalca la preferencia por el vínculo familiar por excelencia, el matrimonio, pero sin descalificar, y mucho menos negar la existencia y la necesidad de protección a los otros núcleos familiares.

*“...Si además tomamos en consideración que el legislador (constitucional) quiso proteger a la "familia" -sin hacer distinciones-, en el artículo 51, no podemos interpretar que "familia" sea sólo la constituida por vínculo legal, sino por el contrario, que **el término es comprensivo de otros núcleos familiares**, aún cuando el legislador haya manifestado su preferencia por los constituidos por matrimonio.” (La negrita no es del original)²⁴*

La Sala Constitucional considera que la protección no es reductible a la familia constituida por medio del matrimonio, sino también a otras formadas por lazos afectivos, que reúnan ciertas características básicas para determinar la existencia lícita de esa unión.

“La Sala debe partir de que la familia, tal y como lo indica el artículo 51 de la Constitución Política, es la célula-fundamento de la sociedad, merecedora de una debida protección por parte del Estado. Pero la familia debe ser vista de manera amplia y nunca restrictiva, ya que la concepción reciente de la misma incluye, tanto a la familia unida por un vínculo formal -el matrimonio (artículo 52 de la Constitución Política)-, como aquélla en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales -uniones de hecho, regulares, estables, singulares, etc-.”²⁵

En el siguiente párrafo queda patente el reconocimiento que hace la Sala Constitucional de otros núcleos familiares “no esenciales” que merecen protección constitucional.

“Por otra parte, es esencial clarificar que la discriminación que se apunta no lo es respecto de la situación de la mujer, sino de la situación jurídica de las diferentes modalidades de familia, pues si bien es cierto el artículo 52 constitucional establece que el matrimonio es “la base esencial de la familia”, ello no descarta la existencia de otras bases que podemos calificar como “no esenciales”, sobre las cuales también

²⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 2129-94, Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 572, inciso 1) aparte ch) del Código Civil. - (rechazada por el fondo)

²⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N. 1975-94. Acción de inconstitucionalidad contra el párrafo segundo del artículo 142 del Código de Familia. Al respecto ver también las sentencias 3435-92, 0346-94, 1151-94, 2129-94, 3693-94, 10162-2001

puede conformarse una familia, la que a pesar de no estar amparada en un vínculo formal, merece y debe tener la protección constitucional, para todos los derechos que de ella deriven.”²⁶

La Sala Constitucional también ha acogido la interpretación histórica al reconocer que en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente se corrobora la intención del legislador de no excluir a las familias de hecho de la protección constitucional.

Durante la discusión que concluyó con la aprobación de la Constitución de 1949 se eliminó del artículo 52 la frase que decía “*el matrimonio es la base legal de la familia...*” y se sustituyó por “*el matrimonio es la base esencial de la familia...*”, para evitar la exclusión de las familias de hecho. Esto significa que el legislador le dio protección constitucional al matrimonio, considerándolo la base esencial de la familia, pero sin excluir otros tipos de familia.²⁷

En el fallo antes citado, la Sala Constitucional hace una interpretación histórica y dice que para el legislador constituyente, tanto las familias de hecho como el matrimonio, son dos fuentes morales y legales de la familia; porque ambas garantizan la estabilidad necesaria para una permanente vida familiar.²⁸

Como se observa en este voto, se reconoce como fuente legal de la familia a la unión de hecho, más de un año antes de su regulación en el Código de Familia. El razonamiento para conferirle este sustento legal fue la inexistencia de impedimentos legales para su constitución.

²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 346-94

²⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 2129-94, también citado en el voto 1151-94

²⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 2129-94

3. Interpretación sistemática de la Constitución Política

La interpretación sistemática o integral, es una de la múltiples formas de interpretar la Constitución Política. Para lograrlo se deben tomar el conjunto de normas y principios constitucionales e interpretarlos de manera armónica, no sólo artículo por artículo, sino también en su conjunto. Así podemos encontrar que el sustento constitucional a la protección de las familias constituidas por uniones de hecho, no se encuentra exclusivamente en el artículo 51 antes mencionado, sino que también la protección a este tipo de familia tiene un sustento constitucional múltiple, recogido en principios fundamentales.

A continuación se analizarán algunos artículos, que para el investigador, tienen estrecha relación con el derecho fundamental de protección a la familia.

a) Derecho a la intimidad

Artículo 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones...

Para el Dr. Rubén Hernández Valle, el derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 24 constitucional se relaciona con el artículo 33 Idem, donde se reconoce el principio de la dignidad humana.

"El derecho a la intimidad protege también el entorno familiar de la persona, por lo que cada uno tiene el derecho de exigir respeto no sólo de sus actuaciones como ser individual, sino también como parte integrante de un núcleo familiar, dado que esos vínculos inciden en la propia esfera de la personalidad de cada uno."²⁹

La Sala Constitucional, en 1994 reconoce el derecho de las personas a formar una familia, por matrimonio, o por unión de hecho, basados en el ejercicio de la libertad.³⁰

²⁹ HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén), Op cit. Pag. 375

³⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 3693-94.

El derecho a la privacidad, se relaciona también con el derecho a la protección especial por parte del Estado a la familia garantizado en el numeral 50 de la Constitución. Si un núcleo familiar no es tutelado como familia por el ordenamiento jurídico, estará expuesto a agresiones sociales y jurídicas en detrimento de su privacidad.

b) Respeto a la dignidad humana y no discriminación

Artículo 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

El respeto por la dignidad humana es pilar esencial a la hora de interpretar y aplicar cualquier norma legal. Este principio junto con el de la igualdad ante la ley y la no discriminación están recogidos en el artículo antes transcrito.

Estos conceptos no pueden quedar al margen de cualquier interpretación y aplicación de la ley y la Constitución. El reconocimiento de los derechos humanos, principalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, obliga a una constante revisión, interpretación y aplicación de las normas legales que por diversos motivos excluían a diferentes personas y sectores.

Si el artículo 51 reconoce la protección que merece la familia por parte del Estado y el 33 recoge el principio de no discriminación, de igualdad ante la ley y el respeto por la dignidad humana, se puede encontrar un sustento constitucional múltiple de protección a las diferentes formas de familia, las cuales merecen protección del Estado en sus múltiples funciones, e iría contra la dignidad de la persona la exclusión o desprotección del ordenamiento jurídico por razones discriminatorias.

Así fue reconocido e interpretado por la Sala Constitucional al decir:

“Nuestro sistema de vida está basado en principios que guardan la creencia de que todos los seres humanos nacemos libres, e iguales en dignidad y derechos, sin distinción de raza, sexo, color, idioma, religión u opinión política.(...)En consecuencia, la familia, compuesta por individuos libres e iguales en dignidad y derechos ante la ley, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado independientemente de la causa que le haya dado origen; su naturaleza e importancia justifican su protección.”³¹

c) Derecho a no declarar contra su cónyuge

Artículo 36.- *En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.*

Aunque la Constitución en su numeral 36 habla de cónyuge, por interpretación analógica se amplía su aplicación a los convivientes.

En 1994, antes de la aprobación de la Ley 7532 que reconoce la unión de hecho y antes de la aprobación del nuevo Código Procesal Penal, El Procurador General de la República, en ese entonces el Licenciado Adrián Vargas Benavides, al contestar a la Sala Constitucional sobre una consulta que un juez penal de Limón hace a esta Sala, para saber si la facultad de abstenerse a declarar que hacía referencia el artículo 227 del Código de Procedimientos Penales sobre el “cónyuge”, se refería únicamente a la relación proveniente de un matrimonio o si también comprendía las relaciones de convivencia estables.³²

En ese momento, el Procurador le responde a la Sala Constitucional que el artículo 51 de la Constitución, al referirse a “la familia”, se está refiriendo también a la familia de hecho, pese a que la Constitución, en su artículo 52, le

³¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 2129-94

³² En la actualidad, la abstención de declarar en procesos penales, está regulada en el artículo 205 del Código Procesal Penal, cuyo primer párrafo dice: “**ARTICULO 205.- Facultad de abstención.** Podrán abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.”

da rango constitucional al matrimonio como base de la familia. Tal interpretación es posible si "*la Constitución se analiza en forma integral*" y si se toma en cuenta tanto la realidad social, como el hecho de que los individuos, aún cuando vivan en unión de hecho, tienen derechos. A juicio del Procurador, el hecho de que la Constitución considere que el "*matrimonio es la base esencial de la familia*", no excluye el reconocimiento de otras "bases no esenciales" sobre las cuales también se puede cimentar una familia.³³

El Procurador también reconoce que la realidad social debe servir para interpretar la Constitución de una manera integral y que otras formas de familia (además de la matrimonial), también pueden tener reconocimiento legal, aunque el constituyente no las haya nombrado. Concluye diciendo que:

*"...Estima el representante de la Procuraduría que, si el término familia a que se refiere el artículo 51 de la Constitución protege también a la familia de hecho, no se puede interpretar el artículo 36 de la Carta Magna en forma restrictiva, debiendo incluirse en la protección que regula a la familia de hecho"*³⁴

Si estas interpretaciones de la Procuraduría reconocen una situación social real, que de no aplicarse la Constitución de manera integral, se estaría yendo contra el espíritu de la misma, no se ve el motivo por el cual, "otros núcleos familiares" no puedan gozar de igual derecho. Sobre el tema de las relaciones familiares en materia penal, se profundizará más en el último capítulo de esta investigación.

³³ **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, Voto No. 1152-94 Consulta Judicial de constitucionalidad promovida por un juez penal de Limón, sobre los alcances de "cónyuge" en el proceso penal. San José, a las quince horas treinta y tres minutos del primero de marzo de mil novecientos noventa y cuatro. (nota, el artículo 205 del actual Código Procesal Penal del 4 de junio de 1996, si hace la referencia al cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común con el imputado, el cual puede abstenerse de declarar).

³⁴ **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, Voto No. 1152-94 (El artículo 36 de la Constitución dice: "En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.")

d) Bienestar general

También, un análisis del artículo 50 de la Constitución da sustento a la protección de la familia. El primer párrafo de este artículo dice:

Artículo 50.- El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza....

La familia, en cualquiera de sus manifestaciones, al ser *elemento natural y fundamento de la sociedad*, (artículo 51) es el medio idóneo para obtener el bienestar que todos/as los/as ciudadanos/as merecen y es al mismo tiempo, la manea ideal en que las personas pueden hacer efectivo el derecho al desarrollo de su personalidad.

El reconocimiento de la unión de hecho como una forma más de familia, garantiza que la riqueza generada en la pareja pertenezca a ambos convivientes, evitando el enriquecimiento sin causa que la no regulación estimulaba.

e) Seguridad social

El artículo 73 de la Constitución garantiza los derechos a la seguridad social a través del Seguro Social, los cuales se aplican tanto a las personas que constituyen una familia por medio del matrimonio, como las que lo forman en unión de hecho.

Al respecto la Sala Constitucional ha dicho:

"... el artículo 73 de la Constitución Política, interpretado armónicamente con el artículo 50 ídem, consagra el Derecho de la Seguridad Social.(...) El ámbito subjetivo de aplicación del derecho de la seguridad social incorpora el principio de universalidad, pues se extiende a todos los

ciudadanos, con carácter de obligatoriedad. El ámbito objetivo asume el principio de generalidad, en tanto protege situaciones de necesidad, no en la medida en que éstas hayan sido previstas y aseguradas con anterioridad, sino en tanto se produzcan efectivamente.”³⁵

f) Justicia social

Artículo 74.- *Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.*

El artículo 74 constitucional hace mención a los derechos y deberes que se derivan del principio cristiano de justicia social.

Es en materia de seguridad social donde mejor se concretan los principios de justicia social y solidaridad nacional. En este campo se dieron los primeros reconocimientos a las uniones de hecho, tanto en la Ley No. 1922, del 5 de agosto de 1955 que reconoció los derechos a pensión a las viudas de guerra de ese año, como en el Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social que reconoció el derecho a pensiones a las compañeras de los asegurados. Pensiones y filiación al Seguro Social a personas que conforman uniones de hecho, reconocidos mucho antes de la aprobación de la ley que regula la unión de hecho, manifiesta el interés por la justicia social reconocida en la Constitución.

Cuando este artículo 74 menciona “capítulo” se refiere al Capítulo único del Título V sobre Derechos y Garantías Sociales, donde están reconocidos, entre otros, el derecho a la protección especial de la familia por parte del Estado. Hace mención específica a que estos derechos son irrenunciables y que su enumeración no excluye otros derechos que se deriven del principio

³⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 10162 – 2001

cristiano de justicia social, lo que convierte a este artículo en punto clave para reclamar protección social y legal a todos los integrantes de las distintas formas de familia.

4. Otras interpretaciones a la Constitución Política

Con el objeto de reforzar la tesis que se ha venido manteniendo en esta investigación, en cuanto a que la Constitución debe ser interpretada desde una perspectiva amplia y nunca restrictiva, se presentarán dos formas más de interpretación; una de acuerdo con el espíritu de la Constitución y la otra de acuerdo con la realidad social en que ésta se aplica o interpretación sociológica.

a) Según el espíritu de la Constitución

Para interpretar y aplicar las normas constitucionales se puede recurrir al espíritu de la Constitución.

La Constitución en su conjunto, es una serie de normas y principios que aseguran la convivencia de los habitantes del país, es el contrato social por excelencia, es la "Biblia del ciudadano". Difícilmente una Constitución puede abarcar de manera detallada cada situación, por lo que la interpretación del espíritu de cada norma y del conjunto de normas en sí, es la que nos permitirá ir modelando nuestro sentir cívico constitucionalista.

La interpretación debe ser siempre "pro homine" y "pro libertatis", esta interpretación no debe estar basada en prejuicios, ni en limitaciones moralistas, debe ir más allá, debe tender hacia la búsqueda del bien común, de la justicia social, de la igualdad real, de la efectividad del principio de no discriminación,

del respeto por la autonomía de la voluntad, de la libertad y de la dignidad de la persona en todas sus dimensiones.

Cuando el legislador constitucional indica en el artículo 51 que la familia tiene derecho a la protección especial del Estado, debe interpretarse por Estado no sólo a los Poderes que lo conforman, sino también a todas sus instituciones, especialmente a las encargadas de velar por el bienestar social y familiar.

En este caso, la unión de hecho como una forma más de familia, basada en la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio, tiene un sustento constitucional desde cualquier óptica que se le mire.

b) Según la interpretación sociológica

Si la interpretación histórica se refiere al momento en que fueron dictadas las normas, la interpretación sociológica se refiere al momento de la aplicación de éstas, tomando en cuenta la realidad social imperante.

Desde la discusión en la Asamblea Constituyente en 1949, ya se sabía de la existencia de las uniones de hecho y su necesidad de protección por el ordenamiento jurídico. Pese a ello, el legislador constitucional prefirió no referirse directamente a ellas y darle a la familia una protección en sentido amplio y conferirle al legislador ordinario la responsabilidad de ir regulando los aspectos sociales por medio de las leyes, (artículo 121, 1 de la Constitución)

Es hasta varias décadas después de la entrada en vigencia de la Constitución cuando el legislador le da su reconocimiento a la unión de hecho; pese a una fuerte oposición presentada por grupos conservadores del país.

En 1994, la Sala Constitucional reconocía la existencia de la unión de hecho como un fenómeno social que no se debía soslayar.

“En nuestro país, según datos de la Oficina de Estadística y Censo de julio de mil novecientos noventa y tres, un dieciocho punto trece (18.13) por ciento de las parejas que conviven, lo hacen en unión libre, dándose la gran mayoría de esas uniones en el área rural, por razones culturales e históricas, que no es propio censurar ni desconocer a la luz de la libertad de culto, expresión y pensamiento que protege la Constitución Política. Esa realidad histórica y cultural que se mantiene con fuerza aún a pocos años del cambio de siglo, existió mucho antes de que el derecho y la religión crearan al matrimonio.”³⁶

Nuevamente, queda patente en el señalamiento anterior, que el ordenamiento jurídico no puede desconocer la existencia de otros núcleos familiares, tampoco los efectos jurídicos que de ellos se derivan, ni las injusticias sociales y legales que se producen por falta de una regulación normativa.

En su labor interpretativa, la Sala Constitucional ha encontrado suficiente sustento en principios y valores propios del ser humano para reconocer a la unión de hecho como una fuente más de la familia. La omisión normativa, no puede justificar su desprotección. El bloque de constitucionalidad obliga al juez a dar una interpretación armónica, no excluyente.

B) Sustento en las Convenciones y Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos

La protección a la familia, ampliamente analizada desde la perspectiva constitucional, encuentra también un sustento en diferentes convenciones y declaraciones internacionales de derechos humanos, los cuales serán examinados en el presente apartado.

³⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 2129-94

Sólo se hará mención a los artículos relacionados con el tema de familia, libertad, igualdad y dignidad, como base esencial para reconocer el derecho fundamental a la protección de la familia.

Estos instrumentos internacionales fueron aprobados, en su mayoría, en un momento histórico previo a los acontecimientos sociales que impulsaron cambios fundamentales en la visualización de distintos modelos familiares. La "revolución sexual" de las décadas de los años sesenta y setenta rompieron los esquemas hasta entonces infranqueables de composición familiar.

Por ese motivo se puede interpretar que la no especificación del matrimonio sólo entre hombres y mujeres se dio por falta de visualización de que existieran otras posibilidades de constituirlo. Sin embargo, esta no delimitación, no puede interpretarse de manera restrictiva, sino adecuada a la situación histórica en que debe aplicarse.

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

Esta Declaración, en los primeros artículos reconoce el derecho de todas las personas a ser libres e iguales en dignidad y derechos, a igual protección ante la ley sin distinción de ninguna clase, a la no discriminación; también reconoce el derecho a la vida privada y la de la familia sin injerencias arbitrarias.

El artículo 16 de esta Declaración garantiza el derecho de hombres y mujeres a casarse y fundar una familia, en condiciones de libertad para contraer el matrimonio y de igualdad entre cónyuges; e indica que la familia

como elemento natural y fundamental de la sociedad tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 16

- 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.*
- 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.*
- 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*

Esta Declaración reconoce como un derecho de toda persona el tener y formar una familia. Hace mención al matrimonio, pero al igual que nuestra Constitución Política, no excluye otras formas de familia, por el contrario, en el inciso 3 de este artículo se retoma la idea de la protección a la familia de manera genérica, por lo que una interpretación sistemática, no restrictiva, permitiría la inclusión de otros núcleos familiares.

2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en 1948.

En esta Declaración, al igual que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad sin distinción de ninguna clase, a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

En el artículo 6 se reconoce el derecho de toda persona a constituir una familia.

Artículo VI. Derecho a la constitución y a la protección de la familia
Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

En este numeral se protege a la familia en sentido genérico. No hace referencia a una forma específica de familia, lo que permite la inclusión de todas las estructuras familiares.

Este artículo se puede relacionar con el artículo 17 de la misma Declaración, donde se indica el derecho que tiene toda persona a que se le reconozca, en cualquier parte, como sujeto de derechos y obligaciones y a gozar de los derechos civiles fundamentales. Un derecho civil fundamental es el de constituir una familia y a tener protección para esta familia.

Por su parte, el artículo 29 de esta Declaración, en el capítulo de deberes señala:

Artículo XXIX. Deberes ante la sociedad.

Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver íntegramente su personalidad.

El desarrollo íntegro de la personalidad está íntimamente relacionado con la escogencia y formación de la familia que cada persona, en el uso de sus facultades y libertades, crea más conveniente constituir.

3. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”

Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Aprobada en Costa Rica por Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970.

En esta Convención se reconoce el derecho que tienen todas las personas a que se les respete su dignidad y honra, sin injerencias arbitrarias o

abusivas en su vida privada y la de su familia, a la no discriminación y a igual protección ante la ley.

El artículo 17 se refiere a la protección a la familia. Los incisos 1 y 2 señalan:

Artículo 17. Protección a la familia

1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*
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 éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención.*

El artículo 29 de esta Convención da las pautas para su interpretación. Dice que no se puede interpretar de manera tal que limite o excluya el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocidos en la ley o en otros convenios, ni las que son inherentes al ser humano. Con esto se reafirma el deber de interpretar ésta y otras convenciones siempre bajo los principios *pro homine* y *pro libertatis*.

4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

En este Pacto los Estados Partes se comprometen a respetar y garantizar los derechos reconocidos en el mismo, a todas las personas, sin distinciones de ninguna especie y el compromiso de adoptar las medidas legislativas o de otra índole para garantizar tal cumplimiento. Se reafirma el

derecho de toda persona a que se le respete su vida privada y la de su familia y a la protección de la ley contra toda injerencia a este derecho. También ratifica el principio de igualdad entre todas las personas y garantiza el derecho a la protección de la ley sin discriminación de ninguna especie.

El artículo 23 reconoce el derecho que tiene la familia a recibir protección. Los incisos 1 y 2 señalan:

Artículo 23

1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*
2. *Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.*

Al igual que en otros instrumentos internacionales, la familia es considerada como el elemento natural y fundamental de la sociedad y, por este motivo, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. También repite la manera como protege a la familia, primero la reconoce de manera genérica y luego hace una mención al derecho de contraer matrimonio, sin excluir otras formas de convivencia.

5. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/180. Entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981. Aunque en Costa Rica se aprobó por Ley 6969 del 2 de octubre de 1984.

De esta Convención vale destacar su artículo 16, donde los Estados se comprometen a adoptar las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares.

Para el tema que se analiza, es importante destacar los apartados a, b y h del inciso 1 del artículo 16.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;*
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;*
- h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso;*

Aunque la Convención hace referencia al matrimonio, repitiendo el esquema de las convenciones anteriores, nada impide que se aplique por analogía a otros núcleos familiares, tomando en cuenta que lo que busca es la igualdad de derechos de las personas que constituyen la familia, en especial el derecho a la protección en materia de bienes.

Concluyendo, de los artículos mencionados en estos cinco instrumentos de derecho internacional, la familia es considerada como elemento fundamental de la sociedad y por tal motivo merece protección, tanto de la sociedad como del Estado. En ellos se reconoce de manera reiterada los derechos inherentes a todas las personas, como son la igualdad, la libertad y la dignidad. Su interpretación no puede darse de manera que limite o excluya el goce y ejercicio de los derechos y libertades consagrados en toda la normativa, por ende no puede tener una interpretación restrictiva, debe ser pro homine y pro libertatis.

El matrimonio tiene una especial mención en ellos, pero también se debe entender que no hay exclusión de otras estructuras familiares, lo que permite inferir que la unión de hecho y los convivientes de esa unión, también quedan amparados bajo la figura de la protección a la familia.

C) Su regulación en el Código de Familia costarricense

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1949, la regulación en materia de familia requirió una profunda transformación para recoger las normas y principios constitucionales garantizados. En esa época el derecho de familia estaba regulado en el Código Civil de 1888.

En 1952 se realizó la primera reforma al Código Civil, recogiendo algunos principios contenidos en la nueva Constitución. De esta manera se cambió la obligación que tenía la mujer de obedecer y seguir al marido a donde éste se trasladara, por el de fidelidad y socorro mutuo y el deber de vivir juntos salvo que por motivos de conveniencia o salud, amerite la división de residencias. También cambió la redacción sobre la causal de separación judicial cuando el esposo no cumpliera con sus obligaciones alimenticias, a una que fuera acorde con el texto constitucional sobre la igualdad de derechos de los cónyuges, en donde ambos pueden utilizar la negativa de cumplimiento de las obligaciones alimenticias como causal de separación judicial.

Otra reforma importante fue la referente a la patria potestad. Antes sólo se reconocía tal derecho al padre, dándole a la madre participación en ella, sólo con la sujeción a la autoridad del padre. De igual manera se reformó lo referente a la tutela de los menores, pues incapacitaba a la mujer, salvo a las abuelas, para ser tutoras. También hubo modificación para igualar los derechos de los hijos, eliminando las diferencias por la naturaleza de la filiación.³⁷

Esta reforma fue un importante avance en la legislación familiar costarricense, pero al quedar contemplada dentro del Código Civil, se contradecía con otras normas del mismo Código.

³⁷ TREJOS SALAS. (Gerardo), Derecho de Familia Costarricense, tomo I, Editorial Juricentro, primera edición, San José, Costa Rica, 1990. Pags. 109 y 110

Veinticinco años después de aprobada la Constitución Política de 1949, por medio de la Ley N. 5476 del 21 de diciembre de 1973, se pudo contar con un cuerpo normativo uniformado que recogiera, de manera sistemática, la reforma impulsada en 1949. Esta reforma tuvo una importante oposición por parte de grupos conservadores que veían el peligro de perder los privilegios.

En esta ley no se reconoce la unión de hecho, ni los efectos que se derivaran de ella, tuvieron que pasar otros veintidós años para que tal reconocimiento se hiciera de manera expresa.

Como dice el Licenciado Gerardo Trejos:

“las conquistas logradas en la Constitución Política no tuvieron suficiente eco en la Asamblea Legislativa.... El cambio en la legislación familiar tardó veinticinco años en llegar. Veinticinco años es el espacio de tiempo que cubre un cambio de generación. Puede entonces decirse que se necesitó el tránsito de una generación a otra para que el cambio pudiera ponerse en movimiento.”³⁸

Varios años después de aprobado el Código de Familia, se aprobaron otras leyes relacionadas con el tema de familia: Ley de Igualdad Social de la Mujer, Ley 7142 del 8 de marzo de 1990, la Ley que regula la Unión de Hecho, Ley 7538 del 22 de agosto de 1995, la Ley de Pensiones Alimenticias, Ley 7654 del 19 de diciembre de 1996 y la Ley contra Violencia Doméstica, ley 7586 del 10 de abril de 1996.

En este apartado se analizarán solamente los artículos de este Código que tengan algún interés en el tema de la formación de la Familia.

El Código de Familia, en su Título Preliminar da las disposiciones generales en materia de familia. Entre éstas menciona la obligación del Estado

³⁸ TREJOS SALAS, (Gerardo), Op. Cit. Pags. 17 y 18

costarricense de proteger a la familia, de manera genérica. No especifica el tipo de familia. Luego menciona los principios fundamentales para aplicar e interpretar el Código, ellos son: la unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la protección a los cónyuges también es aplicable a los convivientes en unión de hecho, por lo que cabe destacar, para los fines de esta investigación, que la unidad de la familia y la igualdad de los convivientes en unión de hecho, son principios fundamentales para aplicar e interpretar este Código.

1. El Matrimonio

Esta investigación está dirigida específicamente al instituto de la unión de hecho y aunque las corrientes más avanzadas consideran conveniente no relacionar ambos institutos (el matrimonio y la unión de hecho), lo cierto del caso es que en nuestro país, la regulación actual de la unión de hecho hace referencia directa al matrimonio. Por este motivo, es necesario tener presente las nociones básicas referidas al matrimonio contenidas en el Código de Familia.

El artículo 11 recoge el concepto constitucional que el matrimonio es la base esencial de la familia y puntualiza los fines del mismo. Así:

ARTICULO 11.- El matrimonio es la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.

Como ya se señaló, se eliminó la noción de la procreación como fin del matrimonio y se sustituyó por la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.

El artículo 14, da seis motivos por los cuales el matrimonio es legalmente imposible, entre ellos: cuando la persona está ligada por un matrimonio anterior, entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, entre hermanos consanguíneos, entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes, entre el autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente y entre personas del mismo sexo.

El inciso 6 de este artículo señala:

Artículo 14. Matrimonio. Impedimentos. *Es legalmente imposible el matrimonio:*

6) Entre personas de un mismo sexo.

El impedimento de matrimonio entre personas del mismo sexo se justificaba cuando entre los fines del matrimonio estaba la procreación. Si el artículo 11 Ídem, antes citado expone que el objeto del matrimonio es la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio, no se justifica entonces que se mantenga este impedimento, principalmente porque choca con el principio constitucional de protección a la familia en sentido genérico y contra la prohibición de discriminación.

2. Del Régimen Patrimonial de la Familia

El Capítulo VI del Título I del Código de Familia es de suma importancia porque regula los aspectos patrimoniales o económicos de la familia. Entre los artículos 37 al 47 se regulan tres aspectos elementales de la relación patrimonial; las capitulaciones matrimoniales, el régimen de gananciales y la afectación del inmueble familiar. Todo referido al matrimonio, aunque el régimen de gananciales y la afectación del inmueble familiar también se le han reconocido a la unión de hecho.

a) Capitulaciones matrimoniales

Las capitulaciones matrimoniales son un negocio jurídico bilateral, celebrado antes o durante el matrimonio, destinado a regular el régimen económico del matrimonio, regido por la libertad de contratación, pero para que surta efectos jurídicos debe realizarse en escritura pública e inscribirse en el registro público.

El objeto de las capitulaciones o convenciones matrimoniales es regular la propiedad, uso y disfrute de los bienes, tanto los aportados al matrimonio, como los que se adquieran durante del mismo, con el fin que sean los esposos quienes decidan la mejor manera de administrar esos bienes.

Este instituto no se ha desarrollado en las uniones de hecho, aunque se podría suplir por medio de algún tipo de contrato que regule los aspectos patrimoniales de esa relación, o crear legalmente alguna figura parecida como serían las *“capitulaciones vivenciales”*.

Si los futuros esposos o los esposos no regulan su régimen matrimonial por medio de las capitulaciones, se les asignará un régimen de gananciales, preestablecido en la ley.

b) Régimen de gananciales

Este régimen se aplica tanto a las parejas unidas por matrimonio, como a las que forman una unión de hecho. En este caso, cuando se habla de cónyuges, se debe entender que también incluye a los convivientes de la unión de hecho.

En Costa Rica existe la posibilidad de celebrar capitulaciones matrimoniales (para el matrimonio), pero a falta de éstas, la ley establece el régimen económico por el que se regirá la pareja (para el matrimonio y para la unión de hecho). Esto significa que si no hay capitulaciones matrimoniales cada cónyuge es dueño y dispone libremente de los bienes y de sus frutos. Esto se aplica tanto a los bienes aportados al matrimonio, como a los adquiridos durante el mismo, por cualquier título.

Para el Lic. Gerardo Trejos, conforme a la legislación costarricense:

“bienes gananciales son todos aquellos adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges en su comunidad de vida y que han significado un aumento en el patrimonio de cada uno de ellos, respecto del que se aportó al constituirse el matrimonio. Observamos así que los bienes gananciales son aquellos que implican un aumento de capital, un acrecentamiento patrimonial, forjado mediante el esfuerzo común de los esposos.”³⁹

Se adquiere el derecho sobre la mitad de los bienes gananciales cuando por algún motivo se “termina” el matrimonio (divorcio, declaración de nulidad, separación judicial) o cuando se celebren capitulaciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio. En la unión de hecho se adquiere este derecho al finalizar la misma, por cualquier causa.

El cónyuge o el conviviente que quiera sustraer un bien de la partición de los gananciales debe demostrar que fue adquirido antes de iniciar el matrimonio o la unión de hecho, o bien, que fue adquirido con posterioridad, pero a título gratuito o por cualquiera de las excepciones que menciona el artículo 41 del Código de Familia. *Ver al respecto el voto 728-2001 de la Sala Segunda.*⁴⁰

³⁹ TREJOS, (Gerardo), op. Cit. Pag. 180

⁴⁰ **Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia**, Res: 2001-00728 San José, a las diez horas diez minutos del cinco de diciembre del año dos mil uno.

Según el artículo 41 del Código de Familia, lo que adquiere cada cónyuge es el *“derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro.”*

El derecho a partición de gananciales no debe entenderse como un derecho real sobre los bienes, lo que produciría una copropiedad, sino un derecho personal (crediticio), sobre la mitad del valor neto de los bienes gananciales.

El artículo 41, antes citado, especifica cuales bienes **no** son considerados gananciales. Por lo que contrario sensu, se podría decir que gananciales son los bienes adquiridos durante la vigencia efectiva del matrimonio, o la unión de hecho, por esfuerzo común de ambos cónyuges. Para ello se debe tener en cuenta que el esfuerzo es compartido, aunque sea sólo un cónyuge quien tenga ingresos, por ejemplo provenientes de un trabajo remunerado.

Cualquiera de los cónyuges puede pedir al Tribunal que haga una liquidación anticipada de los bienes gananciales, cuando tenga pruebas que el otro cónyuge está haciendo mala gestión de los mismos o que podrían desaparecer en detrimento propio. Para ello el Tribunal debe comprobar, de manera que no quede dudas, que tal situación es cierta.

La Sala Segunda, en el voto 322-1997 manifestó que en Costa Rica, la regulación legal de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, durante la vigencia del matrimonio, tiene como principio rector la independencia total de los bienes de cada uno. Pero que la administración y disposición de los bienes propios con vocación de ganancialidad no es un derecho absoluto, porque el cónyuge mantiene una expectativa de derecho a participar en la mitad del valor neto de esos bienes (como derecho crediticio). Y para evitar que ese derecho sea burlado, la sustracción de los bienes que pueden considerarse

gananciales, por parte de su propietario, podría considerarse fraude de ley, de acuerdo con artículo 20 del Código Civil.⁴¹

La jurisprudencia ha admitido que la liquidación anticipada de los gananciales también puede darse de manera voluntaria entre los cónyuges, sin necesidad de recurrir a trámites rigurosamente solemnes.⁴²

Pero mientras subsista la relación y no haya evidencia de mala gestión o la posibilidad de pronta disolución, el patrimonio de cada cónyuge, tanto los aportados al matrimonio, como los adquiridos durante el mismo, corresponden de manera exclusiva a sus respectivos dueños.

Mientras subsista el matrimonio o la unión de hecho, no hay comunidad de bienes, (aunque ambos cónyuges o convivientes disfrutan del uso de esos bienes), porque la propiedad y el dominio, pertenecen al que los adquirió por cualquier título. Una vez roto el vínculo, o celebrado capitulaciones matrimoniales, sí se verifica o se concreta el derecho a participar en los gananciales. A este régimen patrimonial don Gerardo Trejos lo denomina *“régimen de partición diferida en los gananciales.”*

c) Afectación del inmueble familiar

Otro instituto importante en relación con los bienes patrimoniales es la afectación del inmueble familiar. El dueño del inmueble que sirve de habitación a la familia, de manera voluntaria, decide gravarlo para beneficio y protección de ésta.

⁴¹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 322-1997 de las 14:30 hrs. Del 17 de diciembre de 1997, citada por BENAVIDES SANTOS, (Diego)

⁴² BENAVIDES SANTOS, (Diego), Documento base del taller sobre Gananciales en la Jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, impartido en el Colegio de Abogados, los días 11, 18 y 25 de agosto y 1 de septiembre de 1999, citando los votos 169-95 y 357-95 de la Sala Segunda

El objetivo de este instituto es la protección del inmueble donde habita la familia, con el fin de asegurar su permanencia y estabilidad en la casa de habitación, por ello la ley limita la extensión de la propiedad; un máximo de mil metros cuadrados, para inmuebles urbanos o de 10 mil metros cuadrados para inmuebles rurales o parcelas de ese tamaño que sirvan para la subsistencia de la familia.

Según el artículo 43 del Código de Familia, el propietario del inmueble puede afectar la propiedad mediante escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Público a favor del cónyuge o conviviente si se tratara de unión de hecho, de los hijos menores y de los ascendientes que habiten el inmueble.

La figura de la afectación, no significa un traspaso de la propiedad a los beneficiarios, pues el propietario mantiene la propiedad, administración y usufructo sobre el inmueble, tampoco crea copropiedad entre el propietario y los beneficiarios, pues estos últimos sólo adquieren un derecho de fiscalización sobre determinados actos del propietario, como serían la enajenación o el gravamen sobre el bien afectado.⁴³

Así como la afectación es un acto voluntario, se puede dar la desafectación. Pero en este caso, no basta la voluntad del propietario, sino que requiere el mutuo acuerdo de cónyuges o convivientes de la unión de hecho, pero también se puede dar por la muerte de los beneficiarios, o porque los hijos dejaron de ser menores de edad, también por separación judicial, divorcio, por razones de utilidad o necesidad y cuando la vivienda deje de servir para habitación familiar.

No necesariamente la afectación debe darse dentro del matrimonio o la unión de hecho, porque los hijos solteros propietarios podrían afectar el inmueble a favor de sus padres, pero no lo podrían afectar a favor de sus

⁴³ TREJOS, (Gerardo), op. Cit. Pag. 221

hermanos; aunque éstos, si son menores o incapaces, podrían quedar en desprotección.

3. Alimentos:

El Título IV de este Código se refiere a los alimentos en su relación con la familia. Comienza definiendo lo que se entiende por alimentos y dice que son aquellos que provean sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, conforme a las posibilidades económicas y el capital de quien esté en obligación de proporcionarlos y tomando en cuenta las necesidades y el nivel de vida acostumbrado de quien los necesite.

Las pensiones pueden ser exigidas por la vía del apremio corporal. El juez puede fijar una cuota provisional, mientras se tramita la demanda. Se puede demandar alimentos aunque no haya separación. También se pueden solicitar estos alimentos para los hijos extramatrimoniales. La deuda por alimentos tiene prioridad a ser cobrada sobre cualquier otra.

También hace una enumeración de las personas que se deben alimentos; los cónyuges entre sí, los padres a sus hijos menores o incapaces y los hijos a sus padres, entre otros. Entre convivientes en la unión de hecho, se podrán pedir pensión alimenticia, pero para ello se debe solicitar previamente que se reconozca la unión, artículo 245 del Código de Familia.

El Código de Familia en su último título se refiere a la unión de hecho. Tema que será abordado, de manera separada en el siguiente capítulo.

Reafirmando lo expuesto, se puede concluir que el sustento en la ley, la Constitución y los Convenios Internacionales de Derechos Humanos que

reconocen la protección a la familia, obligan a un replanteamiento de la protección que efectivamente el Estado costarricense brinda a las distintas manifestaciones familiares.

No se puede seguir definiendo familia solamente como la formada por papá, mamá e hijos/as, en donde *mamá amasa la masa, papá lee el periódico, su hija ayuda en las labores domésticas y el hijo varón en las tareas del campo*. Esa estampa ya no se adecua a la realidad del siglo XXI. Es hora de comenzar un análisis de los conceptos y preconceptos que se utilizan sobre la familia. La idealización de la familia tradicional no puede seguir impidiendo al derecho la protección a las otras formas de familia.

CAPÍTULO SEGUNDO:

LA FAMILIA DE HECHO

Así como se ha generado una evolución en la conformación y conceptualización de la familia en sentido amplio, también se ha ido logrando una mayor aceptación social y posterior protección y reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico a núcleos familiares diferentes al matrimonio.

El ordenamiento jurídico irá delimitando la protección a cada grupo familiar. Sin embargo, cabe preguntarse, ¿Una unión estable entre dos personas que decidan vivir juntos, que se auxilian mutuamente, en forma pública, permanente, que establecen una comunidad de vida, es familia sólo si el ordenamiento jurídico le asigna ese carácter, o por el contrario, es familia, aún antes que el ordenamiento jurídico la reconozca?

El reconocimiento jurídico no marca el nacimiento de un fenómeno, sólo lo reconoce y lo "legitima". La familia de hecho, denominación que podría abarcar muchas situaciones reguladas y no reguladas por la ley, es un fenómeno social existente, independientemente de la existencia de regulación normativa. La familia de hecho no abarca sólo a la unión de hecho reconocida legalmente; la familia de hecho como fenómeno social incluye todos los otros núcleos familiares, sean estos heterosexuales u homosexuales, tengan o no aptitud legal para casarse. Todos estos casos constituyen familias de hecho. Aún sin reconocimiento legal, existen y cumplen una función importante en el desenvolvimiento de la personalidad de los convivientes.

*La unión de hecho, "Esa realidad histórica y cultural que se mantiene con fuerza aún a pocos años del cambio de siglo, existió mucho antes de que el derecho y la religión crearan al matrimonio..."*⁴⁴

⁴⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 2129-94

Si en la actualidad el matrimonio tiene un rango constitucional y una protección especial, no por eso debe desconocerse o negarse la existencia de la unión de hecho, así como tampoco de los otros núcleos familiares que van apareciendo y consolidándose en la realidad social costarricense.

Sección primera:

La unión de hecho o unión libre

La unión de hecho reconocida legalmente, constituye una fuente de familia a las que en la actualidad el ordenamiento jurídico costarricense le confiere consecuencias jurídicas. Este reconocimiento tiene un sustento constitucional y produce efectos jurídicos no sólo desde el punto de vista patrimonial, sino también en otras ramas del derecho.

Interesa hacer una caracterización de lo que se conoce como unión de hecho, mencionando cuáles son las denominaciones que se han usado en diferentes momentos, haciendo referencia al valor social que estas denominaciones tienen, así como conocer cuáles son los elementos esenciales que la ley y la jurisprudencia costarricenses han indicado como necesarios para que esta unión tenga reconocimiento y surta efectos jurídicos.

En la legislación costarricense la unión de hecho está regulada para las parejas formadas por un hombre y una mujer. En este capítulo se seguirá ese modelo para poder tener una idea general de lo que social y jurídicamente ha significado esa unión de hecho, para, en capítulos posteriores, utilizar los mismos argumentos jurídicos, pero interpretados de manera más amplia, en la

cual también puedan caber las uniones de hecho entre personas del mismo sexo.

A) La unión de hecho como comunidad de vida

La primera característica esencial de la unión de hecho es la falta de rituales sociales y eclesiásticos para su formación. Nace espontáneamente y se desarrolla sin necesidad de mayores formalismos.

Dos personas en un momento dado deciden “juntarse” y comenzar una relación de convivencia sin tomar en cuenta las consecuencias legales que esta unión podría traer. Posiblemente en el medio social en que se desenvuelve tendrá aceptación y consecuencias mucho antes que la ley les reconozca algún efecto jurídico. La unión de hecho en Costa Rica no tiene ninguna consecuencia jurídica en el momento en que se crea, ni en los primeros tres años. Pero sí tendrá consecuencias pasados esos tres años, de manera retroactiva al momento de su constitución.

El elemento definitorio de la unión de hecho es la *comunidad de vida* sin un ligamen formal desde su nacimiento. Comunidad que significa reciprocidad en los derechos y deberes, convivencia, solidaridad y apoyo mutuo. La comunidad de vida se traduce en un comportamiento común: los convivientes comparten sus vidas de un modo estable y continuo, *crean un hogar, comparten en principio casa, mesa y lecho*, tienen esperanzas y proyectos comunes, pueden compartir, si bien no es estrictamente indispensable, cuentas corrientes y trabajo, entremezclar asuntos patrimoniales, etc.⁴⁵

⁴⁵ GALLEGO DOMÍNGUEZ, (Ignacio), Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1.995, p.p. 47 y siguientes). Citado en Res: 2002-00335 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, San José, a las 10:10 horas del 3 de julio de 2002.

Esta comunidad de vida, que al inicio nace como una simple convivencia, a lo largo del tiempo va creando diversas situaciones que generan consecuencias jurídicas. Por ese motivo, la ley las regula no en su formación sino en sus efectos, principalmente, para evitar que uno de los integrantes salga perjudicado en esta relación.

“La unión de hecho es entonces una opción de convivencia voluntaria diversa del matrimonio a la que acuden muchas personas y con respecto a la cual no hay razón para ignorarla en el plano jurídico o negarle toda posibilidad de surtir efectos jurídicos válidos mediante regulaciones adecuadas.”⁴⁶

La unión de hecho tenía siglos de existir en Costa Rica sin que la ley le reconociera esos efectos jurídicos. Es hasta hace muy poco tiempo, (1995) que se adiciona el Título VII al Código de Familia sobre la unión de hecho, aunque años atrás ya se le reconocían algunos efectos jurídicos en leyes aisladas, principalmente de seguridad social.

Pese a ser una ley nueva, se limita a reconocer la unión de hecho para personas de distinto sexo, dejando de lado toda posibilidad de incluir las relaciones de convivencia entre personas del mismo sexo.

B) Distintas denominaciones

En Roma la unión de hecho se llamó concubinato, e incluía tanto las uniones de hecho de las personas que tenían impedimento para casarse como aquellas que tenían libertad de estado. En la época clásica era una relación socialmente tolerada, pero sin ninguna connotación de institución jurídica, más bien el derecho y su protección le eran indiferentes. Con el trascurso del tiempo, el concepto de concubinato y sus efectos fueron evolucionando, al punto que se le empezó a considerar una institución jurídica. Al llegar

⁴⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 2129-94

Justiniano al poder, se mostró un poco más benevolente, y empezó a darle categoría jurídica al concubinato llamándolo "*inaequale conningium*".⁴⁷

En cada época se han utilizado de manera confusa los diferentes términos. Para algunos, las nociones de concubinato y amancebamiento obedecen a contenidos distintos; por concubinato se entendía la unión sexual entre un hombre y una mujer púberes y hábiles legalmente para contraer matrimonio; mientras que el amancebamiento implicaba las relaciones sexuales estables y notorias entre un hombre y una mujer púberes, que no podían celebrar matrimonio por existir entre ellos un impedimento de carácter dirimente. Hoy día, los vocablos concubinato y amancebamiento se emplean indistintamente en el lenguaje jurídico, como sinónimos de relación sexual estable extramatrimonial.⁴⁸

En la actualidad se utiliza más la expresión unión de hecho para expresar la unión entre hombre y mujer que viven juntos estando libres de impedimento legal para contraer matrimonio entre ellos, mientras que se deja el término concubinato para expresar aquellas relaciones donde uno o los dos miembros de la pareja tienen impedimento para contraer matrimonio por tener un vínculo matrimonial previo. Poco a poco, socialmente, los términos concubinato y amancebamiento van perdiendo fuerza y aparecen otros como unión libre o pareja estable.

A lo largo de la historia, e incluso en la actualidad, no hay una denominación uniforme para estas relaciones. En muchos casos la terminología empleada tiene una connotación peyorativa y excluyente. Por ese motivo, se mencionará y hará un breve análisis de la terminología empleada para referirse a estas uniones.

⁴⁷ BARBPZA TOPPING (Francine María) y otras, Op. Cit. pags. 25 y ss

⁴⁸ JUAREZ FRANCO, (Roberto), Derecho de Familia, Derecho Matrimonial, Op. Cit. pag. 227

La utilización de términos peyorativos refuerza los estereotipos y estigmatizaciones sobre determinadas personas y conductas. En esta investigación no se utilizarán términos despectivos para referirse a estas parejas, excepto cuando se trate de citas textuales. Aún así, es un tanto difícil decidirse por cual terminología utilizar, ya que no siempre la más común, calza para las situaciones que se quieren describir.

En muchos casos se utilizan diferentes términos como sinónimos y en otros se utilizan esos mismos términos para marcar diferencias sustanciales, como por ejemplo el estado civil de los integrantes de la relación. No hay constancia en su tratamiento, ya que para algunos autores, el amancebamiento es todo trato carnal ilícito y el concubinato es una subespecie que indica permanencia de ese amancebamiento.

*El amancebamiento está concebido como un "Trato carnal ilícito y continuado de hombre y mujer. Dentro de él se comprende el concubinato, que lo diferencia porque el concubinato es una relación marital de hecho, con cierta convivenciaseudofamiliar, y no una simple relación sexual como el amancebamiento."*⁴⁹

Tanto a nivel social como jurídico, se utilizan términos que denotan desprecio por estas formaciones familiares y refuerzan la idea de exclusión social y jurídica.

Algunos términos como *amasiato*, *barraganería*, *amancebamiento*, *concubinato*⁵⁰, *"pareja juntada"* y *familia ilegítima*, han ido desapareciendo del lenguaje popular, (aunque se mantiene en algunos textos jurídicos de diferentes países), esto por cuanto es bien sabido que la aceptación social, en temas tan sensibles como el de familia, lleva muchos años de ventaja a la estructura rígida de los ordenamientos jurídicos.

⁴⁹ BARBOZA TOPPING (Francine María) y otras, Op. Cit pag. 74, citando a Moreno Rodríguez, Rogelio, Vocabulario de derecho y ciencias naturales, Buenos Aires, De Palma, 1974, pag. 44

⁵⁰ Etimológicamente concubinato significa quienes se acuestan juntos. Son concubinos porque comparten el cubil, por lo que expresión hace especial referencia a la relación sexual, más que a la relación familiar.

La unión de hecho también ha sido durante mucho tiempo denominada en función del matrimonio, para identificarla ya sea como una institución inferior o bien, para reforzar su estigmatización. Así, encontramos diferentes términos y expresiones como *convivencia fuera del matrimonio, matrimonio de segunda categoría o de segundo orden, matrimonio aparente, matrimonio de hecho, uniones maritales de hecho, familia extramatrimonial, convivencia extramatrimonial, unión extramatrimonial*. En todos los casos hay una referencia de inferioridad de este instituto con el matrimonio, para indicar que se encuentra fuera de o por debajo del matrimonio.

Conforme la evolución y el reconocimiento de otros núcleos familiares como conformadores de familia y por ende merecedores de respeto y protección legal, se ha ido incluyendo nueva terminología para referirse a estas relaciones e incluso para ir aceptando como familia otras opciones, tal es el caso de expresiones como *comunidad de vida no matrimonial y relación de afectividad análoga a la conyugal*, pero continuando con la idea de hacer referencia al instituto matrimonial.

También se han utilizado expresiones como; *pareja de hecho, unión de hecho*⁵¹ y *familia de hecho*, para distinguir estas uniones de las uniones de derecho. Nótese que el término “de hecho” se utiliza en contraposición al término “de derecho” para remarcar esa diferencia con respecto al statu quo que le brinda el ordenamiento jurídico al matrimonio. Sin embargo, también hay que señalar que expresiones como “familia de hecho”, vienen a rescatar el significado de familia en el sentido amplio y de esta manera se le acepta o mira como una forma más de constitución de la familia.

⁵¹ Unión de Hecho, es la expresión que se utiliza en el Código de Familia costarricense, para las relaciones que cumplen ciertas características, entre hombre y mujer y a las personas que conforman esa unión se les llama “convivientes”

Con frecuencia también se utilizan expresiones como *unión libre* y *unión estable*. En estos casos se trata de dar énfasis a la relación (unión) sin darle ningún matiz ni relación con el matrimonio.

En los últimos años en América Latina se han estado discutiendo y aprobando proyectos de ley para reconocer los derechos de quienes conforman una relación estable con personas del mismo sexo. En cada país se les ha llamado de diferente manera: en México se conoce como la ley de *Sociedades de convivencia*, en Brasil con el nombre de *Parceria* o *registro de parejas*, en Colombia, el proyecto de ley hace mención específica a la orientación sexual, al denominarse *uniones de parejas del mismo sexo*. En Argentina se utiliza un anglicismo *Parteneriato* (de partnership), con el fin de utilizar una expresión neutra, sin connotaciones estigmatizantes.⁵²

En algunos estados de Estados Unidos y en la Ciudad de Buenos Aires se han aprobado leyes sobre estas relaciones que incluyen tanto las relaciones homosexuales, como las heterosexuales y se les ha denominado *uniones civiles*. En éstas las parejas tienen la opción de registrar su unión ante determinado órgano administrativo.

En doctrina se han ido introduciendo nuevas expresiones, especialmente para incluir, para especificar o para ampliar, el concepto de unión de hecho a las parejas formadas por personas del mismo sexo. Así encontramos expresiones como; *vínculos homoafectivos*, *relación homoafectiva*, *relación de afectividad análoga a la familiar*, *uniones de parejas del mismo sexo*, *uniones o*

⁵² "Partner" se utiliza en inglés con resonancias afectivas muy amplias: tiene connotaciones de amistad estrecha, camaradería y relación íntima. En el contexto de una unión amorosa, no puede traducirse como "socio", que tiene connotación comercial e implica fines de lucro, como se evidencia en la traducción habitual de "partnership", que es "sociedad comercial", o con fines de lucro. La relación entre dos "partners" es una "partnership", y ya que las leyes nórdicas se refieren a "registered partnership"; se propuso la traducción "convivencia registrada", lo que daría a "partner" el valor de "conviviente". No es traducción feliz, porque "conviviente" en Argentina es eufemismo por concubino, sobre el que recae estigma. PROYECTO DE LEY DE PARTENERIATO PARA UNION CIVIL DE PAREJAS DEL MISMO SEXO presentado por la Diputada Laura Musa, el 11 de diciembre de 1998

parejas gays, parejas unisexuales. En todos los casos los nombres dados hacen referencia a la orientación sexual de sus integrantes, con excepción de la expresión relación de afectividad análoga a la familiar.

Nótese que la expresión “*relación de afectividad análoga a la familiar*” es muy parecida a la de “*relación de afectividad análoga a la conyugal*”. En ambas se hace una analogía, pero en la segunda expresión se relaciona con los cónyuges (al matrimonio), mientras que en la primera se relaciona con la familia, entendida ésta en toda su diversidad.

Incluso antes de la aprobación de la Ley 7532 que reconoce la unión de hecho, el profesor Víctor Pérez llama la atención acerca de la terminología que se empleará para evitar la discriminación que se venía haciendo contra las parejas no casadas.

“La familia de hecho no tiene tutela legislativa en el Ordenamiento costarricense; es por esto que se propone el agregado de un título al Código de Familia vigente; la institución se denomina “Convivencia”, para evitar el sentido peyorativo o discriminatorio que han tenido otras expresiones como la de “concubinato.”⁵³

No se adoptó el término “Convivencia”, sino unión de hecho, pero sí el término convivientes para referirse a quienes conformaban esa unión.

Otros autores como Gavidia Sánchez propugnan que a la hora de hablar y referirse a la unión de hecho se haga desde una perspectiva independiente, sin analogías con la institución del matrimonio, partiendo de la idea de que el uso del lenguaje puede reforzar los estereotipos y la estigmatización contra este tipo de vida familiar, por lo que se inclina por el término uniones libres.

“Creo que debería depurarse nuestro ordenamiento de expresiones inadecuadas que sólo añaden confusión, como son las que hablan de

⁵³ PÉREZ VARGAS, (Víctor), *El nuevo derecho de familia en Costa Rica*, Op. Cit. Pag. 370

analogías con la unión matrimonial. De paso se evitaría tener que acudir a perifrasis como la de “con independencia de su orientación sexual”, cuya reiteración en un mismo texto normativo no diré que aliente la morbosidad ni que sea una forma un tanto vergonzante de referirse a una opción ideológica y vital (la homosexualidad o bisexualidad) tan digna y merecedora de respeto como cualquier otra opción respetuosa de la libertad y de los derechos de los demás... si se hablase de uniones libres, o se empleasen expresiones que no hicieran referencia alguna la matrimonio, no haría falta hacer mención a la orientación sexual.”⁵⁴

Incluso en Costa Rica, en el Código Procesal Penal, en el Código Penal y en el Proyecto de Reforma al Código Penal se utilizan frases para incluir junto con el cónyuge, a la “persona que conviva con el denunciante ligada a él por lazos especiales de afecto” y “persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia.”

Esto supone un avance importante en cuanto al reconocimiento de otros núcleos familiares en los cuales podría interpretarse la inclusión tácita de las relaciones de convivencia entre personas del mismo sexo. Sobre este tema se profundizará en el próximo título al hablar de regulación implícita de leyes sobre las relaciones homoafectivas.

Como sea que se llame, la unión libre constituye una opción para las personas que no pueden o no quieren estructurar su relación como una unión matrimonial.

El reconocimiento jurídico a estos núcleos familiares facilita su reconocimiento y aceptación social y contribuye a la eliminación de las estigmatizaciones, marginalidad e irrespeto con que comúnmente son tratados los convivientes de los diferentes tipos de relaciones familiares.

Obviamente, no toda relación de pareja puede acarrear consecuencias jurídicas. Las relaciones esporádicas, por ejemplo, por su inestabilidad hacen

⁵ GAVIDIA SANCHEZ, (Julio Vicente), Op. Cit. Pags. 34 y 75

imposible y hasta peligroso, tratar de regularlas. Para que las relaciones de convivencia de pareja tengan efectos jurídicos la ley les exige una serie de requisitos o elementos esenciales que deben cumplir para ser merecedoras de protección jurídica.

C) Elementos esenciales de la unión de hecho

El artículo 242 del actual Código de Familia delimita cuales uniones de hecho son las que surten efectos patrimoniales.

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 causa."⁵⁵

De este artículo se derivan los elementos subjetivos y objetivos que se requieren para que la unión de hecho surta efectos jurídicos

1. Elementos subjetivos

Se refieren a la capacidad, la voluntad y al sexo de los convivientes. Expuestos más en detalle se pueden mencionar:

1. El sexo de los integrantes -hombre y mujer- excluyendo explícitamente a las parejas del mismo sexo.
2. Que las personas tengan aptitud legal para contraer matrimonio, a saber: edad, capacidad volitiva y cognitiva y libertad de estado.

⁵⁵ **Código de Familia**. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., San José, Costa Rica, febrero de 2000. Así adicionado por el artículo 1 de la ley No.7532 del 8 de agosto de 1995

Sobre esta última situación los tribunales costarricenses se han pronunciado reiteradamente en el sentido de que las uniones de hecho en las que una o las dos personas que la conforman tienen impedimento legal por tener vínculo matrimonial, son uniones de hecho irregular, lo cual impide otorgarles el reconocimiento jurídico.

Sobre la libertad de estado, la Sala Constitucional ha dicho:

“Lo aceptable, entonces, es que en ejercicio de su libertad, las personas escojan por contraer matrimonio, o simplemente decidan unirse para fundar una familia sin los rigores formales de aquél. Pero, puesto el legislador en la tesitura de regular una y otra, no puede exonerar a los convivientes de ciertos requisitos considerados normales para los cónyuges, como el de la libertad de estado, porque se coloca en situación de poner en ventaja a aquellos por sobre éstos, cuando la idea es asimilarlos.”⁵⁶

También el tratadista Brenes Córdoba refuerza esta idea al decir que *“La pareja debe estar integrada por personas que posean aptitud legal para contraer matrimonio, o sea por personas en libertad de estado...”⁵⁷*

Precisamente, la falta de este requisito fue la que impulsó a la Sala Constitucional a declarar inconstitucional el artículo 246 del Código de Familia, según resolución 3858-99 de las 16:48 horas del 25 de mayo de 1999. Sobre este punto se ahondará más en la sección sobre la regulación actual de la unión de hecho en el Código de Familia.

Sobre el primer elemento subjetivo, el sexo de los integrantes, no ha habido pronunciamientos hasta ahora. Esta omisión es la que motiva en buena parte la realización de esta investigación, como se verá más en detalle en el Segundo Título.

⁵⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 3693-94.

⁵⁷ BRENES CORDOBA, (Alberto), *Tratado de las personas*, Volumen 2, Derecho de Familia, 5ª edición revisada y actualizada por Gerardo Trejos, Editorial Juricentro, 1998, San José, Costa Rica, Pag. 107

2. Elementos objetivos

El elemento objetivo hace referencia al contenido de la relación, al cómo se desarrolla la convivencia de la pareja extramatrimonial. Para entender que existe una verdadera convivencia *more uxorio* es necesario la existencia de una comunidad de vida estable y continua. La existencia de una comunidad de vida es la nota que caracteriza y diferencia a las parejas de hecho de las que nos ocupamos, de otras relaciones extramatrimoniales que se pueden calificar de simples⁵⁸

Los elementos objetivos son:

1. **Publicidad:** No es una relación oculta sino pública. La pareja no se oculta de la sociedad, como podría ocurrir con las relaciones ocasionales. Abiertamente se presentan como pareja.
2. **Notoriedad:** Frecuentemente se hace alusión al matrimonio, definiendo que la notoriedad de las parejas en unión de hecho se da cuando la comunidad donde viven los asume como si estuvieran casados sin saber que no lo están.

La notoriedad y publicidad son dos elementos objetivos de la unión de hecho que deben ser analizadas desde una óptica diferente cuando se estudien las relaciones estables de dos personas del mismo sexo, pues los condicionamientos sociales hacen que se den de manera diferente.

⁵⁸ GALLEGO DOMÍNGUEZ, (Ignacio), Op. Cit. Citado en Res: 2002-00335 Sa'- Segunda de la Corte Suprema de Justicia., San José, a las 10:10 horas del 3 de julio de 2002.

3. **Singularidad:** Única, no es una relación plural, ni paralela. Es importante entender que una relación ocasional, mantenida por uno de los convivientes con una tercera persona, no le quita el carácter de singular a la unión de hecho. Pero tampoco se protege las relaciones donde uno o los dos integrantes de la unión de hecho mantienen simultáneamente otra relación de convivencia con otra persona.

Sobre este último aspecto la Sala Segunda se ha manifestado en varias ocasiones:

“Analizados dichos testimonios, en relación con la demás prueba aportada, con base en los principios de la sana crítica, se arriba a la conclusión de que la unión entre el causante y la actora, si fue estable y única; etc, a pesar de que, de esas pruebas, también se desprende la existencia de otra relación amorosa –mas no de convivencia y tampoco simultánea-,...”⁵⁹

En el 2002 la Sala Segunda refuerza la tesis de la relación única como requisito indispensable para que la unión de hecho surta efectos patrimoniales al decir que:

“La unión ha de ser única: ninguno de los convivientes puede mantener otra relación paralela. Si tal cosa ocurriera, la unión de hecho no produce efectos patrimoniales.”⁶⁰

4. **Estabilidad:** La estabilidad frecuentemente se relaciona con el matrimonio, la relación es estable en la misma medida que lo es el matrimonio. Para ello la ley le confiere un plazo mínimo de estabilidad para que la relación surta efectos jurídicos. En el caso de Costa Rica este plazo es de 3 años, aunque luego se le reconozcan efectos retroactivos. Este elemento también tiene relación con la idea de

⁵⁹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 034-2001 de la San José, Costa Rica, a las 14:40 horas del 12 de enero de 2001.

⁶⁰ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 335-2002. San José, a las 10:10 horas del 3 de julio de 2002. Voto salvado de Zarela M. Villamueva Monge y Bernardo van der Laet Echeverría

permanencia y continuidad. Así, una relación que por un tiempo prolongado se haya interrumpido y al cabo del tiempo vuelve a empezar, no se computará el primer periodo para el cómputo del plazo mínimo.

- 5. Cohabitación:** Este elemento hace referencia a todo lo relacionado con la convivencia bajo un mismo techo, con la comunidad de vida, con el compartir una vida común, auxiliándose y apoyándose mutuamente, no fundada en un vínculo matrimonial.

“Estimamos que para poder hablar de una pareja de hecho, debemos exigir la permanencia de los unidos en el mismo domicilio, debe existir un domicilio común. Los sujetos deben cohabitar. en el sentido de vivir juntos, de vivir en un mismo hogar, bajo un mismo techo. La convivencia, que es una obligación del matrimonio, es precisamente el centro y base de la unión more uxorio; deben vivir bajo un mismo techo, tener un mismo domicilio”⁶¹

Es importante señalar que esta cohabitación o convivencia permanente no es estricta. En las uniones de hecho, al igual que en el matrimonio, pueden suscitarse situaciones ajenas a la voluntad de las partes, como por ejemplo separaciones temporales por enfermedad, trabajo, etc., que imposibilitan la cohabitación permanente, pero prevalece la voluntad de mantener la relación.

En ese sentido la Sala Segunda ha dicho:

“Las excepciones a dicha cohabitación, se aceptan cuando, por ejemplo, la misma se suspenda por períodos más o menos largos, por razones de salud, trabajo, estudio o algún motivo similar, pero siempre deberá existir la voluntad de regresar a la cohabitación al desaparecer el obstáculo que la impedía.”⁶²

⁶¹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, (Ignacio), Op. Cit, Resolución 335- 2002 San José, a las 10:10 horas del 3 de julio de 2002.

⁶² Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 335- 2002 San José, a las 10:10 horas del 3 de julio de 2002.

D) Similitudes y diferencias entre matrimonio y unión de hecho

Tanto el matrimonio como la unión de hecho son fuentes morales y legales de la familia. Pero el matrimonio, al tener rango constitucional, se convierte en la institución jurídica clásica por excelencia, mientras que la unión de hecho constantemente es comparada o referida al matrimonio. Esta referencia se ve claramente reflejada en el artículo 242 del Código de Familia cuando dice: *"La unión de hecho produce los mismos efectos patrimoniales que el matrimonio."*

Ambas instituciones también comparten el mismo fin. El Artículo 11 ídem, dice que el matrimonio tiene por objeto *"la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio"*. En reiterada jurisprudencia la Sala Constitucional y la Sala Segunda le han adjudicado estos mismos fines a la unión de hecho. Al respecto ver los votos 1151-94 y 10162-01 de la Sala Constitucional y la sentencia 335-2002 de la Sala Segunda.

La unión de hecho es una opción que eligen voluntariamente muchas parejas que, aunque tienen libertad de estado para casarse, prefieren no hacerlo y optan por vivir "libremente". También la eligen personas con impedimento legal, por tener un vínculo matrimonial previo, aunque la ley no les concede reconocimiento y por supuesto también acuden a este instituto personas del mismo sexo, que no tienen acceso al matrimonio y deciden mantener una comunidad de vida, al "margen" de la ley.

Pero también hay diferencias importantes en relación con la constitución y proyección de ambos tipos de relaciones. El matrimonio surte efectos jurídicos a partir del momento de su celebración con todos los ritualismos civiles y/o religiosos que se requieren, mientras que la unión de hecho no tiene la proyección del matrimonio. Jurídicamente es relevante a partir de su disolución aunque le conceda efectos retroactivos.

“El matrimonio es una institución proyectada hacia el futuro, con designio duradero y estable por parte de los cónyuges a partir de su celebración. El concubinato viene a ser todo lo contrario; su trascendencia jurídica opera a partir de la unión “de facto”. La jurisprudencia no configura ni organiza dicha situación, sino que se limita a liquidarla. Nuestro Derecho se libra mucho de decir al hombre y a la mujer: Vais a vivir, en lo sucesivo, como amantes (a la manera que diría: Viviréis como marido y mujer). A lo sumo podrá decirles en su día: habéis vivido como amantes y, en atención a esa situación, procederemos a liquidar vuestros intereses.”⁶³

En las últimas décadas la ley y la jurisprudencia han ido reconociendo que la unión de hecho puede ser vista de manera diversa al matrimonio. Que ambas merecen protección jurídica por ser fuentes de relaciones familiares y por los efectos jurídicos que conlleva la convivencia de dos personas y que estas diferencias marcan la pauta para legislar y lograr una protección adecuada tomando en cuenta las diferencias de cada una.

En tal sentido la Sala Constitucional dijo en 1994:

*“La unión de hecho es entonces una opción de convivencia voluntaria diversa del matrimonio a la que acuden muchas personas y con respecto a la cual no hay razón para ignorarla en el plano jurídico o negarle toda posibilidad de surtir efectos jurídicos válidos mediante regulaciones adecuadas. Sin embargo, ello no significa en modo alguno la inexistencia de límites legales para su legítima conformación y la producción de aquellos efectos.”*⁶⁴

Para el profesor Víctor Pérez, la diferencia fundamental entre el matrimonio y la unión de hecho es de orden formal;

*“mientras que en el matrimonio la voluntad se expresa mediante una declaración ante un oficial público, en el matrimonio de hecho, en cambio, la voluntad de unirse se manifiesta diversamente, precisamente por medio del comportamiento continuado de los mismos convivientes.”*⁶⁵

⁶³ TREJOS SALAS, (Gerardo), Op. Cit. pag. 321, citando a Jean Carbonier, en Derecho Flexible, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1976

⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 2129-94 También citada en el Voto 10162 – 2001

⁶⁵ PÉREZ VARGAS, (Victor), El nuevo derecho de familia en Costa Rica, Op. Cit, pag. 370

Para otros, existe tal diferencia entre la unión libre y el matrimonio, que es inaceptable que se les siga considerando análogas y que por eso la regulación de la unión de hecho no debe hacerse sobre la base del matrimonio, porque se trata de dos institutos jurídicos diferentes.

Dice el autor español Julio Vicente Gavidia:

“La vía defendible para reclamar una regulación de las uniones libres no es la comparación con el matrimonio, dadas las diferencias, a mi modo de ver, esenciales que entre un fenómeno y otro existen, sino los mandatos constitucionales a los poderes públicos de asegurar la protección de la familia y de remover los obstáculos que impiden que la libertad e igualdad de los ciudadanos sean reales y efectivas, también en los grupos en los que se integran, así como el principio de libre desarrollo de la personalidad”⁶⁶

Una característica importante que distingue al matrimonio de la unión de hecho, es su facilidad para disolverse, fuera de formalismos legales, como ocurre con la separación judicial o el divorcio en las parejas casadas.

Las diferencias esenciales entre el matrimonio y unión de hecho ameritan una regulación diferenciada. En Costa Rica la unión de hecho tiene ocho años de haber sido regulada. Tiempo suficiente para realizar un análisis sobre esa regulación y presentar las propuestas de cambios normativos que le permitan adecuarse a las circunstancias presentes hoy día en la sociedad costarricense.

Cuatro artículos en el Código de Familia y algunos artículos dispersos en varias leyes y reglamentos no son suficientes para regular una institución familiar como la unión de hecho.

⁶⁶ GAVIDIA SANCHEZ, (Julio Vicente), La Unión Libre: El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite, Op. Cit. Pag. 69

E) Su regulación en el Código de Familia

La regulación jurídica de las uniones de hecho entre un hombre y una mujer, pese a la importancia que reviste, se pospuso durante muchos años. La realidad social indicaba la imperiosa necesidad de tal regulación. Cada día había más uniones de hecho y la desprotección jurídica causaba diferentes problemas a sus miembros. Sin embargo, los prejuicios morales y sociales sobre el tema impedían o dificultaban una regulación que brindara certeza jurídica a tales uniones.

A finales del siglo XX se comienza a discutir y a reclamar en Costa Rica la protección jurídica para estas uniones. La discusión produjo una confrontación entre sectores sociales: por un lado, quienes propugnaban por una regulación que protegiera las uniones de hecho y por el otro, quienes consideraban que regular tales uniones constituiría el resquebrajamiento de la familia entendiéndose como familia, solamente el núcleo tradicional formado por medio del matrimonio.

En 1979 se presenta un primer proyecto que no fue aprobado por la Asamblea Legislativa. Transcurridos casi diez años, en 1988 se presenta un segundo proyecto,⁶⁷ el cual fue aprobado hasta el 08 de agosto del año 1995, mediante la Ley número 7532, como adición del Título VII del Código de Familia vigente en ese momento. Esto significó un importante avance en el derecho de familia costarricense.

Durante su discusión hubo voces en contra, como la de la diputada Taylor Brown, quien se oponía a la legación de la unión de hecho principalmente por razones religiosas.

⁶⁷ Proyecto para adicionar al Código de Familia un Capítulo que Regule las Uniones de Hecho. Expediente N° 10.644, Comisión de Asuntos Sociales, Asamblea Legislativa de Costa Rica.

“Con todo respeto, creo que legalizar una unión de esta naturaleza, por las razones que sean, vaya a ser lo más conveniente. Nuestro país es muy católico y la Iglesia no va a estar de acuerdo; soy católica y no me parece que ese sistema sea conveniente; si se da la unión libre que se dé como una cuestión espontánea, que se da porque así tiene que ser; no creo en la conveniencia de legalizarla.”⁶⁸

De igual manera, hubo toda una campaña, principalmente, de personas pertenecientes a grupos religiosos y “defensores de la familia”, quienes se opusieron mandando faxes a la Comisión que discutía el proyecto de ley.

Durante algún tiempo las discusiones en la Asamblea Legislativa se centraron en aspectos morales y religiosos más que en los jurídicos; que la Iglesia Católica desaprobaría una ley de esta naturaleza, que si se estaba fomentando este tipo de uniones y con eso se estaría afectando a la institución del matrimonio y cosas por el estilo.

Sin embargo, predominaron los razonamientos de justicia social y de protección jurídica. La mayoría razonaba que las uniones de hecho sin ninguna regulación normativa, lo que estimulaba era la desprotección, por lo general hacia la mujer y sus hijos, y que en general era más inmoral no regularlas que dejar a las personas que componían estas uniones en total desamparo.

Al respecto la diputada Sánchez Valverde dijo:

“...No es marginando a la gente, no es poniéndole nombres peyorativos como se puede recuperar una sociedad, es tratándola con justicia, es dándole los derechos que la gente tiene....Nosotros no tenemos por qué avergonzarnos de la realidad costarricense. Las estadísticas nos dicen cuántas son las uniones de hecho. Afrontémoslas, démosle un marco jurídico, hagamos que esos costarricenses se sientan bien y garanticemos que así va por mejor camino, porque si no, algún día estas gentes nos van a cobrar a nosotros que teniendo la posibilidad de sacar leyes que benefician a esos sectores, por prejuicio, más que por convicción, no lo hacemos.”⁶⁹

⁶⁸ Ídem. folio 35

⁶⁹ Ibid. folio 190

El punto más álgido de las discusiones se dio en torno el artículo que regulaba las uniones de hecho cuando uno de los convivientes tuviera algún impedimento para casarse por tener un vínculo matrimonial previo. Esto hizo que se llevara la consulta facultativa de constitucionalidad ante la Sala Constitucional, quien en el voto 3693-94, consideró inconstitucional la aprobación de una norma que legalizara la unión de hecho en tales circunstancias, pues se estaría dando mayor protección a este tipo de uniones sobre las que se dan en el matrimonio, lo que originaba su roce con la Constitución.

Pese al dictamen desfavorable de la Sala Constitucional, en la Asamblea Legislativa continuaron las discusiones y al final se aprobó el artículo 246, el cual reconocía de manera un poco más limitada, pero reconociendo al fin, la unión de hecho cuando alguno de los convivientes tuviera un vínculo matrimonial que le impidiera estar en libertad de estado. Este artículo le confería efectos patrimoniales limitados a los convivientes y les negaba el derecho a exigirse alimentos.

Para que a esta unión de hecho o unión de hecho irregular, se le reconocieran sus efectos jurídicos, los convivientes requerían tener una convivencia mínima de cuatro años, en vez de los tres años que se le exigía a la unión de hecho regular.

Lo que se pretendía con este artículo era proteger a aquellas personas que estuvieran en uniones de hecho de larga duración, en las que alguno de los convivientes hubiera tenido antes un matrimonio al cual legalmente no había dado término y después había constituido otra familia.

Luego de su aprobación, en 1999 se presenta una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 246 del Código de Familia ante la Sala

Constitucional alegándose una infracción al artículo 52 de la Constitución que protege al matrimonio.

La Sala consideró inconstitucional ese artículo diciendo que el legislador tiene la potestad de ampliar o disminuir los parámetros de regulación legal del matrimonio y de la unión de hecho, pero siempre y cuando *“no establezcan situaciones irracionales de privilegio a favor de los convivientes de hecho y en detrimento de la situación de privilegio constitucional de que goza la institución matrimonial como base fundamental de la familia.”*⁷⁰

La Sala Constitucional se aferró a una idea de matrimonio como institución “sacrosanta” que merece protección per se, sin analizar las consecuencias jurídicas que podría causar dicha desprotección a las familias, constituidas por uniones de hecho irregular, las cuales también tienen derecho a la protección del Estado.

Un porcentaje importante de las relaciones de pareja estable son uniones de hecho irregulares, donde alguno de los convivientes tiene un vínculo matrimonial con otra persona a la cual quizá tenga muchos años de no ver y con quien no mantiene ningún vínculo afectivo. Sin embargo, por falta de interés, por desconocimiento, por falta de recursos económicos para promover un divorcio o por muchas otras razones, nunca rompió el vínculo matrimonial previo.

En el caso en examen, la Sala Constitucional quiso “castigar” a la persona que no rompió el vínculo previo, pero en la realidad lo que hizo fue condenar a la desprotección a la familia entera, principalmente a la mujer y a los hijos, que posiblemente hasta ignoraban la existencia de ese vínculo o que aún sabiéndolo, no le prestó ninguna importancia, porque en la realidad no

⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 3858-99 de las 16:48 horas del 25 de mayo de 1999.

había ningún vínculo evidente que uniera a su compañero a su relación anterior.

El fallo que declaró inconstitucional el artículo 246 fue aprobado por sólo un voto de diferencia. Tres de los magistrados constitucionalistas emitieron un voto salvado, pues consideraban que este artículo no era inconstitucional. Consideran que la Sala Constitucional no debe determinar si una norma es “conveniente” u “oportuna”, si es “moral” o “inmoral” o si esa norma incentiva o desincentiva el matrimonio. Consideraron que esa labor le corresponde a los legisladores, a los políticos y a los grupos sociales afectados, pero no a la Sala Constitucional.

Para ellos “...no es inconstitucional que el legislador dé un trato diferente a los efectos patrimoniales de la unión de hecho en la que uno de los convivientes no tenga libertad de estado, pero tampoco es contrario al artículo 52 constitucional que reconozca efectos patrimoniales a esa unión, siempre que no se establezca aquella clase de privilegios a favor de los convivientes y en detrimento del matrimonio, ni se afecten los derechos de los hijos ni del cónyuge...”

Basan su voto salvado, entre otras cosas, al considerar que el artículo 246 del Código de Familia no afecta el patrimonio del cónyuge, pues el artículo 41 inciso 5, ídem *“...regula claramente que no son gananciales los bienes adquiridos por los cónyuges durante la separación de hecho, por ello, tampoco aquí afectaría al cónyuge, el que parte de los bienes obtenidos por los convivientes durante el tiempo que duró esa unión, se le adjudiquen a un tercero.”*

Sin embargo, por voto de mayoría se declaró inconstitucional este artículo y en la actualidad sólo subsisten cuatro artículos en el Código de Familia que regulan la unión de hecho.

Los cuatro artículos que se mantienen vigentes son los comprendidos entre los numerales 242 al 245 del Código de Familia.

ARTICULO 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 causa.*

ARTICULO 243.- *Para los efectos indicados en el artículo anterior, cualquiera de los convivientes o sus herederos podrá solicitar al Tribunal el reconocimiento de la unión de hecho. La acción se tramitará por la vía del proceso abreviado, regulada en el Código Procesal Civil, y caducará en dos años a partir de la ruptura de la convivencia o de la muerte del causante.*

ARTICULO 244.- *El reconocimiento judicial de la unión de hecho retrotraerá sus efectos patrimoniales a la fecha en que se inició esa unión.*

ARTICULO 245.- *Después de reconocida la unión, los convivientes podrán solicitarse pensión alimenticia.*

Cuando la convivencia termine por un acto unilateral injustificado de uno de los convivientes, el otro podrá pedir para sí, una pensión alimenticia a cargo del primero, siempre que carezca de medios propios para subsistir.

Los efectos patrimoniales se reconocen al finalizar la unión por cualquier causa, con efectos retroactivos. Como se dijo anteriormente, sólo se reconoce estas uniones a las parejas formadas entre hombre y mujer, que hayan convivido por más de tres años de manera pública, notoria, única y estable.

Este Título no hace ningún reconocimiento de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, por el contrario, de manera tácita, las excluye. Durante su discusión no hubo ningún movimiento importante de los grupos gays y lésbicos que solicitaran tal protección, aunque sí hubo referencias a la existencia de estas uniones, pero de manera casual e incluso para menospreciarlas.

Sección Segunda:

Efectos jurídicos de la unión de hecho

La legislación costarricense le reconoce diversos efectos jurídicos a la unión de hecho que cumpla con los requisitos legales.

No todos esos efectos jurídicos se desprenden de la limitada regulación del Código de Familia, sino que se encuentran dispersos en varias leyes y reglamentos, como por ejemplo todo lo relacionado con la seguridad social, el acceso a la vivienda popular pensiones, entre otras.

A continuación se mencionarán algunos de los efectos patrimoniales y no patrimoniales que se le han reconocido a la unión de hecho.

A) Efectos patrimoniales y derechos sucesorios

En las relaciones estables, tanto de matrimonio como de unión de hecho, además del aspecto meramente sentimental y producto mismo de la relación de pareja, se van asumiendo una serie de responsabilidades mutuas para cubrir las necesidades que demanda la pareja; vivienda, alimentos, educación, vestimenta, entre otros. Estos rubros pueden ser cubiertos por los bienes e ingresos de uno o de ambos miembros de la pareja.

Para regular las consecuencias patrimoniales que se producen en la relación, cada ordenamiento jurídico establece las reglas de propiedad, dominio y disposición de los bienes durante la relación y al finalizar ésta.

Los efectos patrimoniales de la relación de pareja, han sido abundantemente estudiados por la doctrina pero enfocados, principalmente, en la institución del matrimonio, por lo que la ley y jurisprudencia, hacen referencia a esta institución cuando tratan de aplicar los efectos patrimoniales de la unión de hecho.

1. Efectos patrimoniales de la unión de hecho

El Artículo 242 del código de Familia, antes citado dice con respecto a los efectos patrimoniales: *“La unión de hecho (...), surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.”*

Aunque a la unión de hecho se le reconocen los mismos efectos patrimoniales del matrimonio, éstos sólo se le reconocen al finalizar la relación, no durante la existencia de la misma.

En el capítulo anterior se estudió ampliamente el régimen patrimonial de la familia entocado principalmente en el régimen matrimonial. En esta sección se retomarán algunas ideas antes expuestas pero, enfocadas en la unión de hecho, tomando en cuenta las características propias de este núcleo familiar.

En este sentido, se revisarán, brevemente, los tres elementos esenciales del régimen patrimonial de la familia aplicados a la unión de hecho, a saber: las capitulaciones matrimoniales, el régimen de gananciales y la afectación del inmueble familiar.

a) Capitulaciones vivenciales

Como se mencionó antes, las “capitulaciones matrimoniales” las realizan los cónyuges o los futuros cónyuges para regular los aspectos patrimoniales del matrimonio. En este apartado no sería propio seguir hablando de “capitulaciones matrimoniales”, dado que no se está hablando del matrimonio, sino de la unión de hecho, por lo que para efectos de esta investigación, se denominará “*capitulaciones convivenciales*” al régimen convencional por el que podrían optar los convivientes de la unión de hecho.

La dificultad se presenta por la manera como está regulada la unión de hecho en Costa Rica, la cual carece de registrabilidad durante su existencia.

Si la unión de hecho se pudiera registrar, por ejemplo, ante una autoridad administrativa, se podría regular el aspecto de capitulaciones vivenciales; dando así mayor seguridad jurídica a los miembros de esa unión, con el fin evitar el apropiamiento arbitrario del patrimonio obtenido mediante el esfuerzo común.

Como no hay prohibición expresa para realizar “capitulaciones vivenciales”, los convivientes de la unión de hecho pueden formalizar algún tipo de contrato para regular algunos aspectos patrimoniales de su relación. Lo que queda pendiente es saber si los jueces le darán el mismo valor que a las capitulaciones celebradas entre cónyuges.

b) Régimen de gananciales

En 1977, casi veinte años antes de la aprobación de la ley que regula las uniones de hecho, la Sala Primera reconoció que el esfuerzo común de dos personas que convivan juntas, aunque no estén ligadas en matrimonio,

produce derecho de repartirse por igual los gananciales logrados durante la unión.

En esa ocasión la Sala Primera dijo: "Si esa actividad hubiera sido realizada por una pareja ligada en matrimonio, el producto de ese empeño hubiera caído dentro del régimen de gananciales y hubiera tenido que repartirse por mitades, al disolverse el matrimonio. Con igual razón, a juicio de esta Sala, en el presente caso, el valor de esas mejoras debe repartirse por partes iguales, entre actora y demandado, debido a que, como ya se dijo, ellas son el producto de un afán común en que para lograrlas cada miembro de la pareja hizo sus propios sacrificios y puso sus mejores empeños."⁷¹

En 1987, El Tribunal Superior Segundo Civil, dictaminó que al igual que el matrimonio, la unión de hecho supone además de la relación afectiva entre la pareja, una relación de necesidad y deseo de cada miembro de vivir mejor cada día, lo que motiva el aumento del patrimonio, aunque la mujer haya colaborado en el esfuerzo del trabajo doméstico pero, coadyuvando al compañero en otro tipo de trabajos, por lo cual le otorgó a la actora el derecho a la mitad del inmueble obtenido entre ella y su ex conviviente.⁷²

El tema de los gananciales ha sido ampliamente desarrollado por nuestra jurisprudencia con el objetivo de proteger, por lo general, a la mujer o a la parte más vulnerable de la relación y evitar con esto el enriquecimiento ilícito y la apropiación indebida por parte de uno de los convivientes o sus familiares. La equidad, la justicia y el reconocimiento del esfuerzo mutuo son las bases en que se asienta este sistema.

Sobre el régimen de gananciales para los convivientes, en el año 2000 la Sala Segunda dijo:

⁷¹ **Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia**, sentencia No. 362 de las 8:10 hrs. Del 20 de septiembre de 1977 citada por Pérez Vargas Víctor, en *Hacia la tutela del Matrimonio de Hecho*, Editorial Cuzco, Lima, Perú, 1986, pag. 368

⁷² **Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda**, Sentencia N. 358-1987, de las 8:35 horas del 16 de junio de 1987, citado por Barboza Topping, Francine María y otras, pags. 391,392

“En nuestro sistema rige la libre disposición de los bienes, por parte de los convivientes, durante la unión de hecho; sea, cuando las circunstancias indican que la relación se desenvuelve normalmente, por lo que el vínculo no está próximo a su disolución. Si, por el contrario, la pareja se ha visto afectada por problemas que hacen imposible la convivencia y, más bien, fácilmente puede concluirse que se avecina dicha disolución, cualquier disposición de los bienes, adquiridos dentro de la unión, con el esfuerzo común de los convivientes, se toma en sospechosa; aunque no haya surgido a la vida jurídica el derecho a participar en la mitad de los bienes gananciales.”⁷³

De ese fallo se desprende que, al igual que en el matrimonio, los convivientes tienen disposición absoluta de los bienes mientras dura la relación, pero al finalizar ésta, e incluso antes, cuando ya muestra señales de ruptura, los convivientes tienen derecho a la mitad del valor neto de los bienes adquiridos durante la unión de hecho.

c) Afectación del inmueble familiar

Como ya se dijo, el objetivo de este instituto es la protección del inmueble donde habita la familia, con el fin de asegurar su permanencia y estabilidad en la casa de habitación.

Los artículos 42, 43 y 47 del Código de Familia, sobre afectación del inmueble familiar, sufrieron una modificación importante en 1990 cuando se aprobó la Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer, por medio de la cual se incluye la figura del conviviente como beneficiario de la afectación. Antes de la reforma no cabía la afectación a favor de los convivientes, sólo a favor de los cónyuges.

Esta reforma se hace cinco años antes de aprobarse la ley que regula las uniones de hecho. En ese entonces no había una ley que determinara los

⁷³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia., Res: 2000-00642 San José, a las 9:45 horas del 30 de junio del año dos mil.

requisitos de esta unión. Sin embargo, a partir de 1995 se imponen los presupuestos legales para reconocer la unión de hecho; comunidad de vida, libertad de estado, 3 años de convivencia como mínimo y convivientes de distinto sexo.

El artículo 45 del Código de Familia señala que: *“El Registro Público no inscribirá ninguna escritura de afectación en violación de lo dispuesto en este capítulo.”*, lo que excluye tácitamente la posibilidad de afectar el inmueble familiar de una unión libre que no cumpla con los requisitos legales, así como tampoco la formada por personas del mismo sexo.

2. Derechos sucesorios

El ordenamiento jurídico costarricense le da la opción al propietario para que disponga de sus bienes y para que determine, voluntariamente, quien o quienes serán sus herederos.

En caso de fallecer la persona sin haber hecho testamento, la ley dispone quiénes serán sus herederos legítimos. El artículo 572 del Código Civil da una lista taxativa de seis grados excluyentes entre sí, pero inclusivos en cada orden para determinar quiénes son los herederos legitimados a heredar.

En el primer orden están los hijos, los padres y el consorte o el conviviente en unión de hecho, con algunas salvedades referidas a la separación entre los cónyuges y en cuanto a la unión de hecho, la limita a las uniones entre hombre y mujer con aptitud legal para contraer matrimonio.

Así, el inciso primero del artículo 572 del Código Civil dice:

Artículo 572. Son herederos legítimos:

- 1) *Los Hijos, los padres y el consorte o el conviviente en unión de hecho, con las siguientes advertencias:*
 - a) *No tendrá derecho a heredar el cónyuge legalmente separado de cuerpos si él hubiere dado lugar a la separación. Tampoco podrá heredar el cónyuge separado de hecho, respecto de los bienes adquiridos por el causante durante la separación de hecho;*
 - b) *Si el cónyuge tuviere gananciales, sólo recibirá lo que a éstos falta para completar una porción igual a la que recibiría no teniéndolos;*
 - c) *En la sucesión de un hijo extramatrimonial, el padre sólo heredará cuando lo hubiere reconocido con su consentimiento, o con el de la madre y, a falta de ese consentimiento, si le hubiere suministrado alimentos durante dos años consecutivos por lo menos.*
 - ch) *El Conviviente en unión de hecho sólo tendrá derecho cuando dicha unión se haya constituido entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, y se haya mantenido una relación pública, singular y estable durante tres años, al menos, respecto de los bienes adquiridos durante dicha unión.*

El inciso ch, señala que el conviviente supérstite de la unión de hecho, tendrá derecho sólo sobre los bienes que se adquirieron durante esa unión, no sobre todo el patrimonio del causante y, por supuesto, sólo para relaciones heteroafectivas.

Los convivientes no eran considerados herederos legítimos hasta 1990. Fue con la aprobación de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, antes mencionada, que se les reconoce este derecho a los convivientes en el marco de la unión de hecho.

Este reconocimiento representa para Costa Rica un importante avance en materia sucesoria, pues antes de esa ley los convivientes estaban totalmente desprotegidos, lo que permitía que familiares, incluso no tan cercanos al causante, se apropiaran del patrimonio de éste y le negaba tal posibilidad a la pareja con quien había convivido durante un tiempo significativo y con la cual, posiblemente, había trabajado para aumentar el patrimonio del causante.

Revisando parte de la jurisprudencia de los tribunales de familia, se encuentran muchos casos de reconocimiento de la unión de hecho por parte del conviviente supérstite para poder ser considerado como heredero legítimo y, de esta manera, participar en la sucesión.

La jurisprudencia ha reiterado el derecho del conviviente supérstite a ser considerado como heredero legítimo:

“Se declara la existencia de la unión de hecho, entre la señora L. V. R. y el causante C. G. C., a partir de mil novecientos noventa y uno. En consecuencia, la accionante tiene derecho a participar en el cincuenta por ciento del valor de los bienes constatados, en el patrimonio del causante; que hayan sido adquiridos durante la unión, según la liquidación que se haga en la etapa de ejecución de esta sentencia.”⁷⁴

En muchas ocasiones, el conviviente supérstite pierde el derecho a ser considerado heredero legítimo, porque había constituido una unión de hecho, sin que él o ella o su compañero/a hubieran terminado legalmente su relación matrimonial anterior.

El Tribunal de Familia de San José, le negó todo derecho hereditario a un hombre que había convivido por un espacio de treinta años con la causante, argumentando que ambos miembros de la relación de pareja estaban inscritos en el Registro Civil como casados con otras personas, basándose en la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 246 del Código de Familia.⁷⁵

Estas situaciones se repiten constantemente y nuestro ordenamiento jurídico no da una solución justa y equitativa a los derechos sobre los bienes adquiridos en la unión de hecho, cuando uno o ambos miembros tienen

⁷⁴ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Res: 2001-00034 San José, a las 14:40 horas del 12 de enero de 2001.

⁷⁵ Tribunal de Familia de San José, Voto No. 111-02 a las 10:20 horas del 1º de febrero de 2002.

impedimento para casarse por tener un vínculo matrimonial o unión de hecho irregular.

El caso antes mencionado es un fiel reflejo de la desprotección que causa a las uniones de hecho irregulares la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 246 del Código de Familia. Situación lamentable, donde la legalidad se impone en detrimento de la justicia.

B) Otros derechos que han sido reconocidos a la unión de hecho

Los aspectos patrimoniales de la unión de hecho han sido ampliamente abordados por la jurisprudencia y la doctrina. Pero, junto con los efectos patrimoniales, la convivencia de la pareja en la unión de hecho produce otros efectos no patrimoniales, los cuales les son reconocidos como derechos, ya sea durante o al concluir la relación de pareja.

El reconocimiento de estos derechos también tiene un efecto económico, pero el principal motivo, es la protección y el aseguramiento de las condiciones sociales básicas para el adecuado desarrollo de la persona que los requiere. Entre estos derechos están: el derecho a la prestación alimentaria derivada de las relaciones familiares, el derecho a subrogación del arrendamiento, a indemnización, a todos los beneficios de la seguridad social como la filiación en el Seguro Social, pensiones, facilitación de créditos blandos para la adquisición de vivienda y el otorgamiento de viviendas por medio de programas de desarrollo social.

La lista de derechos que se derivan de la unión de hecho no es taxativa ya que hay otros derechos, quizá menos elementales, pero no por ello sin

importancia, como el derecho de filiación de la pareja en la membresía a clubes sociales y deportivos.

1. Derecho a alimentos

Respecto a la prestación alimenticia en la unión de hecho, el artículo 245 del Código de Familia dice:

Artículo 245.-

Después de reconocida la unión, los convivientes podrán solicitarse pensión alimenticia.

Cuando la convivencia termine por un acto unilateral injustificado de uno de los convivientes, el otro podrá pedir para sí, una pensión alimenticia a cargo del primero, siempre que carezca de medios propios para subsistir.

El artículo 170 ídem dice que los cónyuges pueden demandarse alimentos aún cuando no se encuentren separados. Pero para hacerlo en una unión de hecho, se requerirá, necesariamente, realizar primero un proceso abreviado de reconocimiento de dicha unión.

La obligación de alimentos tiene su fundamento en la protección a la subsistencia y calidad de vida de los miembros de la familia y tiene una correlación entre derechos y deberes. Si se le reconocen derechos al conviviente derivados de la relación de pareja, también se justifica que se establezcan responsabilidades básicas.

“Sería poco coherente atribuir al conviviente la condición de legitimario, sin al mismo tiempo imponerle la obligación de prestar alimentos, por ejemplo; obligación que sería fácilmente eludible, dada la libertad para poner fin a la unión no matrimonial en cualquier momento.”⁷⁶

⁷⁶ GAVIDIA SANCHEZ, (Julio Vicente), La Unión Libre: El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite, Op. Cit. Pag 83

2. Derecho a indemnización o responsabilidad civil extracontractual

La Constitución Política, en su artículo 41 dice:

Artículo 41.- *Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.*

Por su parte, el artículo 1045 del Código Civil dice:

Artículo 1045.- *Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.*

La convivencia crea diferentes relaciones de dependencia entre los miembros de la pareja. El fallecimiento o una lesión que impida continuar con labores productivas, produce una disminución del ingreso familiar afectando el *modus vivendi* de la familia. También el daño moral producido a un miembro de la familia, afectará su relación dentro de la familia y de ésta con la comunidad.

Sin embargo, el artículo 37 del Código Procesal Penal especifica quiénes pueden ejercer la acción civil resarcitoria

ACCION CIVIL

ARTICULO 37.- Ejercicio

La acción civil para restituir el objeto materia del hecho punible, así como la reparación de los daños y perjuicios causados, podrá ser ejercida por el damnificado, sus herederos, sus legatarios, la sucesión o por el beneficiario en el caso de pretensiones personales, contra los autores del hecho punible y partícipes en él y, en su caso, contra el civilmente responsable.

El Doctor Juan Marcos Rivero hace una crítica a este artículo, pues considera que no define quien es el damnificado como legitimario activo para hacer valer la acción civil resarcitoria en sede penal. Por damnificado se puede entender sólo a la persona sobre quien recaen los efectos directos de la acción

delictiva, víctima o sujeto pasivo del delito o damnificado en sentido estricto, excluyendo a los otros afectados; o darle al término damnificado un sentido amplio, para incluir a todas las personas que se ven perjudicadas en sus derechos e intereses legítimos por el acto delictuoso.⁷⁷

“No queda otra posibilidad de interpretación, (interpretación amplia) pues sino se dejaría por fuera a todos los sujetos que, sin ser víctimas ni sus herederos, han resultado negativamente afectados por el delito, incurriéndose con ello en una evidente denegación de justicia.”⁷⁸

Esto es esencialmente importante para las personas que conviven en uniones de hecho irregulares o en uniones libres con personas del mismo sexo, a quienes de acuerdo con la normativa actual, no se les puede considerar herederos.

3. Derecho a subrogación del arrendamiento

El artículo 85 de la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, Ley 7527 del 10 de julio de 1995, reconoce el derecho del conviviente supérstite a subrogarse el derecho de continuar con el contrato de arrendamiento, sin necesidad de trámite sucesorio.

El artículo 85 citado, en sus primeros dos párrafos dice:

Artículo 85. Muerte del arrendatario de vivienda. *En caso de muerte del titular en un arrendamiento para vivienda, las siguientes personas pueden subrogarse en el contrato, de pleno derecho, sin que precise trámite sucesorio, en el orden de relación que aquí aparecen:*

- a) *El cónyuge del arrendatario si convive con él.*
- b) *La persona que haya convivido con el arrendatario, como compañera o compañero, durante por lo menos los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento o, si tienen*

⁷⁷ RIVERO SÁNCHEZ, (Juan Marcos), Responsabilidad Civil, 1ª Edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José Costa Rica, 1999, pag. 336

⁷⁸ Ídem. Pags. 336 y 337

descendencia común, que conviva con él al ocurrir el deceso.

El objetivo de la ley es evitar que la familia, sean estos cónyuges, hijos o convivientes; queden sin vivienda tras la muerte de la persona que había firmado el contrato de arrendamiento y con quien compartían esa vivienda.

Esta ley es aprobada sólo un mes antes de aprobarse la ley que reconoce las uniones de hecho. Sin embargo, el legislador no hace referencia a la unión de hecho, ni a los convivientes en esta ley, sino que menciona al compañero o compañera; lo que da un amplio margen para interpretarla y para aplicar la situación a otros tipos de convivencia, incluida la unión de hecho irregular y la unión libre de dos personas del mismo sexo. Siempre y cuando hayan vivido por lo menos dos años antes del fallecimiento.

En el artículo 87 ídem, sobre desvinculación del hogar, el legislador dice que si el arrendatario extingue voluntariamente el contrato de arrendamiento o se desvincula de hecho del hogar, el cónyuge, si se mantiene habitando la vivienda, puede continuar como titular del arrendamiento,

En ese mismo artículo, al referirse al conviviente, ya no utiliza la frase "compañero" o "compañera", sino que se refiere a la persona que ha convivido con el arrendatario, "*como cónyuge*", durante por lo menos los dos últimos años.

El convivir "*como cónyuge*" durante dos años, puede ser interpretado de diversas maneras. Desde una posición amplia se podría entender "como pareja" y de esa manera incluir a las personas que forman uniones libres del mismo sexo y uniones de hecho irregular.

Mucho antes de la promulgación de la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, el Tribunal Superior Civil reconoció en 1979, el derecho

de la compañera de la unión de hecho a subrogarse el arrendamiento, basándose en el artículo 1155 del Código Civil, el cual dice que el arrendamiento no se resuelve con la muerte del arrendador o arrendatario. En esa oportunidad el Tribunal consideró que la compañera es la heredera de los derechos derivados en el arrendamiento.⁷⁹

4. Derecho a los beneficios de seguridad social: seguro social, pensiones y vivienda

a) Seguro Social y Pensiones

El tema de la seguridad social, es un tema muy sensible. Responde a una necesidad vital, por medio de la cual se garantiza el cumplimiento de otros derechos como el derecho a la salud, la vida, la dignidad de la persona, la igualdad, entre otros.

Los seguros sociales son indispensables para asegurar, que ante casos eventuales de enfermedad, invalidez o muerte, no sólo el trabajador, sino también su familia, puedan obtener la debida protección que les garantice continuar con el nivel de vida a que estaban acostumbrados y no queden en desamparo.

Según el artículo 177 de la Constitución Política los seguros sociales están garantizados bajo un sistema de universalización, todos los trabajadores y los patronos tienen la obligación de cotizar para el seguro social, (artículo 73 ídem) y responden a un principio de necesidad.

⁷⁹ **Tribunal Superior Civil**, sentencia No. 738 de las 8:20 del 29 de agosto de 1979, citada por Pérez Vargas Víctor, en *Hacia la tutela del Matrimonio de Hecho*, Editorial Cuzco, Lima, Perú, 1986, pag. 369

En el plano de la seguridad social es donde se reconocen los primeros efectos jurídicos a las “concubinas”. El artículo 4 de la Ley No. 1922 del 5 de agosto de 1955, “*concede derecho a la pensión vitalicia a la viuda, compañera o concubina de un combatiente muerto en acción de guerra.*”⁸⁰ Esta ley fue aprobada a raíz de los acontecimientos bélicos de 1955.

En los reglamentos de invalidez, vejez y muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social (La Caja) se ha venido contemplando la protección a la familia de hecho. El reglamento de 1971 reconocía a la concubina el derecho a pensión por muerte de su compañero. Este reglamento ha sufrido diversas modificaciones. En 1995 La Caja emite un nuevo reglamento y luego el 27 de agosto de 1998 se modifica de nuevo. El artículo 9 del actual reglamento dice:

Requisitos para acogerse a la pensión por viudez

Artículo 9°

Tiene derecho a pensión por viudez:

1. *El cónyuge del asegurado fallecido o de la causante según las siguientes condiciones:.....*
2. *La compañera o compañero económicamente dependiente del asegurado fallecido que al momento de la muerte haya convivido al menos un año con él o ella. El beneficio procederá cuando la convivencia sea continua, exclusiva, bajo el mismo techo del asegurado o asegurada del o de la causante, en condiciones de cooperación y mutuo auxilio, según calificación y comprobación de los hechos que hará la Caja.....*⁸¹

Este artículo fue modificado tres años después de aprobada la ley que reconoce la unión de hecho entre hombre y mujer. Pero recuérdese que uno de los requisitos para reconocer la unión de hecho es que los convivientes hayan estado juntos por lo menos tres años. Por eso el reglamento, al variar el plazo de la convivencia, está modificando o utilizando una figura diversa o por lo menos un concepto más amplio que el utilizado en el Código de Familia.

⁸⁰ PÉREZ VARGAS, (Victor), Op. Cit. Pag 26

⁸¹ Reformado mediante Art. 20°, de la sesión # 7252 de Junta Directiva, celebrada el 27 de agosto de 1998.

En el año 2001 la Sala Constitucional resuelve dos acciones de inconstitucionalidad contra este artículo, en ambos casos las declara sin lugar.

La primera acción de inconstitucionalidad es contra el inciso 1 del artículo 9 de este reglamento, por considerar que el requisito para que el cónyuge supérstite conviviera con el fallecido, relativizaba el vínculo matrimonial.

La Sala Constitucional en la resolución 378-2001 declaró sin lugar esta acción de inconstitucionalidad y en sus razonamientos expone motivos que se consideran importantes rescatar, por la interpretación que hace con respecto al objetivo y necesidad de la pensión. En este fallo la Sala manifestó:

“La pensión por viudez no es un efecto, en sentido estricto, del matrimonio, es decir, no es la condición de esposo o esposa del fallecido la que genera el derecho a la pensión, sino el hecho de haber convivido, o al menos dependido económicamente de aquél. El importe de la pensión pretende sustituir la ayuda que el fallecido otorgaba a las personas que de él dependían, sean o no cónyuges, de manera que no queden en una situación de indigencia.”⁸²

Se desprende del párrafo citado que la interpretación que hace la Sala Constitucional del derecho a pensión, como parte del derecho a seguridad social contenido en la Constitución, no puede circunscribirse exclusivamente en la relación matrimonial, sino que debe ampliarse a quienes dependían económicamente del fallecido “sean o no cónyuges”. Lo importante aquí no es la relación de parentesco, sino la relación de dependencia y la necesidad de no dejar en situación de indigencia a sus dependientes.

En igual sentido, el fallo 10162-2001 declara sin lugar la acción de inconstitucionalidad contra todo el artículo 9 del Reglamento de Pensión Vejez y Muerte de la Caja, que se había promovido por considerar que este artículo

⁸² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res: 2001-00378 San José, a las catorce horas con treinta y siete minutos del dieciséis de enero del dos mil uno.

daba mayor protección a las parejas formadas por uniones de hecho que a las formadas por el matrimonio.

En el Considerando del fallo la Sala Constitucional manifestó:

“Debe recordarse que la pensión por viudez no es una consecuencia directa del matrimonio, es decir, no es por la condición de ser el esposo o la esposa del fallecido la que genera el derecho a la pensión, sino el hecho de haber convivido, o al menos depender económicamente de aquél; en tanto el importe de la pensión pretende sustituir la ayuda que el fallecido otorgaba a las personas que de él dependían, sean o no cónyuges, de manera que no queden en la indigencia, a fin de que pueda percibir un ingreso que le permita hacerle frente a sus necesidades básicas. Precisamente su fundamento se origina en los principios que orientan el Derecho de la Seguridad Social, cuales son el de necesidad y solidaridad social, derecho que ha sido reconocido con anterioridad en la jurisprudencia constitucional:...”⁸³ (La negrita no es del original)

Este razonamiento de la Sala Constitucional pone de manifiesto la trascendental importancia de interpretar, de manera amplia y solidaria, todo lo referente a la seguridad social y repite el concepto que en materia de seguridad social, no es el estado civil de la persona, sino la relación de dependencia económica la que determina el derecho a la pensión por viudez.

En el mismo fallo, la Sala Constitucional hace un análisis de los ámbitos subjetivos y objetivos de la seguridad social. Sostiene que en el ámbito subjetivo este derecho abarca a todos los ciudadanos, (universalidad) con carácter de obligatoriedad, mientras que en el ámbito objetivo se rige bajo el principio de generalidad, *“en tanto protege situaciones de necesidad, no en la medida en que éstas hayan sido previstas y aseguradas con anterioridad, sino en tanto se produzcan efectivamente.”⁸⁴*

Aún más interesante, resulta el artículo 10 de este reglamento al reconocer el derecho a pensión al compañero o compañera, (que cumpla con

⁸³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 10162 – 2001

⁸⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 10162 – 2001

los requisitos de convivencia continua, permanente y bajo el mismo techo). En los casos donde el causante mantenía una relación de convivencia y al mismo tiempo tenía un cónyuge dependiente económicamente. En estos casos, la Caja reconoce el derecho por partes iguales a ambos beneficiarios. En este sentido es un importante reconocimiento a la unión de hecho irregular donde el conviviente fallecido tenía un impedimento por mantener un vínculo matrimonial previo.

Otro reglamento que regula situaciones relacionadas con personas que convivan en unión de hecho es el Reglamento del Seguro Social. Este reglamento da las bases que sustentan la seguridad social, entre los que destacan los principios de universalidad e igualdad.

El artículo 10 de este reglamento da las *definiciones terminológicas* que se utilizarán para su adecuada aplicación

Define como *asegurado* a la persona, hombre o mujer, que cumpla los requisitos sobre cotizaciones, parentesco o dependencia económica del afiliado o la condición socioeconómica familiar.

Luego define quienes son las personas que califican como asegurado familiar y también define lo que se debe entender en este reglamento por el término compañero, así:

ASEGURADO FAMILIAR:

Persona, hombre o mujer, que adquiere la condición de asegurado debido a que cumple, con respecto al asegurado directo, ciertos requisitos sobre parentesco, dependencia económica, edad y otros que establece este reglamento.

COMPAÑERO:

*Persona, hombre o mujer, que convive en unión libre, en forma estable y bajo un mismo techo **con otra de distinto sexo.** (La negrita no es del original)*

La Junta Directiva de la Caja, al definir “compañero” hace una exclusión directa a las personas del mismo sexo que conviven como pareja estable. Es quizá la forma más directa de exclusión que tiene todo el ordenamiento jurídico costarricense para estas personas y tiene un fuerte contenido excluyente y discriminatorio que quebranta el principio de igualdad.

Se trae a colación un párrafo donde la Sala Constitucional hace un análisis sobre situaciones de injusticia, por normas que hacen distinciones sin tener una base razonable. Es un párrafo contenido en el fallo antes citado, (378-2001), citando un fallo anterior de la misma sala, de la sentencia número 3268-96 de las catorce horas treinta minutos del 3 de julio de 1996, la cual dispuso:

“Para que no se lesione el principio de igualdad, es necesario que la distinción que contiene la norma sea razonable, lo que implica que tenga un contenido de justicia. Es decir, que si la distinción que establece una norma produce una situación de injusticia, tal norma no es razonable y, entonces, se quebranta el contenido del principio de igualdad recogido en el artículo 33 constitucional.”⁸⁵

Aunque el párrafo transcrito no corresponde a un análisis de la inconstitucionalidad del artículo 10 del Reglamento del Seguro Social, no cabe duda que sí podría aplicarse al mismo, pues la exclusión que hace, al definir como “compañero” sólo al hombre o la mujer que conviva en unión libre con otra de distinto sexo, está haciendo una distinción sin una base razonable, la cual produce una situación de exclusión y de injusticia y un quebrantamiento del principio de igualdad.

El concepto de razonabilidad constitucional, ha sido desarrollado en otras sentencias constitucionales, así, en la sentencia número 08858-98, de las

⁸⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución: 2001-00378 San José, a las 14: 37 horas del 16 de enero de 2001

dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, en lo que interesa señaló:

"... El principio de razonabilidad, surge del llamado "debido proceso sustantivo", es decir, que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca. Cuando de restricción a determinados derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada, por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad. Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. ... Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida..."⁸⁶

Aunque la Sala Constitucional ha reconocido la potestad reglamentaria que tiene la Caja para regular lo relativo a los seguros sociales, también debe poner un límite a tal potestad cuando en su accionar lesiona derechos fundamentales. La norma en cuestión restringe el ejercicio del derecho constitucional a la seguridad social.

Considera el investigador que, en el caso en estudio, es La Caja quien debe justificar dicha restricción. Esta restricción no puede estar basada en consideraciones prejuiciadas, requiere un razonamiento que demuestre la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad del carácter inevitable de tal exclusión.

Hasta donde los alcances de esta investigación lo han permitido, se ha visto que los gays y las lesbianas en Costa Rica, cotizan de manera obligatoria para el régimen de seguridad social. Sin embargo, de manera caprichosa y discriminatoria son excluidos de los beneficios de la seguridad social. Además, contradice los principios rectores que el mismo reglamento reconoce, el de universalidad e igualdad y pone al margen de la seguridad social a un sector de la población costarricense.

⁸⁶ Idem.

Si hay una obligación forzosa de contribución y si el sistema de seguros sociales se sienta sobre bases de universalidad, solidaridad e igualdad, los beneficios deben ser otorgados cumpliendo con los fines sociales para los que fueron creados, sin discriminación de ninguna especie.

b) Vivienda

La Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer fue aprobada por Ley 7142, del 8 de marzo de 1990. Su aprobación se dio más de cinco años antes de la aprobación de la ley que reconocía la unión de hecho. No obstante, en su artículo 7 ya reconocía efectos jurídicos a estas uniones. Esta ley no forma parte del Código de Familia, pero tiene un artículo relevante en materia de la familia constituida por unión de hecho, por este motivo se analiza en este apartado. Originalmente el artículo 7 de esta ley decía:

"Toda propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social, deberá inscribirse a nombre de ambos cónyuges, en caso de matrimonio, a nombre de la mujer en caso de unión de hecho y a nombre del beneficiado en cualquier otro caso, ya se trate de hombre o de mujer."

Sin embargo, por resolución de la Sala Constitucional el texto fue modificado por considerarlo discriminatorio contra los hombres que formaban parte de la unión de hecho (en uniones de hecho heterosexuales). La resolución anuló la frase "*a nombre de la mujer*", y propuso un nuevo texto para interpretar el artículo 7 arriba citado.⁸⁷

Con esta resolución, el primer párrafo del artículo 7 de la Ley de Promoción de Igualdad Social de la mujer fue modificado y en la actualidad dice:

⁸⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 346-94 de las 15:42 horas del 18 de enero de 1994

Artículo 7º.- *Toda propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social, deberá inscribirse a nombre de ambos cónyuges, en caso de matrimonio, en caso de unión de hecho, y a nombre del beneficiado en cualquier otro caso, ya se trate de hombre o de mujer.*

En Costa Rica, la Sala Constitucional puede interpretar la Constitución y con base en ella declarar la inconstitucionalidad de una norma, o parte de ella, pero es a la Asamblea Legislativa a quien le corresponde aprobar las leyes y sus reformas. Esta labor legislativa que realiza la Sala Constitucional ha sido constantemente cuestionada, por irrespetar la división de poderes.

El núcleo familiar requiere de una vivienda para su convivencia. Durante mucho tiempo se le negó el derecho de obtener los beneficios de los sistemas de vivienda social a los núcleos familiares basados en la convivencia de hecho, lo que dejaba en franca desventaja a los convivientes de estas uniones. Hoy día esa odiosa exclusión ha perdido terreno y tanto las parejas constituidas en matrimonio o en unión de hecho pueden optar por estos beneficios. Pero aún circunscrito a las parejas formadas por personas de diferente sexo.

En ese sentido, la Sala Primera en 1995 dijo:

“Al igual que en el matrimonio, en la familia de hecho existe, al menos, un acuerdo de las partes de convivir, lo que implica compartir y resolver las necesidades para la vida conjunta y entre ellas las más básicas como son el techo y la alimentación de los miembros del grupo....”⁸⁸

Un análisis concluyente de esta sección de efectos jurídicos de la unión de hecho, permite observar el avance en materia de derechos (y deberes) reconocidos a los convivientes de estos núcleos familiares.

La tutela jurídica a las uniones de hecho se ha venido dando desde la segunda mitad del Siglo XX, pero en la última década de ese siglo,

⁸⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 73, San José, a las catorce horas cincuenta minutos del cinco de julio de mil novecientos noventa y cinco.

principalmente con la Ley 7532, que regula estas uniones, ha ido incrementando su protección. Esta ley representó un cambio cualitativo, no sólo en el campo jurídico, sino que además sirvió de base para que la sociedad tuviera una actitud diferente, de respeto hacia estas familias.

Sin embargo, la exigua y dispersa normativa sobre las uniones de hecho, así como la declaratoria de inconstitucionalidad sobre las uniones de hecho irregulares, exigen un análisis crítico profundo que permita realizar cambios que garanticen resultados más homogéneos por parte de los tribunales, quienes no cuentan con una regulación adecuada para emitir fallos que faciliten la protección y el reconocimiento de todos los efectos jurídicos.

Como se ha visto, sus efectos no son sólo patrimoniales, sino que se extienden a otras esferas jurídicas, lo que obliga a realizar interpretaciones que mantengan bases sustentadas en los más altos principios de igualdad, no discriminación y dignidad de la persona humana.

C) Relación entre sociedad de hecho y unión de hecho

La unión de hecho tiene como fin la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.

La sociedad de hecho tiene como fin la creación de una sociedad por medio de la unión de bienes y/o trabajos con el fin de obtener un beneficio común, pero en la cual no media ningún contrato escrito.

Sin embargo, frecuentemente se presentan problemas para diferenciarlos, ocasionando, no en pocas ocasiones, una situación de incertidumbre jurídica a los miembros de la relación, sea societaria o de convivencia.

Cuando en Costa Rica no estaba regulada la unión de hecho, las parejas que convivían fuera del matrimonio debían recurrir a la vía civil para que se les reconociera los efectos patrimoniales de su relación, bajo la figura de la sociedad de hecho.

Un aspecto que la jurisprudencia y la doctrina han utilizado para diferenciar ambos institutos es la intención con que se constituye la relación. Así, si se determina que existió un “*affetio societatis*” se considerará una sociedad de hecho. Pero si el móvil de la relación fue el “*affectus maritales*” se considerará como una unión concubinaria o unión de hecho. En Costa Rica la unión de hecho está regulada en el Código de Familia a partir de agosto de 1995, artículos 242 a 245. Mientras que las sociedades de hecho están reguladas tanto en el código Civil, como en el Código de Comercio. Así:

Código Civil

Artículo 1198.- *Si se formare de hecho una sociedad sin convenio que le dé existencia legal. Cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes; salvo que se trate de sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto, a las cuales se aplicará lo dispuesto por el Código Penal.”*

Código de Comercio

Artículo 23: *A falta de escritura social, los terceros interesados podrán acreditar la existencia de la sociedad de hecho y las condiciones bajo las cuales haya funcionado, por todos los medios probatorios comunes. Igual derecho tienen los socios a efecto de comprobar el contrato entre ellos.*

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en 1990 hace una importante diferenciación entre la sociedad de hecho comercial y la civil, que en algunos casos tienden a confundirse. En este caso, la Sala dijo que la sociedad de hecho comercial está regulada por el artículo 23 del Código de Comercio y la sociedad de hecho civil regulada por el artículo 1198 del Código Civil. Consideró que las sociedades civiles son todas aquellas que

desarrollan una actividad no comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho Comercial, como las agrarias y las artesanales. La Sala Primera dijo:

“Por lo general estas sociedades (las sociedades de hecho) han funcionado entre personas con un vínculo de conocimiento, confianza y amistad muy estrecho. Son comunes entre familiares, amigos cercanos o íntimos, donde el vínculo parece eximirles de establecer formalidades, aún cuando éstas pueden ser urgidas cuando surgen problemas de cualquier naturaleza entre los socios. Si resulta común entre familiares y amigos, con mayor razón entre una pareja, ya sea unidos por un vínculo matrimonial o producto de una relación de hecho...”⁸⁹

En el caso en mención, la Sala Primera consideró que existía una unión de hecho y no una sociedad de hecho, pues no se demostró la voluntad de los convivientes de desarrollar una actividad que les diera utilidades económicas y que tampoco hubo una aportación de capital a un fondo común, necesario para el funcionamiento de la sociedad. En 1992 la Sala Primera emite otro fallo, en el cual concluye diciendo:

No “significa dicha tesis que el concubinato en sí, haga presumir la intención societaria. Esta última, según se ha visto, surge al cobijo de intereses y objetivos ajenos a la “affectus maritales”, pues son los propios de la “affectio societatis”. Aquélla refleja la intención de la pareja de convivir como marido y mujer; ésta, como se ha visto, dentro de la confianza mutua e identificación inter-partes que entraña, propende a la unión de sus bienes o de sus esfuerzos, o de ambos a la vez, en aras de obtener un beneficio común... si se dan las características propias de una sociedad de hecho dentro de un amancebamiento, la mera existencia de éste no puede erigirse (sic) en óbice para tener por configurada la primera. Ello en virtud de que el reconocimiento de la sociedad de hecho, de acuerdo con las razones jurídicas precedentes, no constituye o implica espaldarazo legal en favor del concubinato.”⁹⁰

En otra resolución, la 73-95, la Sala Primera hace un extenso análisis sobre las diferencias entre la unión de hecho y la sociedad de hecho, sobre todo basándose en la diferencia de criterios entre la primera y segunda

⁸⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 364-90 de las 14:10 horas del 26 de diciembre de 1990

⁹⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 145-92 de las 14:45 horas del 30 de octubre de 1992

instancias quienes veían la misma relación entre actora y demandado de manera diferente.

Para el Ad quo la relación entre actora y demandado constituyó una unión de hecho, que en el curso de esa unión libre se constituyó una sociedad de hecho conyugal. Fundamentó su decisión en la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer de 1990 (para ese entonces no se había hecho la reforma legal que reconocía la unión de hecho en el Código de Familia).

Por el contrario, el ad quien (Tribunal Superior de Cartago) consideró que la existencia de la relación concubinaria no era suficiente para demostrar la existencia de la sociedad de hecho. Este Tribunal argumentó:

“El tema de la sociedad de hecho debe mantenerse en su dimensión exacta, como una cuestión de socios y no de parejas por lo que resulta inútil tratar de asimilar la llamada sociedad de hecho conyugal al régimen de gananciales. En realidad, la existencia de una sociedad de hecho puede demostrarse, y se basta así sola, prescindiendo de los aditamentos afectivos de la relación conyugal, pues el concubinato en sí no hace presumir la intención societaria, ni el reconocimiento de la sociedad de hecho constituye o implica espaldarazo legal en favor del concubinato... Sin embargo, en el presente caso, no se advierte por ningún lado que entre la actora y el demandado se dieran tales características que supusieran la existencia de un vehículo más allá del mero amancebamiento.”⁹¹

La parte demandada apeló el fallo del Tribunal Superior, porque no condenó en costas a la actora, aduciendo buena fe en sus actuaciones. La Sala Primera declaró sin lugar el recurso, (por exoneración de las costas) alegando que:

“No puede ignorarse que en una familia de hecho resulta difícil hacer una escisión clara entre el affetus maritales y el affetio societatis, porque siendo la intención de las partes una cuestión subjetiva, no siempre resulta sencillo inferirla de las manifestaciones que se exteriorizan, que son a la

⁹¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 73-95 de las 14:50 horas del 5 de julio de 1995

*postre el único dato que permite identificar el nexg.*⁹²

Como se desprende de la jurisprudencia mencionada, la línea divisoria entre la sociedad de hecho y la unión de hecho es tan difícil de enmarcar. En muchas ocasiones una relación comienza como una unión libre y con el correr del tiempo ambos convivientes van aportando capital y/o trabajo para constituir una actividad económica. También podría darse a la inversa, donde un par de amigos comienzan una sociedad de hecho, bien caracterizada por sus fines y aportes de cada uno de los socios, pero que en algún momento aparte de la relación societaria va naciendo una relación de pareja que los lleva a constituir una unión de hecho, donde las actividades societarias y convivenciales se confunden.

De suma importancia es la diferenciación entre la sociedad de hecho y la unión de hecho para determinar la competencia en razón de la materia. Si es una sociedad de hecho, quienes resolverán los casos serán los juzgados y tribunales civiles, pero si se presenta como unión de hecho, quienes resolverán serán los juzgados y tribunales de familia, utilizando en cada caso los principios y normas propias de cada rama del derecho.

En dos resoluciones del 2001, la Sala Primera decidió que los casos donde coexistían situaciones de convivencia y societarias debían resolverse por la vía civil y no por la de familia. En ambos casos, los juzgados civiles se declaran incompetentes por razón de la materia para resolver los casos presentados y ordenan remitir los asuntos a los juzgados de familia, quienes inconformes elevan la consulta a la Sala Primera. La Sala Primera consideró que ambos casos debían ser resueltos por los juzgados civiles. En el fallo 557-2001 dijo que *“la pretensión se sustenta en una sociedad de hecho instituto civil y no una unión de hecho que es un instituto de familia, sus consecuencias obviamente son*

⁹² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 73-1995 de las 14:50 horas del cinco de julio de 1995

diferentes...⁹³ y en el fallo 388-2001 decidió que era civil porque la relación de convivencia de la unión de hecho se había interrumpido.⁹⁴

Aunque se den argumentos doctrinales para diferenciar ambos institutos, el límite puede ser tan difícil de determinar que serán los jueces quienes en última instancia decidirán si se está en presencia de uno u otro. Obviamente con consecuencias jurídicas muy distintas, sobre todo porque la unión de hecho, hoy regulada, aparte de los efectos patrimoniales, tiene otros efectos jurídicos como se explicó páginas atrás, mientras que si se juzga como una sociedad de hecho, se le aplicarán sólo las normas civiles, dejando de lado todo tipo de beneficios como la posibilidad de participar como heredero en la sucesión, derechos de pensión y seguridad social, entre otros.

Del análisis jurisprudencial hecho, se deduce la incongruencia de los tribunales costarricenses para resolver los casos donde se reclaman derechos patrimoniales producto de una relación de pareja donde también ha habido relación societaria.

Para las parejas heterosexuales que cumplen con los requisitos legales de la unión de hecho, pueden optar por la repartición de gananciales. Pero las parejas de hecho irregular y las parejas formadas por personas del mismo sexo tienen una situación de incertidumbre jurídica; si el ordenamiento jurídico no les reconoce consecuencias jurídicas a su relación dentro del marco de las uniones de hecho, tendrán que arriesgarse a presentar sus pretensiones en la vía civil, para demostrar que hubo una sociedad de hecho, pero como ya se vio, ambos institutos son jurídicamente diferentes y el “*simple amancebamiento*” no constituye una sociedad de hecho.

⁹³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 557-01 de las 15:40 del 27 de julio de 2001

⁹⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 388-01 de las 14:15 del 6 de junio de 2001

TÍTULO SEGUNDO:

LAS RELACIONES ESTABLES HOMOAFECTIVAS: REGULACIÓN Y LEGITIMACIÓN COMO NÚCLEOS FAMILIARES

En el primer capítulo de este título se presentarán los aspectos conceptuales y terminológicos que se aplicarán durante el desarrollo de la temática gay. Se tratarán además, los aspectos sociológicos característicos de los gays y las lesbianas, así como el tratamiento que hace la doctrina y legislación contemporáneas sobre las relaciones estables homoafectivas.

En el segundo capítulo, se hará un análisis de las leyes de Costa Rica que de alguna manera abordan el tema de la homosexualidad y de las "relaciones análogas de convivencia"; como las denomina la legislación costarricense. También se presentarán los aspectos más relevantes a nivel social y jurídico, de las relaciones estables homoafectivas en Costa Rica y la visualización que tienen los integrantes de estas parejas sobre los derechos, obligaciones y consecuencias que generan estas relaciones de pareja.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTUALIZACIONES TERMINOLÓGICAS, APORTE DOCTRINAL DE MARÍA BERNICE DIAS. REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Aunque la investigación se realiza en el campo jurídico, es necesario reconocer que el derecho no se encuentra ni opera de manera aislada, sino que es parte de un conjunto mucho más amplio y complejo denominado sociedad.

Por ese motivo, se considera importante hacer una breve reseña de los términos que se han utilizado durante las últimas décadas y de la terminología que se utilizará en esta investigación; así como algunas nociones básicas que permitan comprender el contexto histórico en el cual acontecen las relaciones de parejas homosexuales y analizar las consecuencias jurídicas que el reconocimiento legal de estas relaciones produce o puede llegar a producir.

También se presentarán los aspectos más relevantes del pensamiento y obra de la magistrada Maria Berenice Dias, quien es una personalidad destacada en el ámbito jurídico brasileño, ya que ha sentado las bases jurisprudenciales y doctrinales del Estado de Rio Grande do Sul, Brasil, las cuales pueden ser paradigmáticas de otros países latinoamericanos, incluso Costa Rica.

Además se presentará un breve resumen de las principales regulaciones en el derecho comparado sobre estas uniones, tomando como base el desarrollo legal que ha tenido en Europa y América del Norte, así como los principales proyectos que se están discutiendo en algunos países de América Latina.

Sección Primera:

Consideraciones terminológicas, conceptuales e históricas básicas.

La terminología referida a los comportamientos sexuales que se utiliza para designar a una persona o grupo de personas tiene un valor fundamental, en tanto puede servir para reforzar los estereotipos, las estigmatizaciones y el rechazo social o bien, por el contrario, para enaltecerlo. Esto es lo que se conoce como *“la carga histórico cultural del discurso”*. (Foucault)

Durante la investigación se han encontrado términos que en un determinado momento se han utilizado para designar peyorativamente a gays, lesbianas, bisexuales, travestis, transgéneros y todas aquellas personas que no siguen el comportamiento sexual *“oficial”*.

En la actualidad, esos mismos términos se están retomando como parte de la apropiación de las herramientas de exclusión y marginalización, especialmente a través del lenguaje, que se constituye en instrumento de poder y de lucha por excelencia.

Por tal motivo, esta sección se enfocará en dar algunos conceptos básicos sobre el lenguaje referido a las personas homosexuales.

A) Homosexual, gay, queer, LGBT, diversidad sexual, minorías sexuales ¿Qué implican?

1. Homosexual:

La palabra homosexual es un neologismo creado a finales del Siglo XIX, se deriva del prefijo griego “*hómos*”, que significa semejante o igual (no de la palabra latina “*hommo*” que significa hombre) y de la palabra “*sexual*” que viene del latín “*sexu*” que significa “relativo o perteneciente al sexo”. Así, el término homosexual significa “perteneciente al mismo sexo” y también se utiliza como “persona que siente atracción por las personas de su mismo sexo”.⁹⁵

Este término se ha aplicado tanto para hombres como para mujeres, en cuanto sienten atracción por personas de su mismo sexo. Sin embargo, en algunos casos las mujeres no se sienten identificadas con el término homosexual y prefieren que se utilice el término “*lesbiana*”. En este caso, el rechazo a la palabra homosexual puede estar influenciada por una incorrecta interpretación de la misma, al considerar al prefijo *homo*, como referente a hombre, cuando en realidad hace referencia a la semejanza de sexos.

De homosexual se derivan algunos términos como: homosexualismo y homosexualidad; el primero se utilizó como sinónimo de “*desvío o trastorno sexual*”, legitimado principalmente desde el discurso de la psicopatología en la psiquiatría y psicología de finales del siglo XIX. Luego empezó a utilizarse homosexualidad, para hacer énfasis a “*un modo de ser*”. De esta manera, la Clasificación Mundial de Enfermedades la definió como “*trastorno de preferencia sexual*”

⁹⁵ CAÚS BRANDAO, (Debora Vanesa), Parcerias homossexuais. Aspectos jurídicos. Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, Brasil, primera edición, 2002

En la actualidad, este término es utilizado por activistas y grupos que defienden los derechos de homosexuales, lesbianas, bisexuales, travestis, transgéneros y todas las personas identificadas dentro de lo que se ha llamado la "diversidad sexual". Incluso hay grupos y movimientos muy fuertes en Iberoamérica que se siguen nominando con la palabra homosexual, como: "La Comunidad Homosexual Argentina" (CHA), la cual ha impulsado importantes proyectos de ley en ese país, el "Movimiento de Integración y Movilización Homosexual de Chile" (MÓVIL), el "Movimiento Homosexual de Lima" (MHOL) o el Frente de Acción Homosexual Revolucionario (FAHR), en España.

En cierto sentido el término homosexual hace referencia a la práctica sexual y así marca una pauta, tanto social como interiorizada. Según este concepto, la persona homosexual puede verse reflejada en función del uso de su sexualidad, dejando de lado o por lo menos minimizando, otros aspectos igualmente vitales en la vida de todas las personas.

Las personas que se sienten atraídas por personas de distinto sexo, no utilizan con tanta frecuencia la palabra heterosexual, para definirse a sí mismos, pues ésta no marca la pauta de ellos o ellas en cuanto personas, es simplemente, una más de sus variables.

Estas son posturas que se han venido discutiendo sobre todo en las últimas décadas, sin embargo, es imposible descartar unas y quedarse con una única expresión.

2. Gay:

Gay es un anglicismo que significa literalmente, alegre, vistoso, pero que se utilizaba de manera despectiva para referirse a los homosexuales.

La etimología de la palabra gay, parece ser “*gaudium*”, vocablo francés que significa “alegre”, de ahí pasó al inglés, para ampliar su significado a “persona llena de alegría o dispuesta a ella”. “Esta denominación caería en desuso durante siglos, hasta que el movimiento homosexual contemporáneo se apropia de ella para designar al homosexual concienciado y liberado”⁹⁶

Fue durante la década de los 70, cuando los homosexuales norteamericanos empiezan a llamarse a sí mismos como gays, apropiándose de una palabra que tenía connotación despectiva, quitándole así esa carga.

Al igual que con la palabra homosexual, algunas mujeres no se sienten identificadas con la palabra gay y prefieren la distinción entre gays y lesbianas. Sin embargo, en esta investigación cuando se hable de homosexuales y gays, se incluirá tanto a hombres como a mujeres, a travestis como bisexuales.

3. *Queer*:

Queer. “raro, extraño, excéntrico”

Queer es otra palabra que se utilizó en inglés durante mucho tiempo para referirse peyorativamente a los gays. Durante la década de los 80 y 90 del siglo XX, fue retomada por activistas gays y le dieron nuevos significados; además, es más inclusiva para mujeres lesbianas que la palabra gay. Algunos traducen al español la palabra *queer* como: “maricón”.

Esta nueva corriente, *Queer* o *Teoría Queer*, pretende la apropiación del lenguaje peyorativo, como una forma más de empoderamiento, de sentir orgullo por la diferencia.

⁹⁶ MEDINA, (Graciela), op. Cit. Pag. 33. Nota: En la actualidad se puede utilizar esta expresión tanto para gays liberados como para aquellos que aún se mantienen ocultos, “en el closet”

Como toda palabra, una vez puesta en el medio social, adquiere dimensiones no necesariamente planeadas. En la actualidad *queer* se puede utilizar para reapropiarse de los objetivos originales del mismo movimiento homosexual, el cual ha sido cuestionado por caer en manos del comercio. De igual manera, critica que el movimiento ha estado en manos de un único sector social, el sector de los hombres blancos y con recursos económicos.

Se pretende con esta nomenclatura la apropiación de las bases del movimiento original que sea inclusivo de las distintas manifestaciones que pueden darse dentro de la comunidad lésbica, gay, bisexual y transgénero (LGBT), que incluya a todas las manifestaciones de este colectivo.

En la literatura actual es común encontrar la palabra *queer*, como sinónimo de gay. así, es posible que en los próximos años se sustituya la palabra gay por *queer*. (aunque de difícil pronunciación en español)

“Llamar maricones a los gays o tortilleras a las lesbianas y al colectivo plumero, puede pasar por una resignificación de términos y discurso. Butler y De Lauretis, reconocen la intención del cambio del significado de la palabra queer que aparece como una injuria y que luego se transforma en una proposición indecorosa de legitimación. Así mismo, el resignificar lo abyecto, lo injurioso puede ser una forma de empezar a desafiar el discurso que reprime y condena.”⁹⁷

La teoría *queer* también está relacionada con la participación política y otros ámbitos y, como parte del involucramiento ciudadano de gays y lesbianas en el desarrollo social de cada país. En Costa Rica la palabra *queer* todavía no es de uso habitual.

⁹⁷ **BRABOMALO MOLINA, (Patricio)**, Plumas, plumones y plumeros en el Ecuador del siglo XXI, artículo periodístico de la Fundación Causana. El artículo forma parte del documento “Desafiando mitos: experiencias del orgullo lésbico-gay 2002-2003”

4. Sodomita

El Término sodomita y sodomía, se derivan de la historia bíblica. Hacen referencia a Sodoma, una de las ciudades destruidas por Dios, donde se realizaban todo tipo de actos contrarios a la Ley Divina.

En el contexto jurídico se tomaron las palabras sodomía y sodomita como sinónimos de perversión sexual, para resaltar la idea de que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, eran bestiales, antinaturales y por lo tanto, merecían ser tipificadas como delitos.

Esta visión moralista dentro del derecho, perduró durante mucho tiempo. En las últimas décadas, la mayoría de legislaciones de occidente ha eliminado toda referencia o condena a las prácticas homosexuales entre personas con aptitud legal para tener relaciones sexuales consentidas.

5. Términos usados en Costa Rica

En Costa Rica y otros países de habla hispana se utilizó durante algún tiempo la palabra "ambiente". "Ser de ambiente", significaba ser gay u homosexual y era parte del léxico propio que permitía una comunicación entre iguales, sin necesidad de "destaparse" o reconocerse como homosexual en una sociedad estigmatizante. El término "de ambiente" ha ido cayendo en desuso y se emplean cada vez más los términos gays y lesbianas.

En la sociedad costarricense se han empleado palabras peyorativas para referirse a gays y lesbianas, entre ellas se pueden citar: "maricón", "marica", "mujercita", "raro", "del otro equipo", "playo", "tortillera", "marimacho", "loca", "invertido", "sodomita", "afeminado", "amanerado", "pájaro", "desviado", "anormal" y muchos otros términos con igual intención de discriminar a estas personas.

6. LGBT

Las siglas LGBT son frecuentemente utilizadas para referirse a todo el colectivo lésbico-gay-bisexual-trasvesti y transgénero o transgenérico. También se utiliza como “comunidad LGBT”, para reforzar la idea de colectivo.

En algunos casos puede aparecer como LGBT o como GLBT, pero no altera en nada el significado de los términos. Algunas personas agregan una doble T al final, para incluir separadamente a travestis y transgéneros.

Un fenómeno importante de destacar es que a la comunidad LGBT se han ido sumando otras personas, que sin ser de la colectividad, se han acercado a ella para apoyarla, es el caso de amigos y familiares.

Por tal motivo, la jueza brasileña María Berenice Dias, utiliza las siglas GLS, para designar a gays, lesbianas y simpatizantes. Incluso se podría utilizar otra letra, la F, para incluir a familiares, quienes en muchos casos han emprendido la lucha de los derechos de estas personas como si fueran propias o por lo menos, han estado al lado de esas luchas.

7. Diversidad sexual

El término “diversidad sexual” es utilizado para referirse a los diferentes componentes del colectivo LGBT.

Lo más destacado de esta expresión es que la sexualidad puede tener muchas formas de expresión. El hecho de que la mayoría de personas tengan determinado comportamiento sexual, no impide que se acepten y respeten otras manifestaciones; todas como parte integral de la diversidad humana.

8. Minorías sexuales

Comúnmente se utiliza la expresión “minoría sexual” o “minorías sexuales”, para referirse a la colectividad LGBT o a cada uno de los componentes de ésta.

Sin embargo, hay reacciones encontradas en cuanto al uso de este término, pues para algunos es estigmatizante y poco definido.

9. ¿Inclinación, orientación, preferencia, escogencia, opción, identidad?

Otra cuestión terminológica importante, se refiere a si la homosexualidad es una inclinación, orientación, opción, identidad, preferencia o escogencia sexual.

La idea de la escogencia sexual es cuestionada, por cuanto se habla de que los gays y las lesbianas “no escogen” su identidad sexual, nacen o se hacen, pero no escogen serlo. De igual forma se rechaza la palabra “preferencia”, porque la preferencia implica la escogencia de una situación en vez de otra, cosa que no ocurre con la homosexualidad. Ambos términos parecen aludir a un asunto de voluntad, que desde luego adquieren en este contexto una condición conciencialista y muy cognitiva.

La expresión “inclinación sexual” es rechazada por los mismos argumentos y porque tiene una connotación histórica negativa; además, de tener un carácter vago, ambiguo y poco definido. Incluso se relaciona con el concepto de “desviación”.

Sobre la palabra “opción”, también se presenta la dicotomía, por cuanto opción tiene un significado relacionado con elección y se insiste en que en la

homosexualidad no hay elección. Como opción sexual se ubica dentro de la esfera de lo extrapsíquico, pues alude a la existencia de alternativas, es más aceptado cuando se utiliza como “opción de vida”, para dar a entender que, aunque la homosexualidad no es una elección, el modo de vida que se lleva a partir de esa realidad, sí es una opción: “la tercera opción”.

En la literatura gay, en la sexología y en la psicología se utiliza con mayor frecuencia la expresión: “orientación sexual”, para ubicar la homosexualidad dentro de una forma de ser y vivir, donde cada persona se pueda sentir identificada en las distintas manifestaciones que conforman la diversidad sexual humana. Sin embargo, para algunos orientación sexual e “inclinación sexual” tienen, históricamente, una connotación negativa y por eso critican su uso.

También es frecuente la expresión: “identidad sexual”. Ésta da la idea de pertenencia, de identificación con respecto al colectivo. Se utiliza para manifestarse con orgullo, cuando se ha salido del armario (closet). Salir del closet o del armario se refiere a la acción consciente y manifiesta que realizan las personas LGBT, de “no ocultarse”, de “no simular” y por el contrario, asumir con orgullo su identidad sexual.⁹⁸

Para efectos de esta investigación se utilizarán las palabras orientación, e identidad sexual, por ser los términos más aceptados en la comunidad LGBT. También el término sexualidad se utilizará como referencia a los vínculos afectivos, más que a prácticas sexuales. Además, se utilizarán otros términos propuestos por la doctrina jurídica, como homoafectividad, con el fin de quitarle toda la carga estigmatizante que los términos tradicionales arrastran.

⁹⁸ **ARRIETA SALAS, (Carlos)**, “en psicología, *identidad sexual* alude más bien a como me siento yo: hombre o mujer desde la perspectiva de la coherencia entre sexo e identidad, no a qué me gusta o cuál es mi objeto de amor”, entrevista realizada el 14 de agosto de 2003

10. Homoerotismo y Homoafectividad

Para el investigador el término homosexual podría ser adecuado, pues en la actualidad, responde a la idea de apropiación del lenguaje que identifica y unifica el movimiento que pretende lograr reformas sociales, económicas y jurídicas de respeto y aceptación. Sin embargo, la dificultad para ponerse de acuerdo con el uso de un lenguaje inclusivo y al mismo tiempo que quite toda carga estigmatizante, exigirá la utilización, en lo posible, de un lenguaje neutro, incluso utilizando nuevos términos que se adecúen al momento histórico presente.

“Jurandir Freire Costa, con innegable autoridad, denuncia la connotación peyorativa de tales expresiones e introduce el vocablo “homoerotismo”, pretendiendo revalorizar las experiencias afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo”.⁹⁹

Con la misma intención de sustraer todo tipo de connotación peyorativa, pero yendo aún más lejos, la magistrada brasileña Maria Berenice Dias, crea un neologismo para minimizar el énfasis puesto en las prácticas sexuales. De esa manera crea la palabra homoafectividad, la cual tiene un contenido neutro en cuanto a la práctica sexual y pone énfasis en la relación de afecto de una persona por otra de su mismo sexo. Sobre la labor doctrinal y jurisprudencial de la señora Dias se ahondará en la próxima sección.

Durante el resto de la investigación se seguirá utilizando, en lo posible, la palabra homoafectividad como sinónimo de homosexualidad, relaciones estables homoafectivas como sinónimo de relaciones estables entre personas del mismo sexo y la palabra homoafectivo como sinónimo de gay o lesbiana. Sin embargo, cabe la advertencia que aún estos términos siguen siendo limitados para referirse al fenómeno.

⁹⁹ DIAS, (María Berenice), Políticamente correcto, citando a Jurandir Freire Costa.

B) Homofobia versus aceptación y respeto

Por homofobia se entiende el miedo, odio o rechazo que una persona, grupo o sociedad siente y hace patente contra las personas homoafectivas. Parte del supuesto de que la homosexualidad es contraria al “orden natural” y, por lo tanto, se justifica el rechazo. La homofobia en muchos casos se traduce en estereotipos, opiniones, acciones denigrantes hacia esta población e incluso, en denegación de servicios en materia de salud pública.

La homofobia no es un fenómeno natural, sino una connotación social de carácter relativa que varía de acuerdo con circunstancias de tiempo y lugar. Históricamente se han identificado sociedades donde la homosexualidad no es condenada, como en la Grecia antigua. También los patrones homofóbicos pueden desaparecer o perder fuerza, conforme se dé mayor reconocimiento jurídico de las parejas homoafectivas; como ocurre en la actualidad en las naciones nórdicas.

Aunque la homofobia se aplica tanto a hombres gays como a las lesbianas, también se utiliza el término “*lesbofobia*”, para identificar el rechazo específico hacia las lesbianas.

También se ha hecho evidente la existencia de lo que se ha denominado la homofobia interiorizada, que es la que asume el gay o la lesbiana contra sí mismo/a o contra personas de su mismo colectivo.

La homofobia puede ser una simple no aceptación de la condición homoafectiva o puede ir mucho más allá, hasta la agresión física y psicológica contra estas personas o puede ser evidenciada por la negativa de reconocerles los derechos civiles; convirtiendo a gays y a lesbianas en ciudadanos y ciudadanas de segunda categoría, manteniendo con esto, una situación de apartheid en contra de esta población.

“Después de la homofobia peligrosa, la más importante es la que se expresa en una falta de derechos. Aunque la homosexualidad haya dejado de ser un delito, sigue siendo una “enfermedad” y un “pecado” ante los ojos de vastos sectores de la sociedad y esto sirve como pretexto para restringir el acceso de los homosexuales a ciertas profesiones – como la enseñanza-, impedirles heredar de sus parejas, adoptar hijos, etcétera. Cuando la homofobia ya no quema a la gente en la hoguera, ni la encierra en la cárcel, ni la obliga a seguir tratamientos médicos y psiquiátricos, la sigue privando de toda clase de derechos jurídicos, laborales y fiscales y de una serie de garantías individuales y sociales que la población heterosexual da por sentados.”¹⁰⁰

Es esta tendencia homofóbica la que ha hecho que en muchos lugares se haya penalizado las relaciones homosexuales. Aunque en los últimos años ha habido todo un movimiento de despenalización que ha tenido un importante avance en occidente, incluyendo a varios países latinoamericanos, todavía la mayoría de países islámicos penalizan las prácticas homosexuales hasta con la muerte.

En algunos casos los niveles de hostigamiento social y policial hacia la comunidad LGBT, son tan elevados que pueden llegar a justificar los crímenes por parte de agentes de seguridad estatal y los crímenes perpetrados por grupos defensores de la “moralidad”, contando con el beneplácito, la complicidad o la simple indiferencia de los cuerpos policiales. (indiferencia que niega la diferencia)

Además de la homofobia institucionalizada se da la homofobia social, estimulada por discursos; en muchas ocasiones de altos funcionarios públicos, jerarcas de iglesias y otros sectores de control social que defienden una posición específica apelando a relaciones de poder.

¹⁰⁰ CASTAÑEDA, (Marino), Homofobia: El miedo a (nos)otros. Revista Muy Especial, No. 28, Editorial Televisa, México D. F., México, 2003

En algunos países de América Latina se han registrado cientos de crímenes contra las personas del colectivo LGBT. Una vasta mayoría de estos casos se quedan sin investigar y aún son menos los casos resueltos y con condenas a los instigadores, cómplices o actores de estos hechos ilícitos.

Aunque estas situaciones han sido denunciadas constantemente por las organizaciones de derechos humanos, la mayor parte de las veces las autoridades gubernamentales se han limitado a hacer los trámites burocráticos de recepción de denuncias. En muchos casos, para "justificar" estos crímenes informan que se debieron a situaciones de pandillas, a delincuencia común o producto de "crímenes pasionales", pero no han admitido que sean producto de crímenes de odio por homofobia, exaltados por las prédicas oficiales de los sectores conservadores de cada país.

Algunos datos que ilustran la situación de odio contra la comunidad LGBT son los siguientes:

La mayoría de personas deben vivir su sexualidad en la clandestinidad, no les son reconocidos sus derechos fundamentales, son perseguidos constantemente por las fuerzas del orden y seguridad nacionales, son rechazados en centros educativos y de salud, frecuentemente tienen que escuchar reprimendas y condenas de sus propios padres, maestros y guías espirituales. Estas y otras situaciones provocan una baja autoestima en estas personas, lo que produce que tengan una de las más altas tasas de suicidio en toda la región latinoamericana.¹⁰¹

Pero además deben soportar la violencia física de que son objeto en las calles de todas las ciudades. Esta violencia en muchas ocasiones termina con la vida de los gays, travestis y lesbianas. Estos crímenes de odio motivados por

¹⁰¹ STERN, (Richard), entrevista. Director de la Asociación de Derechos Humanos Agua Buena, San José, Costa Rica, 15 de julio de 2003

homofobia se han documentado en casi todos los países, incluidos Canadá, Estados Unidos y varios países europeos, pero se dan con mucho mayor fuerza en países del sur.

En América; Brasil, México y los Estados Unidos son los tres países que ocupan los primeros lugares en crímenes de odio por homofobia. En Centroamérica Honduras, Guatemala y El Salvador reportan cifras cada vez más alarmantes.

Sobre los crímenes homofóbicos en dos países de América Latina el Doctor en Antropología y activista brasileño, Luiz Mott, del Grupo Gay de Bahía, dice:

"En México, según la Comisión Ciudadana de Crímenes de Odio por Homofobia, fueron asesinados 213 homosexuales en el período 1995/2000, calculándose que el número real debe ser tres veces más alto. Para Brasil, de acuerdo con los registros del Gruó Gay da Bahía, se han documentado 1.960 asesinatos en el período 1980-2000, 69 % de gays, 29 % de travestis y 2 % de lesbianas, lo que da un promedio de un homicidio cada dos días."¹⁰²

En otras regiones, donde se mantienen las leyes que penalizan la homosexualidad, se registran un número creciente de ejecuciones, por el único delito de ser homosexual. Esto se da principalmente en países musulmanes. Amnistía Internacional denunció que en Arabia Saudí, durante el año 2002, por lo menos 44 personas fueron condenadas y tres hombres ejecutados por homosexualidad. Esta situación se repite en casi todos los países islámicos.

En los países del Caribe, principalmente las islas de Santa Lucía, Granada, Dominica y Antigua aún mantienen penas muy severas. En Santa Lucía se pena hasta con 25 años de prisión por tener relaciones sexuales con

¹⁰² MOTT, (Luiz), Homofobia en América Latina, mensaje enviado por correo electrónico, por Marcelo Ferreira, el 20 de febrero de 2002.

personas adultas del mismo sexo. En general, en toda la región caribeña hay una alta tendencia a la violencia y la discriminación contra gays y lesbianas.¹⁰³

En oposición a esta postura homofóbica, en América Latina se ha ido presenciando un cambio social, principalmente en el ámbito familiar, de aceptación y respeto por las distintas manifestaciones de la diversidad sexual. Pero sería ilusorio e ingenuo pensar que estos cambios se han dado de manera generalizada, por el contrario, todavía existen numerosas muestras de rechazo y odio contra las personas que tienen una orientación sexual diferente.

Los sectores que han ido variando su postura son, principalmente, los de base social. Entre ellos la familia de origen, que paulatinamente ha ido aceptando “al hijo gay” y a “la hija lesbiana”.

Por supuesto esta “aceptación” se da en un marco muy restringido, no siempre es toda la familia, sino algunos miembros de la misma quienes aceptan y respetan la orientación sexual de su ser querido.

En otras ocasiones hay una “aceptación condicionada”, se le acepta como gay en el seno de la familia, a cambio que no haga manifestaciones públicas que evidencien su “inclinación”. Que se comporte públicamente como heterosexual, para evitar poner en “vergüenza” a la familia.

Lo mismo puede ocurrir en otros ámbitos sociales como el trabajo, donde se puede dar cierta aceptación, siempre y cuando la persona no hable “de eso” ni haga manifestaciones evidentes a compañeros y compañeras de trabajo, es decir, una “aceptación” con la condición de que se “asexualice”.¹⁰⁴

¹⁰³ STERN, (Richard), *Esfuerzos caribeños para combatir el SIDA, frenados por la violencia y la homofobia*, artículo de la Asociación Agua Buena, www.aguabuena.org

¹⁰⁴ ARRIETA SALAS, (Carlos), entrevista realizada el 14 de agosto de 2003

Es imposible medir el cambio social con respecto a la aceptación que se ha venido dando. El “tema gay” es cada vez más común en series de televisión, novelas, noticias. Sin embargo, se mantiene en muchos casos la censura y/o la mofa sobre los comportamientos homoafectivos.

Los medios de comunicación, por lo general, hacen referencias sensacionalistas con respecto al tema gay. Se resalta la identidad sexual ante cualquier suceso, reforzando el sentido de persona “indeseable”, incluso en ocasiones al referirse a los problemas sociales que afectan a la sociedad mencionan, a drogadictos, delincuentes y homosexuales, como si se tratara de la misma cosa.

Tampoco es posible caracterizar a la parte de la población civil que ha ido aceptando la diversidad sexual como una forma más de manifestación de diversidad de la sociedad. En principio se podría considerar que la población joven es la que más ha dado muestras de tolerancia, respeto y comprensión a la diversidad, no sólo sexual, sino en otros ámbitos sociales. Sin embargo, también es posible encontrar a “abuelos y abuelas” visitando a una pareja homoafectiva, como una visita que se le haría a cualquier pareja de familiares.

En las actividades sociales de la familia, son cada vez más admitidas estas parejas. De nuevo marcando una diferencia sustancial, quienes son tratados abiertamente como pareja y a quienes se les acepta su pareja, pero socialmente son presentados como “amigos” o “compañeros”.

La situación social, política y familiar que enfrentan los gays, las lesbianas y otras personas que pertenecen a la comunidad LGBT, es caracterizada, ejemplarmente, por el licenciado Germán Rincón Perfetti, abogado colombiano quien desde hace muchos años ha defendido social y jurídicamente a las personas y parejas gays en ese país.

“La violencia que recibimos los hombres homosexuales, las mujeres lesbianas, los y las bisexuales y los y las transgeneristas, son de toda índole, las físicas por las cuales muchas personas han perdido su vida o se han suicidado, las psicológicas apoyadas en la "moral", las religiones, factores socio-culturales, y también están las sutiles, las tácitas, las invisibles, aquellas que nadie aprecia, pero que son la base amplia del iceberg, las que están profundas, arraigadas y se convierten en la gota que poco a poco vence la roca hasta partirla, las miradas, los chistes, lo "inconveniente", el "pecado", lo inadecuado, por las cuales muchos de nosotros y nosotras se hacen invisibles para no tener problemas en el hogar, el trabajo, la familia, las amistades, por las cuales no vivimos con la pareja, sino con "un primo", un "compañero de apartamento", un amigo común y silvestre.”¹⁰⁵

La situación descrita en esta cita, evidencia la homofobia arraigada en la cultura, la cual es reforzada por los estereotipos machistas que caracterizan a la sociedad latinoamericana, evidenciándose una relación estrecha entre cultura patriarcal, machismo y homofobia.

C) Historia del movimiento homosexual y del orgullo gay

Aunque ya se venían dando manifestaciones aisladas por parte de personas que se atrevían a manifestarse públicamente como gays, es hacia finales de la década de los 60 del siglo XX que comienza con fuerza el movimiento de reivindicación social de la comunidad LGBT, coincidiendo a la vez con otras expresiones sociales que se dieron en las décadas de los años 60 y 70 que cuestionaban los modelos tradicionales impuestos por la sociedad.

En junio de 1969, se dan en la ciudad de Nueva York los acontecimientos que marcan el inicio del movimiento por los derechos de gays y lesbianas.

¹⁰⁵ RINCÓN PERFETTI, (Germán Humberto) Proyecto Agenda - Comunidad (electrónica) Hispana de Gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas Bogotá - Colombia - S.A.
proyecto_agenda@gruposyahoo.com

Al igual que en muchas partes del mundo, en esa época la policía acostumbraba a llegar a los bares y lugares de encuentro gay, para intimidar, arrestar, abusar sexualmente, sobornar o propinar golpizas a las personas que se reunían en estos lugares. Eran frecuentes las redadas y la clausura del lugar.

El 27 de junio de 1969, en un barrio de la ciudad de Nueva York, la policía llegó como de costumbre, a intimidar so pretexto de hacer un control que los facultaba las leyes de licores. Los clientes fueron insultados y agredidos por la policía que los sacó del local. A raíz de ese comportamiento policial y cansados de soportar una y otra vez la misma situación, los gays deciden por primera vez enfrentar la situación:

“Ya no pudieron más, en vez de deslizarse silenciosamente en la noche, como siempre lo hicieron durante años, travestis, estudiantes, y otros clientes, se mantuvieron en su territorio y lucharon defendiéndose. Alguien sacó de raíz un parquímetro y lo usó para asegurar la puerta como barricada. Los agentes y los policías fueron atrapados adentro. Éstos, destrozaron el lugar y llamaron refuerzos. Una fuerza desproporcionada de vehículos policiales acudieron a toda carrera a la escena con las luces girando y las sirenas resonando. La multitud creció. Alguien prendió fuego y ya las protestas no pararon hasta los tres días. Por primera vez, después de innumerables años de represión, este punto de inflexión hizo nacer y crecer el “Gay Power”.¹⁰⁶

Los acontecimientos se dieron en un bar llamado “Stonewall Inn”, comenzaron la noche del 27 de junio y terminaron tres días después. Esto marcó el inicio de una transformación del modo como se veían a sí mismos los gays, lesbianas y travestis. Durante esos tres días, llegaron cientos de gays para expresar públicamente su condición; abrazándose, tomándose de la mano e incluso besándose, en un acto de desafío a las normas sociales y jurídicas imperantes en ese momento.

¹⁰⁶ MANCERA . (Manuel), La batalla civil de Stonewal,
<http://www.naciongay.com/editorial/repoitajes/5270119052.asp>

Al año siguiente ya había “manifestaciones” recordando la “Batalla de Stonewall”, en varias ciudades norteamericanas y a los pocos años estas muestras públicas se fueron repitiendo en diferentes ciudades, principalmente norteamericanas y europeas. Al cabo de algunos años se dan también en grandes ciudades latinoamericanas.

Hoy, las marchas, desfiles o conmemoraciones de “orgullo gay”, como se les ha llamado, se dan en la mayoría de países occidentales y en otras regiones, exceptuando los países de tradición islámica, donde por las condiciones actuales es imposible realizarlas.

Estas manifestaciones se dan, por lo general, la última semana de junio, conmemorando la batalla de Stonewall. Este año se cumplieron treinta y cinco años de ese acontecimiento.

Estas actividades han tenido su propia evolución. Durante las décadas 70 y 80 facilitó la visibilización de las personas gays. En las primeras marchas participaban unas cuantas docenas de manifestantes, al cabo de pocos años ya eran cientos de personas y en la actualidad son miles y en algunas ciudades se pueden contar por cientos de miles a los participantes.

En las manifestaciones actuales participan todo tipo de personas, desde los travestis luciendo sus mejores galas, gays y lesbianas de diferentes grupos y representaciones, hasta familiares, amigos y simpatizantes de los derechos de la comunidad LGBT. Incluso, es común ver a familias completas, con sus hijos pequeños participando como espectadores de tales manifestaciones, ya sea como muestra de apoyo o como forma de ir educando a los hijos en el tema del respeto por lo diferente.

En las primeras marchas y actividades, se dieron los pasos iniciales hacia la reivindicación, se apuntaba hacia la despenalización de la sodomía, o

prácticas homosexuales, luego se incluyó el tema de la tolerancia y el respeto hacia la diversidad sexual. En las últimas manifestaciones se exige el reconocimiento jurídico a los efectos de las relaciones de pareja homoafectivas. También se incluyen demandas, como las que reclaman mayores presupuestos y políticas definidas para la lucha contra el SIDA.

Algunos datos que informan de las manifestaciones de orgullo gay en el mundo, señalan que en las actividades de junio de 2003 se dieron, entre otras, las siguientes:

En Nueva York se realizó el desfile de orgullo gay con la presencia de alrededor de medio millón de personas.

En ciudades como Berlín y París, participaron más de 600 mil personas en cada una. Ambas contaron con la participación del alcalde de la ciudad, quienes se han declarado abiertamente gays.

En Madrid, la marcha tuvo una connotación muy política, con la participación de medio millón de personas y donde se reclamó a las autoridades la igualdad legal y social para toda la población. Esto en respuesta a las dificultades que se han presentado en España para legalizar las uniones de hecho y otros derechos para la comunidad LGBT.

“¡Que se avergüencen los que discriminan, no los discriminados!”, fue el slogan utilizado durante la celebración del “Orgullo Gay” en el Ciudad de México en junio de 2003, donde el movimiento gay cumple 25 años. En este año se realizó una multitudinaria manifestación que reclamaba, entre otras cosas, la aprobación de la Ley de Convivencia.

A los desfiles de orgullo gays de las grandes ciudades, asisten personalidades de todos los ámbitos sociales, incluidos los políticos, quienes, por compromiso directo con la comunidad o por congraciarse con una fuerza que cada vez está más definida políticamente y por lo tanto, representa un importante porcentaje de votos. Lo cierto del caso es que su presencia le da una mayor visibilidad y fuerza a todo el movimiento gay que lucha por el reconocimiento social y legal en cada uno de los países.

Otra característica importante en muchos de estos eventos, es el respaldo económico que el gobierno local da para su realización. Así como el respaldo moral de muchas instituciones públicas y privadas, quienes apoyan económicamente la organización del evento y además, colocan banderas multicolores en señal de respeto y apoyo a las manifestaciones.

En muchos otros países de América Latina se realizaron marchas o actividades conmemorativas de orgullo gay. En Sao Paulo, Brasil hubo una concentración de 800 mil personas.

En Costa Rica, el 29 de junio de 2003, se realizó por primera vez una actividad de orgullo gay. No fue una marcha, pero sí una concentración durante todo el día y contó con la presencia de un significativo número de participantes. Se espera que a partir de esta primera experiencia, las personas se animen a la visibilización y a la demanda de soluciones a los problemas que plantea su situación.

Sección Segunda:

El aporte doctrinal de María Berenice Dias:¹⁰⁷ paradigma de un movimiento jurídico latinoamericano

El objetivo de esta sección es dar a conocer la postura jurídico-social de la Magistrada María Berenice Dias con respecto a la homoafectividad y a las relaciones estables homoafectivas.

Su planteamiento es tan claro y enfático que utiliza como referencia los principios y valores universales de derechos humanos; por esto se consideró importante tomarlo en esta investigación como el marco filosófico y humanista que calza con los valores y principios jurídicos, morales y democráticos de la Costa Rica del siglo XXI y que puede sustentar una eventual legislación sobre el tema.

En su obra hace una crítica constructiva a todo el sistema judicial por la tendencia conservadora que mantiene, lo cual aumenta la estigmatización que sufren determinados segmentos de la población.

¹⁰⁷ **María Berenice Dias** fue la primera mujer en ingresar al Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, Brasil y es la primera magistrada en ese Estado. Actualmente es la presidenta de la 7ª Cámara Civil del Tribunal de Justicia, la cual ve la competencia en Derecho de Familia. También es la fundadora y vicepresidenta Nacional del Instituto Brasileño de Derecho de Familia.

El libro *“Unión Homosexual - El preconceito y la Justicia”*, editado por la Livraria do Advogado, Porto Alegre, Brasil, 2001, es su obra más completa sobre el tema de la homoafectividad. Ante la ausencia de documentos traducidos de esta autora, el investigador ha realizado traducciones libres, del portugués al español, tratando de respetar al máximo el sentido de su pensamiento.

También es autora de innumerables artículos sobre temas de familia, entre ellos se destacan lo que abordan los temas de relaciones homoafectivas. Para una comprensión y un estudio más a profundidad sobre su pensamiento, se remite al lector a la página web de la señora Dias:

<http://www.mariaberenicedias.com.br/site/>

Su posición, abiertamente pro gay, nace de su propia experiencia como mujer que ha debido enfrentarse a un mundo hostil, dominado por hombres.

“Por haber sentido en carne propia, al ingresar en el reducto, hasta entonces exclusivamente masculino del tribunal, la difícil situación de quien es excluido por el sólo hecho de no ser igual a los demás, acabé asumiendo la lucha por la igualdad.”¹⁰⁸

Esta experiencia, sin necesidad de tener ella una orientación homosexual, le permitió entender las dificultades que enfrentaban gays y lesbianas para que se les reconocieran sus derechos, pero ante todo, lo que más la motivó a tomar una posición pionera fue la impunidad con que el derecho vedaba la dignidad humana de estas personas, por el simple hecho de tener una orientación distinta a la mayoritaria, a la “oficial”.

“Los homosexuales son más discriminados que las mujeres. Son objeto de una exclusión muy cruel... Lo que más me impresionó fue la total ausencia de literatura (sobre los aspectos jurídicos de las relaciones homosexuales) y pude ver que los juzgados eran totalmente prejuiciosos... A ninguno se le reconocen derechos por el simple hecho de su orientación homosexual y esto fue una cosa que me chocó mucho. ¿Dónde está la dignidad de estas personas?”¹⁰⁹

Para ella, en Brasil, como en prácticamente todos los países del mundo, hay una clara intención de negar la existencia de los vínculos afectivos entre homosexuales, lo que genera un sistema de exclusión, disfrazado con argumentaciones y “razones” que en realidad nacen del prejuicio. En este contexto el legislador se inhibe de regular las situaciones que escapan a los estereotipos de moralidad aceptados en el medio social.

¹⁰⁸ DIAS, (Maria Berenice), Apelação Cível nº 70001388982, de Porto Alegre, Rio Grande do sul, 14 de marzo de 2001

¹⁰⁹ DIAS, (Maria Berenice), Los homosexuales son invisibles ante la justicia, entrevista realizada por Zenaide Arouca, para el periódico El Estado, Florianópolis-SC, los días 6 y 7 de julio de 2002, pag. 3

La negación de la existencia de tales vínculos y la omisión legislativa llevan a la invisibilidad, lo que se considera la forma más cruel de generar y fomentar la discriminación.

Por la ausencia de doctrina jurídica sobre el tema en Costa Rica, se considera de mucha importancia presentar algunos de los puntos más relevantes de la postura democrática y humanista de esta autora. El autor de esta investigación comparte plenamente esta visión jurídica por ser fiel reflejo de lo que se repite, con pequeñas variaciones, en cada uno de los países latinoamericanos.

A) El afecto; elemento definitorio de familia y los prejuicios que obstaculizan su reconocimiento.

“El afecto merece ser visto como una realidad digna de tutela”

1. Los preconceptos

María Berenice Díaz, en su obra utiliza la palabra “preconceitos”. Durante esta sección se utilizarán como prejuicios y como preconceptos, en el entendido que son posturas asumidas con base en conceptos que pudieron ser utilizados en otras épocas, pero que deben necesariamente ser adaptados a la realidad que se vive hoy.

El siguiente párrafo ilustra cómo esta autora percibe los preconceptos y la imperiosa necesidad de crear nuevos conceptos que se ajusten a la realidad actual.

“Por eso es totalmente inaceptable seguir pensando en la sexualidad con preconceptos, o sea con conceptos prefijados por el conservadurismo del pasado e ingresados para el presente y el futuro. Las relaciones sociales son dinámicas, no compactas con los prejuicios que todavía se encuentran encharcados de ideología discriminatoria, propia de un tiempo ya totalmente ultrapasado por la historia de la sociedad humana. Es necesario pensar con conceptos jurídicos actuales, que estén a la altura de los nuevos tiempos, para eso es indispensable pensar nuevos conceptos.”¹¹⁰

Los valores sobre los que se sientan los actuales conceptos de familia, están lejos de los tradicionales donde la autoridad de una persona se imponía sobre todos los miembros de la familia.

En una entrevista para el periódico Jornal Pionero, de Brasil la señora Dias, ante la pregunta ¿Cuál es la posición del juez si no hay ley?, respondió:

“El magistrado tiene que hacer justicia, no juzgamos con base en preconceptos y no podemos reproducir el modelo social de discriminación. Cuando se presenta, por ejemplo, el fin de una relación que duró años y en ese periodo se formó un patrimonio con el esfuerzo de ambos o en el momento en que uno de ellos muere, todo el patrimonio termina en las manos de aquella familia que no aceptó la opción de vida, eso para mí es inconcebible.”¹¹¹

2. El afecto como elemento definitorio de la familia

La presencia de un vínculo amoroso, basado en el afecto entre los convivientes es el único elemento necesario para reconocer la existencia de una familia, lo que conlleva a la imposición de deberes y obligaciones, derechos y prerrogativas entre quienes comparten la vida familiar.

¹¹⁰ DIAS, (María Berenice), *Libertad Sexual y los Derechos Humanos*, <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/>

¹¹¹ Jornal Pionero, 20 y 21 de mayo de 2000. pag.7, tomado de la página web: www.mariaberenicedias.com.br

“Basta el afecto para ver una familia, ningún límite hay para su reconocimiento. La presencia de cualquier otro requisito o presupuesto es innecesario para su identificación. Esta nueva concepción ha llevado cada vez más a la sociedad a convivir con todos los tipos de relaciones, aunque no correspondan al modelo conocido como “oficial”.”¹¹²

La existencia de ese vínculo amoroso, más el establecimiento de una convivencia donde haya asistencia mutua y conjunción de esfuerzos, debe ser reconocida por la ley, atribuirles consecuencias jurídicas y garantizar los derechos inherentes a las relaciones familiares.

“Si dos personas pasan a tener una vida común, cumpliendo los deberes de asistencia mutua, en un verdadero convivio estable, caracterizado por el amor y el respeto mutuos, con el objetivo de construir un hogar, incuestionablemente que tal vínculo, independientemente del sexo de sus integrantes, genera derechos y obligaciones que no pueden quedar al margen de la ley.”¹¹³

Es importante recordar que el derecho de las personas a constituir una familia también está garantizado en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La autora considera a la unión estable un género que está constituido por dos especies: la unión estable homoafectiva y la unión estable heteroafectiva (o relación heterosexual, que vendría siendo algo así como la unión de hecho reconocida en Costa Rica) y las dos merecen, a su juicio, la misma protección pues ambas son relaciones que se basan en una relación afectiva.

¹¹² DIAS, (María Berenice), Ídem.

¹¹³ DIAS, (María Berenice), Ídem.

3. Homosexualidad: causa de exclusión del concepto familia

Como resultado de la exclusión social se condena a la invisibilidad y a la clandestinidad a quien osa ser diferente. Es un mecanismo que utiliza la sociedad contra determinados segmentos sociales que le gustaría que no existieran, tal como ocurrió en su tiempo con los negros, relegados a la esclavitud y a tratos degradantes, con los indios, a quienes se les consideró por mucho tiempo incapaces y lo que todavía sucede con las mujeres a quienes todavía se les niegan derechos fundamentales.

“Me parece que hay que hacer una diferencia: negros y mujeres no son excluidos sino que se les incluye de una forma particular, mediante la opresión, lo mismo puede decirse aunque con algunas diferencias respecto de los indios. En el caso gay sí hay exclusión porque ha habido negación. Por otra parte lo gay no necesariamente resulta evidente como en el caso del sexo y del color.”¹¹⁴

Los temas relacionados con la sexualidad están saturados de mitos y tabúes. Por lo que no es de extrañar que la homosexualidad también esté condicionada por esos prejuicios e incluso considerada por muchos como una “desviación sexual” y una afrenta a las “buenas costumbres”; la falta de regulación positiva para las uniones civiles entre homosexuales comprueba ese prejuicio.

“Pero lo que considero más cruel es negar a los homosexuales el derecho de constituir una familia, lo que es otra forma de prejuicio. No podemos seguir excluyendo a millares de personas de la posibilidad de vivir conforme a su orientación sexual, con parejas del mismo sexo, pues está científicamente probado que no se trata de un desvío, ni de un vicio, ni de un crimen y no puede el Estado arrogarse del derecho de definir el tipo de relaciones afectivas que las personas deben tener.”¹¹⁵

¹¹⁴ ARRIETA SALAS, (Carlos). entrevista realizada el 14 de agosto de 2003

¹¹⁵ DIAS, (María Berenice), El Gay también es ciudadano

La forma como se mira todo lo que se sitúa fuera de los estereotipos, es lo que ocasiona que se desprecie y sea considerado "anormal", lo que no encaja en los patrones establecidos por la sociedad.

La visibilidad o "*salida del armario*", en las últimas décadas ha permitido a la sociedad conocer un poco más sobre las relaciones "no convencionales", aunque éstas no cuentan con una regulación normativa que les otorgue derechos e imponga obligaciones a los convivientes.

"Con la evolución de las costumbres y los cambios de valores, los conceptos de moral y de pudor, el tema referente a la opción sexual dejó de ser "asunto prohibido" y hoy es enfrentado abiertamente, siendo retratado en el cine, en las novelas, los medios de comunicación, como un todo."¹¹⁶

Las relaciones sexuales fueron vistas como indispensables para mantener la especie y la preservación del grupo étnico, así como también para asegurar la mano de obra que hiciera producir la tierra.

Hay abundante evidencia histórica de que las culturas antiguas aceptaban la homosexualidad, pero con el advenimiento de las religiones monoteístas comenzó su persecución.

La religión contribuyó a fortalecer la creencia que toda relación sexual debía realizarse con fines procreativos, por lo que la homosexualidad no cumplía ese requisito y por ese motivo fue condenada.

El matrimonio fue visto, únicamente, con la finalidad procreativa y la homosexualidad, como una perversión por cuanto se opone al precepto cristiano de "*creced y multiplicaos*".

¹¹⁶ DIAS, (María Berenice), Ídem.

“La Iglesia Católica considera una aberración de la naturaleza, trasgresión al orden natural, una verdadera perversión, basada en la filosofía natural de Santo Tomás de Aquino en el sentido que el sexo se destina fundamentalmente a la procreación, de ahí sería antinatural la masturbación, la homosexualidad y el sexo sin procreación.”¹¹⁷

4. “El nuevo paradigma”

En el contexto actual, no se puede seguir considerando familia sólo a la relación de un hombre y una mujer unidos en el matrimonio y con prole. Ya fue establecida en la Constitución (de Brasil) la protección a la unión estable no matrimonial, pero también hay parejas que deciden no tener descendencia o bien, tener hijos por inseminación artificial, esto hace que los conceptos utilizados tradicionalmente para definir una familia deban ser replanteados.

Si la familia estaba basada en el triple paradigma de matrimonio, sexo y reproducción, es necesario buscar un nuevo concepto de familia que se adapte a las nuevas circunstancias.

*“El surgimiento de los métodos anticonceptivos y el actual estado de la ingeniería genética permiten la práctica del sexo fuera del matrimonio y sin el objetivo de la constitución de prole. Así pasó a existir **la posibilidad del sexo sin procreación y la concepción sin sexo**. Dejó de ser el matrimonio el único reducto en que era lícita la práctica sexual y exclusivamente para fines conceptivos, alterándose el concepto de familia, que dejó de tener la diferencia de sexo, como su tónica. Se pasó a admitir el libre ejercicio de la sexualidad simplemente en busca de placer.”¹¹⁸ (la negrita no es del original)*

Si ni la prole, ni la capacidad procreativa son esenciales para que la convivencia de dos personas merezca la protección legal, no se justifica entonces la desprotección, en el derecho de familia, de la convivencia entre personas del mismo sexo.

¹¹⁷ DIAS, (María Berenice), Ídem.

¹¹⁸ DIAS, (María Berenice), Relaciones homosexuales

La familia no puede seguir siendo entendida como la patriarcal, jerarquizada, con papeles bien definidos para cada uno de sus miembros, formada por medio del matrimonio y rodeada de una familia extensa. La familia de hoy tiene otros parámetros, las relaciones son más horizontales, los papeles de sus miembros pueden ser fácilmente intercambiables y no necesita el sello oficial del matrimonio.

Aunque el modelo dominante siempre ha inspirado desconfianza por lo diferente, hacia "lo raro", el surgimiento de nuevos paradigmas obliga a cambiar esos modelos dogmáticos y casi fundamentalistas. En la actualidad el reconocimiento y el respeto por lo diferente se impone como condición para garantizar un mundo más tolerante en el que caben todas las diferencias.

B) Derecho y justicia: El juez ante las lagunas de la ley

"Es fundamental la misión de los operadores del derecho, que necesitan tomar conciencia que en ellos está delegada la función de agentes transformadores de los valores estigmatizantes que llevan a los prejuicios sociales."¹¹⁹

1. El papel del juez ante los cambios sociales

La ley queda rezagada ante los constantes cambios económicos, políticos y sociales, en particular ante los frecuentes cambios en la estructura y dinámica de los vínculos interpersonales.

¹¹⁹ DIAS, María Berenice, La discriminación en la óptica del derecho

El derecho debe tener la capacidad de generar respuestas innovadoras que respondan a esos cambios sociales. Ante la imposibilidad de sincronizar la legislación con los cambios sociales, es al juez a quien le corresponde la labor de adecuación de la norma a la realidad existente. No puede dejar de reconocer el derecho ante una situación dada, bajo el pretexto que eso no está regulado. Lo que lo obliga a buscar una solución justa, basada en todo el ordenamiento jurídico.

El rompimiento de los viejos paradigmas y el surgimiento de nuevas formas de convivencia obliga a transformar los modelos existentes, poniendo el énfasis en la libertad y en la igualdad como los pilares del derecho y reconociendo la existencia de diferencias. El juez debe tener la sensibilidad para reconocer en todo momento la necesidad de resguardar los derechos humanos en su plenitud. Ante situaciones de choque entre lo justo y lo legal, el juez no debería tener miedo de hacer prevalecer la justicia y así evitar que el Poder Judicial se convierta en un ente incompetente y sacralizador de injusticias, en virtud de una omisión sustentada en argumentos técnicos.

En ese orden de ideas, las relaciones que surgen de las uniones estables homoafectivas, generan vínculos de carácter personal y patrimonial, lo que obliga a una regulación que proteja y reconozca tales uniones. Pero mientras no surjan esos cambios de ley, es al operador del derecho a quien le corresponde ejercer la justicia y no puede excusarse de hacerlo frente a tal responsabilidad.

Es importante destacar que la labor que realizan los tribunales no se restringe solamente a impartir justicia, va mucho más allá. Cuando un juez reconoce que una situación dada merece tutela jurídica, principalmente si es una situación tradicionalmente marginada y estigmatizada, está dando la pauta para el reconocimiento social, lo que creará las condiciones favorables para un eventual reconocimiento legislativo.

Un efecto importante, que debe ser destacado, es la legitimidad social que adquieren las situaciones no reguladas por el hecho de haber recibido tutela en los tribunales. El juez le reconoce los efectos jurídicos y, en consecuencia, la sociedad empieza a respetarlas. Ese reconocimiento será una señal de que la sociedad es democrática y libre en tanto cada ciudadano tiene el derecho de vivir de manera conforme a sus propios principios, no pudiendo ser objeto de rechazo social y mucho menos de la exclusión jurídica.

*“Una sociedad que se quiere justa, libre, solidaria, fraterna y democrática, no puede vivir con crueles discriminaciones. Cuando la visión del nuevo orden y de la ciudadanía es la **inclusión de los excluidos**. Para cumplir ese lema, es fundamental la actuación de los jueces, que necesitan concientizarse que el estado de derecho no es un simple estado de legalidad. Es una verdadera justicia, no es meramente formal.”¹²⁰ (la negrita no es del original)*

La unión de dos personas del mismo sexo es una realidad que se impone y no puede ser negada y por lo tanto merece tutela jurídica. Como el Derecho raramente se anticipa a los hechos sociales, debe el juez resolver los conflictos que se le presentan, basado en los principios fundamentales recogidos en la Constitución. No puede seguir aceptándose que las convicciones subjetivas (y en muchos casos prejuiciosas) del juez le impidan ver la realidad que está frente a sus ojos y con esto negarle los efectos jurídicos a determinadas relaciones sociales.

Si la sociedad se organiza para lograr el bien común, no resulta coherente que sea el propio poder judicial el que niegue el acceso a un orden jurídico justo a determinadas personas, pues esto viola los más elementales derechos humanos.

¹²⁰ DIAS, María Berenice, La discriminación en la óptica del derecho

La existencia de las uniones estables homoafectivas es un hecho social que ningún Estado contemporáneo puede ignorar. No se trata de hechos aislados, sino por el contrario, son más comunes cada día y es obligación del Estado respetarlas y protegerlas. No debiéndose confundir las cuestiones jurídicas con las cuestiones morales y religiosas.

De ahí el papel fundamental de la doctrina y de la propia jurisprudencia. Ambas necesitan desempeñar un rol como agentes transformadores de los estancados conceptos de la sociedad. Un ejemplo claro de este papel fue la introducción del concepto moderno de unión estable, sustituyendo el término concubinato. Esa alteración de los conceptos sociales sobre las llamadas relaciones concubinarias fue inicialmente provocada por los operadores del derecho.

Por eso, en tanto no surjan disposiciones constitucionales y legales que traten específicamente la unión estable homoafectiva, es urgente aplicar lo pertinente a los vínculos familiares, sobre todo los referentes a la unión estable heterosexual, los cuales por analogía son perfectamente aplicables a las uniones estables homosexuales.

Con una visión amplia, no sería ni siquiera necesaria la reforma a la Constitución, ni la creación de nuevas leyes que reconozcan y respeten la libre orientación sexual. Lo mismo se puede afirmar acerca de las cuestiones de adopción y del tema de transexualismo.

El movimiento social de los gays, le ha dado visibilidad a la situación y a las injusticias. El derecho debe conocer y reconocer la situación donde los gays han perdido la vergüenza y han asumido su orientación sexual con valentía. Por eso mismo, la justicia debe perder el miedo a reconocer que las relaciones homoafectivas no merecen un trato diverso del que se le otorga a los demás vínculos afectivos. Estas relaciones configuran una familia y por lo tanto deben

estar cobijadas, sino en leyes nuevas, por lo menos dentro de las leyes que regulan el matrimonio y la unión estable.

2. Laguna de ley y analogía

Aún en la más eficiente labor legislativa es imposible regular todas las diferentes relaciones afectivas y las consecuencias jurídicas que de ellas se deriven. En el mejor de los casos, una vez que se conozca la necesidad de regularlas lo hará con el fin de brindar protección jurídica a esas relaciones. Mientras las reformas no lleguen, es labor del juez llenar todas las lagunas que se presentan.

Las lagunas de ley son los vacíos normativos, situaciones no previstas por el legislador a la hora de hacer las leyes, pero a las cuales el operador del derecho debe dar alguna solución. Lo que no puede hacer el juez es no juzgar. Aunque la ley sea omisa, debe hacer uso de la analogía, las costumbres y los principios generales del Derecho, buscando atender el fin social y las exigencias del bien común. Para ello los jueces deben ser creativos, encontrando soluciones que aseguren el respeto a la dignidad de la persona, basados en los principios de libertad e igualdad.

El juez no puede desconocer derechos argumentando que no existe previsión legal para juzgar un caso. Tampoco puede aplicar normas dictadas para regular otro tipo de situaciones en contextos diferentes, pues eso significaría una negación de derechos.

“La incongruencia entre el derecho vigente y la realidad existente, en la confrontación entre el conservadurismo social y el surgimiento de nuevos valores, coloca a los operadores del derecho delante de un

*verdadero dilema para atender las necesidades de implementar los derechos en forma amplia.*¹²¹

Por la orientación sexual de las partes, el juez no puede dejar de decidir, alegando falta de competencia, falta de ley o cualquier otro pretexto, como si con eso hiciera desaparecer el hecho social que motiva la controversia judicial. Aunque en principio pudiera ser atractivo y fácil evadir la solución de estas controversias, basándose en que la homosexualidad es un absurdo, una aberración, una desviación y que por lo tanto no merece la atención del derecho, esa no es una solución que se espera de los operadores del derecho, encargados de impartir justicia.

Hasta ahora las soluciones judiciales en cuanto al reconocimiento de efectos jurídicos a las relaciones estables homoafectivas, han sido diversas y polarizadas. En algunos casos, (la mayoría) se niega todo tipo de reconocimiento judicial a estas uniones, mientras, por otro lado, hay soluciones judiciales basadas en la legislación referente al matrimonio.

La justicia de Rio Grande do Sul ha sido considerada la más avanzada de todo Brasil, no sólo en el reconocimiento de efectos jurídicos de las relaciones estables homoafectivas, sino también en otros aspectos de familia.

La 7ª Cámara Civil del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, presidida por Maria Berenice Dias, el 14 de Marzo de 2001 reconoció, por primera vez en la historia jurídica de Brasil, que los vínculos homoafectivos podían constituir familia. Para este caso, la justicia utilizó analógicamente la legislación que regula las uniones extramatrimoniales (heterosexuales). El fallo determinó la división igualitaria del acervo patrimonial acumulado durante el período de convivencia.

¹²¹ DIAS, María Berenice, Amor versus preconceito

Con este voto, la justicia se quitó la venda de los ojos y contempló esas relaciones como vínculos afectivos, contribuyendo con esto a desmitificar y a atenuar la aversión de la sociedad hacia estas relaciones. Esta función transformadora que cumple el Poder Judicial, permite el establecimiento de pautas que irán modelando a la propia sociedad, hacia el camino de vencer la intolerancia hacia lo diferente.

3. El valor de la justicia

Las relaciones amorosas entre personas del mismo sexo, deben interesar a la ciencia jurídica, no sólo por las consecuencias patrimoniales y providenciales que de ellas se derivan, sino también por la relación con el pilar fundamental que sustenta al Derecho: la justicia. Y asociar la idea de justicia de la ley con la de sociedad civil y la de ciudadanía, como ideal democrático que sentencia la no exclusión, defendiendo la convivencia entre y con las diferentes razas, clases, religiones, formas de pensamiento y orientaciones sexuales, aunque se alejen de lo "normal".

Una de las consecuencias de la omisión legal y jurisprudencial es la legitimación del enriquecimiento ilícito e injustificado para unas personas, mientras que para las otras significa desprotección e irrespeto a su condición humana.

Todas las diferentes manifestaciones de la expresión de la sexualidad deben ser apreciadas con valores propios. Estos valores pueden estar conformados por la moral y la religión, por las costumbres y tradiciones, pero ante todo deben estar conformados por el derecho y la justicia.

La omisión de la ley tiene un precio muy alto: alimenta la discriminación. El prejuicio termina sirviendo como fundamento para legitimar los actos de

violencia de grupos homofóbicos, lo que incluye crímenes de odio por homofobia. Ante esta omisión y ante los actos de violencia acaba ocurriendo una verdadera inversión de valores.

Ninguna forma de convivencia puede ser ignorada por la justicia, con el pretexto que afecta, eso que el convencionalismo ha llamado “comportamiento normal”.

“En cuanto la ley no acompañe la evolución de los usos y costumbres, los cambios de mentalidad, la evolución del concepto de moralidad, nadie, mucho menos quienes aplican el derecho, pueden en nombre de una postura prejuiciosa y discriminatoria, cerrar los ojos a esa nueva realidad y ser fuentes de grandes injusticias.”¹²²

Los parámetros sociales, culturales y jurídicos sobre moralidad han cambiando y además varían de una sociedad a otra. Lo que hasta hace unas décadas era penalizado o sancionado socialmente, hoy podría ser aceptado, por lo menos por algún sector de la sociedad. Aunque constantemente se habla de pérdida de valores morales, en muchas ocasiones es una transformación y una adaptación a los modelos de vida imperantes en determinado momento histórico.

En ese sentido, es indispensable reconocer que los vínculos homoafectivos son mucho más que meras relaciones homosexuales. Configuran una categoría social que no puede seguir siendo discriminada o marginalizada por los prejuicios. Por el contrario debe ser tutelada por el ordenamiento jurídico, fundada en conceptos científicos del derecho. Si el derecho no lo hace, podría estar fallando como ciencia y lo que es aún peor, en su función social: la administración de justicia.

¹²² DIAS, María Berenice, Unión homosexual- aspectos sociales y jurídicos

C) Exclusión social y derechos humanos

Nadie puede ser discriminado en razón de su identidad sexual, sin que se hieran los derechos humanos fundamentales y la propia Constitución.

1. Respeto a la dignidad de la persona humana como marco básico

El derecho a la libertad sexual, el respeto a las diferentes opciones de vida y el reconocimiento a la existencia de la homoafectividad, obedecen al canon constitucional de respeto a la dignidad del ser humano.

La sexualidad debe verse como un elemento integrante de la propia naturaleza humana, tanto a nivel individual como genérico. Sin la libertad sexual, sin el derecho al libre ejercicio de la sexualidad, sin la libre opción sexual, la persona y en su conjunto el género humano, no se realiza como tal quedando marginada, del mismo modo que cuando le falta cualquier otra de las llamadas libertades o derechos fundamentales.

Se presenta un serio problema de violación a los derechos humanos, cuando se comprueba que los tres Poderes se conjugan para denegar el ejercicio de un derecho. El Legislativo le niega la ciudadanía, al no reconocerlos en la ley, el Ejecutivo se resiste a implementar políticas públicas y el Judicial, escudado en el silencio de la ley, acaba situando lo negado al margen del derecho, por miedo de hacer justicia.

Los derechos sexuales son derechos elementales que necesitan ser asegurados, para lograrlo los homosexuales no deben tener vergüenza de revelar su identidad sexual, ni de denunciar las violaciones a sus derechos, pues buscar derechos es clamar por la justicia.

El respeto por la diversidad es el mínimo ético que se debe exigir a quien vive en un estado democrático, libre y regido por una Constitución, que consagra el principio mayor al respeto por la dignidad de la persona humana, sobre la base de los principios de igualdad y libertad. Las posturas contraria, discriminatorias y prejuiciadas humillan los derechos humanos y el ejercicio de la ciudadanía.

*“En el campo de las relaciones afectivas, es indispensable asegurar a todos el derecho de ser feliz, independientemente de su orientación sexual, pues, al final, la felicidad es el gran sueño del ser humano y la razón misma de su existencia”.*¹²³

Se vive en un mundo que está muy atento, luego de experiencias nefastas, al reconocimiento de los más altos valores humanos como guía. El respeto a los mismos garantiza la coexistencia y la convivencia armónicas de los ciudadanos. La violación de los derechos humanos merece la denuncia y puede ser objeto de severas sanciones por parte de los organismos internacionales.

En el proceso actual, el ser humano ha ido ganando el reconocimiento de derechos y garantías. Sin embargo, es necesario que el Estado Democrático de Derecho esté dotado de mecanismos ágiles y eficaces para preservar el cuidado de estos derechos

2. Las distintas generaciones de derechos humanos y su relación con el libre ejercicio de la sexualidad

“El uso de la expresión “declaración” evidencia que los derechos enunciados no son creados o instituidos, sino solamente “declarados”, pues son derechos preexistentes que derivan de la propia naturaleza

¹²³ DÍAZ, (María Berenice), Familias homoafectivas

*humana. Por eso son derechos naturales, abstractos y universales”.*¹²⁴

Al visualizarse los derechos humanos en forma desdoblada en generaciones, se puede ver que la sexualidad es un derecho que se enmarca en las tres generaciones que se explican a continuación.

a) Derechos Humanos de primera generación

Los Derechos Humanos de primera generación, también llamados Derechos Fundamentales o Derechos Individuales están relacionados directamente con el ejercicio de la libertad individual y con el trato igualitario. Por lo tanto, el derecho a la libertad sexual, independientemente de la orientación sexual, se puede enmarcar dentro de este grupo, cuyas principales características son su inalienabilidad y su imprescriptibilidad.

*La libertad sexual: “Se trata de una libertad individual, un derecho del individuo, que, como todos los derechos de primera generación, es inalienable e imprescriptible. Es un derecho natural, que acompaña al ser humano desde su nacimiento y corresponde, pues, a su propia naturaleza.”*¹²⁵

Estos derechos tienen como tónica la preservación de la libertad individual y la búsqueda de una postura no intervencionista. Esto impone una obligación de no hacer al Estado. Esta libertad sólo puede ser restringida por la ley, pero sólo en función estricta del cumplimiento del interés común.

b) Derechos Humanos de segunda generación

Los Derechos Humanos de segunda generación están enfocados a las relaciones sociales en las que la desigualdad se acentúa por un factor

¹²⁴ DIAS, (Maria Berenice), La discriminación sobre la óptica del derecho

¹²⁵ DIA 3, (Maria Berenice), INSS...

económico, físico o de cualquier otra naturaleza y lo que buscan es promover la igualdad entre las partes o categorías sociales desiguales, Sin embargo, también se le vincula con el derecho a la igualdad. La persona sigue siendo sujeto de derechos fundamentales, pero no como individualidad abstracta y absoluta, sino como integrante de una categoría social en concreto. Estos derechos garantizan una prestación a determinados individuos con el fin de promover la igualdad social, por lo que imponen un deber hacer al Estado.

Estos derechos hacen referencia a los derechos económicos, sociales y culturales, en donde el derecho a la igualdad se debe traducir en igualdad de oportunidades, acciones y resultados, protegiendo y favoreciendo jurídicamente a los hiposuficientes en relaciones sociales específicas.

La hiposuficiencia es entendida como la ausencia de normas que regulen y protejan ciertas situaciones en que las personas se ven desfavorecidas en el medio social, económico y jurídico.

La orientación sexual da origen a una categoría social específica. En el caso de los homosexuales el criterio no es necesariamente el económico, pues aunque tengan suficiencia económica, les son negados otros derechos y por lo tanto son social y jurídicamente hiposuficientes.

c) Derechos Humanos de tercera generación

Reconocidos después de las atrocidades en que incurrió el ser humano durante la Segunda Guerra Mundial, por lo que se requería de derechos que garantizaran *“no al individuo contra el individuo, sino a la humanidad contra la propia humanidad”*. Por ese motivo, los Derechos Humanos se internacionalizaron, con el fin de reconstruir los paradigmas éticos y restaurar el respeto por la dignidad de la persona humana.

Después de esos acontecimientos y para evitar el exterminio de la humanidad o la degradación de las condiciones básicas, se reclama y proclama la solidaridad de todos los individuos y categorías de la sociedad humana.¹²⁶

A su vez estos derechos están enmarcados dentro de los derechos colectivos y difusos, lo que permite plasmar el derecho a la solidaridad, según el cual todas las personas que tengan algún interés se legitiman para defenderlos y para reclamar su respeto.

Es un derecho de solidaridad, sin cuya implementación la condición humana no alcanza su plenitud.

Los derechos de tercera generación, al enmarcarse dentro de los derechos que resguardan la dignidad de la persona de manera solidaria, también posibilitan la exigencia del respeto al libre ejercicio de la sexualidad, como derecho de todo ser humano.

“Estos derechos de la tercera generación son los derechos humanos en la máxima expresión del término y no se puede ignorar que incluyen la libertad fundamental de todo ser humano en lo que respecta a su orientación sexual, que integra la esfera de la privacidad y que no admite restricciones.”¹²⁷

A pesar del reconocimiento de los Derechos Humanos, en su amplia concepción, en muchos casos todavía no han sido implementados. Tanto el Estado como sus instituciones y la sociedad en general deben luchar por su puesta en práctica. Estos derechos garantizan la existencia misma de la humanidad, por lo tanto deben ser entendidos como patrimonio de la humanidad.

¹²⁶ DIAS, (Maria Berenice), La discriminación sobre la óptica del derecho

¹²⁷ DIAS, (Maria Berenice), Uniones homoafectivas, una realidad que Brasil insiste en no ver

El respeto por los derechos universales, en muchas ocasiones choca contra los prejuicios moralistas y dogmáticos que imponen patrones de comportamiento restrictivo, con un perfil claramente conservador, lo cual trae como consecuencia la permanencia de valores estigmatizantes que dificultan la consecución de fines más elevados, que buscan devolver la dignidad a todos los ciudadanos y ciudadanas.

La sexualidad debe entenderse y aceptarse como un elemento integral de la propia naturaleza humana. Si no existe el derecho al libre ejercicio de la sexualidad y si no se reconoce la diversidad sexual, el ser humano no se realiza como persona, sino que se atrofia, del mismo modo que se atrofia cuando le falta cualquier otra libertad o derecho fundamental.

Ha llegado la hora de que el Estado Democrático, que pregona el respeto a la dignidad humana, deje de negarle justicia a tantos ciudadanos que tienen derecho individual a la libertad, derecho social a la protección positiva del Estado y sobre todo, el derecho humano a la felicidad.

D) Las uniones estables homoafectivas no son sociedades de hecho

“no se permite más el fariseísmo de desconocer la existencia de uniones entre personas del mismo sexo y la producción de efectos jurídicos derivados de estas relaciones homoafectivas.”¹²⁸

1. Requisitos y reconocimiento

Los requisitos que se le imponen a las uniones estables homoafectivas son los mismos que deben tener las parejas heteroafectivas, excepto en el sexo de los convivientes. Se requiere vida en común, cohabitación, lazos afectivos, división de trabajo. Esto hace necesario otorgar a las relaciones con idénticas características, los mismo derechos.

Si dos personas tienen una vida en común, cumpliendo deberes de asistencia mutua, en una verdadera convivencia caracterizada por el amor y el respeto mutuo y si además esta convivencia es pública, (en su ambiente), continua y duradera, establecida con el objetivo de constituir una familia, no es la identidad meramente biológica de sexo de los miembros la que deba impedir que se les otorgue derechos y se les imponga obligaciones. No hay razón para negarles tal protección, tampoco se debería decir tan fácilmente que estas relaciones contrarían la moral y las buenas costumbres.

La negativa de reconocer legalmente estas relaciones como entidad familiar, hace que en caso de muerte de uno de los convivientes, que el

¹²⁸ TEIXEIRA GEORGIS, (José Carlos), juez, relator de la 7ª Cámara Civil del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, Brail, al decidir sobre una disputa en materia de sucesiones de una pareja homoafectiva., citado por Roaldo Arruda. en el artículo El Poder Judicial amplía derechos de homosexuales, aparecido en el periódico El Estado de Sao Paulo, pag. A8, del 9 de abril de 2001

patrimonio forjado de manera conjunta durante la vida de convivencia vaya a parar a manos de algún pariente que posiblemente repudió la orientación sexual del fallecido. Pero además, le impedirá al conviviente superviviente gozar de otros derechos que le son otorgados a la pareja de la relación heteroafectiva como el derecho a pensión, a mantenerse en la vivienda, a los beneficios sociales, entre otros.

Además, durante la duración de la relación, ambos convivientes no podrán disfrutar de beneficios que la sociedad y el Estado le reconocen a las parejas tuteladas por el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, es común que se argumente que haciendo un testamento se solucionan los problemas que causa la no regulación de las parejas estables homoafectivas. Sin embargo, esta figura legal es muy apropiada para quienes se sienten cómodos usándola, pero por lo general hay una enorme reticencia a hacer testamento porque es como "llamar la muerte" y la justicia no puede castigar con la exclusión a quien no tuvo la previsión de hacer un testamento y en este caso, a quien debería ser el heredero testamentario. Además se debe tomar en cuenta que el testamento puede ser variado durante la vida de la persona, por lo que no garantiza, de ninguna manera, el reconocimiento de los mismos derechos adquiridos por el matrimonio.

Hasta ahora y reconociendo ciertos avances en materia jurisprudencial, la falta de una regulación y de visión amplia de los juzgadores sobre las uniones homoafectivas, ha hecho que el reconocimiento otorgado sea muy restringido, concediendo pocos beneficios y en un espacio muy limitado.

En términos generales, han habido algunas decisiones que reconocen la dependencia de las parejas del mismo sexo, asegurándoles la inclusión en planos preventivos y asistenciales.

Por eso, es de resaltar la acción emprendida por el Ministerio Público Federal de Brasil, de eficacia *erga omnes*, para que se le reconocieran los derechos de seguridad social a los compañeros homosexuales que formaban parte de una unión estable homoafectiva en calidad de dependientes, garantizando, por ejemplo, el derecho de auxilio-reclusión (pensión recibida por prisión del compañero) y el derecho de la pensión por muerte.

Esta medida provisora, fue recurrida en varias instancias y fue confirmada. Lo que llevó al Instituto Nacional del Seguro Social de Brasil a editar la Instrucción Normativa nº 25/2000, *que establece, por medio de decisión judicial, procedimientos que deben ser adoptados para la concesión de beneficios sociales al compañero o compañera homosexual.*¹²⁹

A pesar del carácter administrativo de tal regla, es la primera norma que contempla las uniones homosexuales. Se considera el primer paso para que se reconozca a nivel judicial estas relaciones.

También se ha presentado una solicitud de reforma al Código Civil, que regula las uniones estables para que "hombre y mujer" sea cambiado y redactado de tal manera que dos personas, independientemente de su sexo, que tengan una economía común y una vivencia que no se contraponga a la moral ni a las buenas costumbres se le apliquen las normas sobre la unión estable. Con esta reforma se estaría incluyendo, sin mencionarlas explícitamente, a las uniones estables homoafectivas, porque no se puede decir a la ligera que dos personas del mismo sexo que vivan juntas ofenden la moral y las buenas costumbres.¹³⁰

Si es aprobada la reforma a la normativa de las uniones estables contenidas en el Código Civil, ello posibilitaría la formulación de contratos

¹²⁹ DIAS, (Maria Berenice), *Uniones homoafectivas, una realidad que Brasil insiste en no ver*

¹³⁰ Moral y buenas costumbres son dos conceptos jurídicos indeterminados que varían según circunstancias de tiempo, lugar, formación, experiencias, valores, entre otros.

convivenciales en donde se pactarían los deberes, impedimentos, obligaciones y disposiciones de carácter patrimonial y permitiría el reconocimiento de los derechos de propiedad, sucesión, usufructo, beneficios asistenciales, posibilidad de declaración del impuesto de la renta, entre otros.

La limitación que se encuentra en Brasil es que la Constitución Federal reconoce solamente el matrimonio y la unión estable entre un hombre y una mujer, limitando con esto todo el avance en el reconocimiento de las parejas estables homoafectivas. Pero, si la norma constitucional contraría un principio constitucional, de hecho configura un conflicto y por lo tanto la norma debe declararse inconstitucional.

2. Sociedades de afecto, no sociedades de hecho

Independientemente de cuáles sean los derechos reclamados en juicio: sucesorios, división de bienes, derecho a seguridad social, pensiones, o cualquier otra pretensión, casi la totalidad de los juzgados al resolver, no miran la relación como una entidad familiar. Como máximo ven la presencia de una sociedad de hecho, confinándola al Derecho Obligacional, impidiendo con esto la extracción de efectos jurídicos propios del Derecho de Familia.

La pretensión más común en los juzgados civiles, es la solicitud de partición del patrimonio acumulado durante el período de vida en común. Si se juzga dentro del derecho de familia se aplicarían las normas relacionadas a los gananciales, pero si no se visualiza como unión estable, se le aplicarían las previsiones de la sociedad de hecho.

*“De la forma más cómoda, el Poder Judicial busca subterfugios en el campo del Derecho Obligacional, **considerando una sociedad de hecho lo que tan sólo es una sociedad de afecto**. La exclusión de tales relaciones de la órbita del Derecho de Familia acaba impidiendo la concesión de los derechos que emanan de las relaciones familiares,*

*tales como derechos a la partición, a la herencia, al usufructo, a la vivienda, a alimentos, a beneficios de carácter social, entre otros.*¹³¹ (la negrita no es del original)

Las uniones de personas del mismo sexo, merecen ser amparadas por el Derecho de Familia y no relegadas al campo de las obligaciones, pues no se trata de sociedades de hecho, sino sociedades de afecto.

Este escenario crea situaciones muy complejas. En primer lugar, está la necesidad de probar el derecho. En una sociedad de hecho se debe probar cuál fue el aporte económico o de trabajo de cada socio para la adquisición de los bienes, con el fin de establecer su partición proporcional.

Aún en el mejor de los casos, aunque se reconozca una sociedad de hecho y se dividan los bienes de manera proporcional, esta solución dista mucho de ser justa. Pues la relación de pareja tiene un móvil diferente en el aporte de cada conviviente y es imposible determinar cuánto aportó cada persona. Además se le da valor sólo a los aportes pecuniarios, dejando por fuera otros aspectos como la dedicación mutua o las actividades domésticas, cuando son desempeñadas por uno de los miembros.

Históricamente, fueron los jueces quienes ante la falta de una regulación específica sobre las relaciones estables heterosexuales, comenzaron a darle visibilidad y juridicidad. Para evitar que una de las personas fuera, injustamente, despojada de sus bienes y que la otra tuviera un enriquecimiento sin causa; empezaron a utilizar la analogía de las relaciones extramatrimoniales con la figura de la sociedad de hecho, reconociéndolas como negocio jurídico e insertándolas en el campo del derecho de las obligaciones. Luego, poco a poco, fueron siendo aceptadas como constitutivas de familia y aplicándoles, por lo tanto, los principios del Derecho de Familia.

¹³¹ DÍAS, María Berenice, Uniones homoafectivas: una realidad que Brasil insiste en no ver

Para resolver los problemas jurídicos a consecuencia de la existencia de las uniones homoafectivas, el juez no puede dejar de resolver y debe usar, entre otras fuentes, la analogía. Pero no puede hacer una analogía de las uniones cuya causa sea el afecto, con otras cuya causa sean los negocios.

“...La justicia necesita ver que las relaciones homoafectivas no merecen un trato diverso al que se le otorga a los demás vínculos afectivos, pues configuran una familia y, por eso, están al abrigo de las leyes que regulan el matrimonio y la unión estable. No se trata de una sociedad de hecho, sino de una sociedad de afecto, vinculada por el Derecho de Familia y no relegada al derecho de las obligaciones, que es extraño a los derechos y deberes que tienen la afectividad como origen, tales como el derecho a alimentos, derecho sucesorio, pensión, etc.”¹³²

La mejor solución para evitar esta confusión, es determinar la naturaleza jurídica de la relación, si es obligacional o afectiva. Si la causa que dio origen a la relación fue la combinación de esfuerzos o recursos para lograr fines comunes, se puede perfectamente tratar como una sociedad de hecho y hacer la partición proporcional de bienes. Pero si la causa de origen fue el afecto y el deseo de compartir la vida en común, debe, necesariamente, juzgarse bajo los principios del derecho de familia, utilizando para ello la analogía con las normas que regulan las relaciones basadas en el afecto, o sea, con el matrimonio y las uniones estables heteroafectivas.

a) Problemas de competencia

El que las uniones estables homoafectivas fueran vistas, simplemente, como sociedades de hecho y no relaciones de familia, hacía que las demandas relacionadas con estas uniones fueran vistas en los juzgados civiles; les aplicarían la ley civil correspondiente y no se enviarían a los juzgados de familia para su resolución.

¹³² DIAS, (Maria Berenice), La homosexualidad, la ley y los avances

“Una decisión pionera de la Justicia de Rio Grande do Sul, de Junio de 1999, fijó la competencia de los Juzgados de Familia para juzgar la acción derivada de la relación homosexual (Al nº 599.0750496), dando el primer paso para otorgarle a la unión homoafectiva el status de familia.”¹³³

A partir de esta resolución, por lo menos en este Estado, todas las acciones legales de las parejas del mismo sexo se transfirieron de los juzgados civiles a los juzgados de familia y le fue conferida a las Cámaras de Familia del Tribunal de Justicia, la competencia para revisar los recursos de alzada. Este es el único Estado de Brasil que tiene salas especializadas con competencias definidas por materias. Se considera que la justicia de este Estado es la que más avances, en el Derecho de Familia, viene realizando; incluyendo las cuestiones relacionadas con las uniones estables homoafectivas.

A pesar de que ahora se ven los casos en los juzgados de familia, se observa que todavía hay una fuerte resistencia a aplicarles el derecho de familia, por ejemplo no se les reconocen derechos alimenticios a estas parejas.

El fallo del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, del 13 de Abril de 2000, ante un caso donde se solicitaba la fijación de alimentos provisorios por parte de una mujer que había convivido con su compañera por ocho años, fue rechazado por este tribunal.

El tribunal, por mayoría, consideró que la relación homosexual no está amparada por las leyes que regulan las relaciones extramatrimoniales y que, de modo expreso, prevén la obligación alimentaria, pues estas leyes sólo reconocen como entidad familiar y por tanto, merecedora de la protección del Estado, la unión estable entre un hombre y una mujer, según el inciso 3 del artículo 226 del Código Civil de Brasil.

¹³³ DIAS, María Benice, Uniones homoafectivas: una realidad que Brasil insiste en no ver

Esta situación también genera una paradoja, pues los jueces de familia, acaban aplicando las normas del derecho obligacional, para lo cual no tienen competencia.

b) En el derecho sucesorio

Las personas que formaron una unión estable homosexual, frecuentemente, van a la justicia a reclamar sus derechos durante los procesos sucesorios, cuando uno de los integrantes ya falleció.

Al no ser reconocida jurídicamente como unión estable, el conviviente supérstite ni siquiera puede entrar al proceso invocando derechos sucesorios en su calidad de heredero legítimo, para que se le asigne todo el patrimonio de su pareja fallecida, (en los casos donde no hay otros herederos con igual derecho). Lo más que puede hacer en estos procesos es solicitar la partición de bienes adquiridos durante el período de convivencia (entendiéndose como constitutivo de una sociedad de hecho), aún en el caso donde no existan herederos legales y la otra parte de la herencia quede como herencia vacante y vaya a las manos del Estado.

Aunque el conviviente supérstite se apersona al proceso, pretendiendo derechos no hereditarios, sino de partición de bienes de la "sociedad de hecho" que constituyó con el *de cuius*, la tendencia jurisprudencial es rechazar esta pretensión por falta de pruebas que indiquen, sin lugar a dudas, que entre ambos convivientes constituyeron tal sociedad y sistemáticamente, también se rechaza la posibilidad que entre al proceso sucesorio como heredero por no tener vocación hereditaria.

Con este doble rechazo, el conviviente supérstite se queda sin el reconocimiento de los derechos sobre los bienes de su pareja, que por lo general, se le otorgan a algún familiar, incluso lejano, que no tenía ninguna

relación con el *de cuius*. Incluso ante situaciones de herencia vacante, todo el acervo de la persona va a manos del Estado, en perjuicio de quien debería ser reconocido como titular de los derechos hereditarios, generando con esto una situación de evidente injusticia.

3. Temas de adopción

Aunque en esta investigación de tesis no se trabajará el tema de la adopción y crianza de hijos por parte de las personas que conforman una unión estable homosexual, sí es importante incluir algunas reflexiones sobre este respecto.

Nadie puede desconocer la realidad que niños y adolescentes son criados en hogares homoafectivos. Los niños y niñas llegan a estos hogares por diferentes razones, son hijos biológicos de algún miembro de la pareja, por inseminación artificial, porque “recogieron” el niño de alguien que no lo quería o podía tener, entre otros motivos.

La adopción, como en el caso de Costa Rica, puede darse a una persona aunque esté soltera. Pero, por lo general, deberá esconder su orientación homosexual para que se le otorgue la tutela del menor y la posterior declaración de adopción.

En los casos donde sólo uno de los miembros de la pareja es el padre o la madre adoptivo, se le asegura con esto al menor el derecho a alimentos y beneficios sociales o sucesorios, pero sólo en relación con el adoptante, no así con el otro miembro de la pareja. Aunque el niño crezca reconociendo a ambas personas como sus madres o padres, en caso de separación de la pareja o la muerte de uno de ellos, el niño no tendrá asegurados estos derechos con respecto a quien consideraba como su verdadero padre o madre.

Esto es absolutamente contrario a los intereses de las personas menores, pues acaba por sustraerlo, jurídicamente, de la posibilidad de disfrutar de derechos que posee de hecho.

*"Existiendo la convivencia familiar, negar el vínculo jurídico acarrea, en vez de beneficios, perjuicios. Lo mismo teniendo dos padres o dos madres. Negar dicha situación sólo sirve para impedir el otorgamiento de derechos sucesorios y beneficios sociales o, en caso de separación, la prestación de alimentos y la regulación de visitas."*¹³⁴

La enorme reticencia que hay para otorgar el derecho de adopción sea individualmente o a la pareja homoafectiva, radica en las preocupaciones relativas al sano desarrollo del niño. Se cuestiona si la falta de referencias de relaciones donde estén ambos padres de distinto sexo afectará la propia identidad de género del niño, con el riesgo que se "convierta en homosexual". También está presente la preocupación de que el niño sea objeto de rechazo y burla por parte de sus compañeros de escuela y vecinos, lo que podría ocasionarle perturbaciones de orden psicológico.

Los estudios realizados en otros países, donde la crianza de niños por parte de parejas homoafectivas es cada día más frecuente, han demostrado que estos temores sociales no se cumplen, pues el niño o la niña tienen un desarrollo psicológico y afectivo igual que el de niños y niñas criados por parejas heteroafectivas y mucho más alto que el de niños que viven con parejas disfuncionales o con serios problemas de convivencia. También se ha demostrado que esta convivencia no ocasionará ninguna confusión en la identidad de género del menor.¹³⁵

¹³⁴ DIAS, (Maria Berenice), Amor versus preconceito

¹³⁵ Melvin, Levis, Fred e Wolkmar, Aspectos clínicos del desenvolvimiento de la infancia y de la adolescencia, Artes Médicas, 3 edición, Porto Alegre, Brasil, 1993. Este estudio concluye diciendo que "la crianza en hogares formados por lesbianas no lleva, por sí sólo, a un desarrollo social atípico o constituye un factor de riesgo psiquiátrico.", citado por Días, Maria Berenice, Unión Homosexual, el Preconceito y la Justicia, op. Cit. Pag. 116.

En Brasil, al igual que en todos los países de América Latina, hay millones de niños y niñas que viven con sólo uno de sus padres. Sea porque sus madres están solteras, sea por razones de divorcio, porque alguno de ellos murió o por otros motivos. Además, en Latinoamérica hay miles de niños que viven en hogares, muchas veces constituidos por matrimonios donde son física y psicológicamente maltratados por sus progenitores. Así como millones de niños que viven sin ningún padre, la menor parte en hogares para niños huérfanos; pero en la mayoría de casos, son niños que tienen por único hogar la calle, por alimento las drogas y por afecto la indiferencia de la sociedad.

En conclusión, el sistema jurídico debe responder a las necesidades actuales, sin los prejuicios que impidan adecuar la normativa al momento histórico de su aplicación; logrando con esto, devolverle la dignidad, no sólo a las personas, sino también al propio sistema judicial. Los problemas evidenciados por falta de regulación normativa son muchos y muy variados. Sólo con una verdadera voluntad de las distintas autoridades políticas y judiciales se logrará dar las pautas para encontrarles solución.

Sección tercera:

Ordenamientos jurídicos que reconocen las uniones estables homoafectivas y proyectos de ley en América Latina

Notas introductorias

En esta sección se mostrará el reconocimiento legal que han tenido las uniones estables homoafectivas en varios países de Europa y América.

En cada legislación se utilizan diferentes términos para referirse a estas uniones. Sin embargo, se utilizará la expresión “unión estable homoafectiva” para unificar el análisis.

También es necesario reconocer que la estructura política de algunos estados, principalmente los que tienen sistemas federales, hace compleja la interpretación, pues son modelos de gobierno que tienen una legislatura federal, que abarca a todo el país y otras legislaturas a nivel estatal o provincial y luego otra a nivel de cada ciudad. Cada una de estas legislaturas tiene competencias materiales y territoriales bien definidas lo que les permite legislar sobre algunos temas y les imposibilita legislar sobre otros.

En otros ordenamientos jurídicos no ha habido reconocimiento legal a estas uniones, pero si una despenalización de la “sodomía” y una equiparación de las edades para las relaciones sexuales consentidas; tanto para las relaciones entre personas de distinto sexo, como para las relaciones entre personas del mismo sexo.

En los próximos apartados se hará una mención de las leyes más relevantes de los últimos años que reconocen, todos o algunos, efectos jurídicos a las parejas homoafectivas en diferentes países; ya sea reconociendo el derecho al matrimonio o bien, el derecho a la unión estable homoafectiva, cualquiera que sea su denominación.

A. Europa ¹³⁶

Europa es el continente que más reconocimientos ha hecho. En algunos países ya se han realizado equiparaciones entre el matrimonio heterosexual y el matrimonio homosexual.

“La familia es quizás uno de los terrenos donde hoy es más evidente el impacto de las transformaciones sociales de este fin de siglo en los países industrializados. Envejecimiento demográfico, baja fecundidad, pocos matrimonios, altas tasas de divorcio, hijos compartidos de diversas uniones, familias monoparentales, adopciones, procreación médicamente asistida y progresos en el reconocimiento de los derechos de los homosexuales son algunos de los cambios que desafían al tejido institucional tradicional.”¹³⁷

1. Suecia

En 1987 Suecia aprobó una “ley de cohabitación extramatrimonial” y poco tiempo después otra “ley de cohabitación extramatrimonial para las parejas formadas por personas del mismo sexo”, que remite a la primera en

¹³⁶ Una parte importante de la información contenida en este capítulo sobre la situación mundial del reconocimiento a las uniones de hecho gays ha sido tomada de la información suministrada por vía electrónica, del libro de Graciela Medina, Uniones de hecho homosexuales, y de muchas otras fuentes, principalmente noticias electrónicas proporcionadas por diferentes organizaciones y periódicos de la comunidad LGBT. Como es un tema en constante evolución, se debe advertir que la mayoría de la información utilizada corresponde a lo actualizado en año 2002 y el primer semestre del año 2003. http://noticias.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/70.

¹³⁷ SRI, servicio de noticias suizo, nota periodística: Suiza prepara fórmula matrimonial para homosexuales. <http://mp3.swissinfo.org/es/inside/print/2000/eshoy112000.html>

cuanto a los efectos jurídicos, especialmente a los relacionados con la vivienda y los enseres domésticos.

En 1994 se aprueba la "Ley de Registro de las Parejas de Hecho". (entró en vigencia el 1º de enero de 1995). Esta ley establece que las uniones estables homoafectivas y heteroafectivas tienen los mismos efectos jurídicos que el matrimonio, pero excluye dos aspectos a las parejas homoafectivas; la adopción y el acceso a técnicas de fecundación asistida. Sin embargo, en junio de 2001 se aprobó una reforma de ley que les reconoce el derecho de adopción a estas parejas.

En Suecia el registro de parejas no es obligatorio, es optativo, pero las parejas que se registran tienen asegurados mayores derechos que las parejas que no lo hacen. A las parejas que se registran se les aplica el régimen del matrimonio, las que no se registran no generan obligación alimentaria, ni derecho a herencia.

2. Dinamarca

En junio de 1989 se crea la "Ley de Registro de Parejas", la cual equipara los derechos de ambos tipos de parejas y les aplica todos los efectos jurídicos del matrimonio, excepto los relativos a adopción y curatela.

En mayo de 1999 se aprobó un cambio en esta ley, con lo cual se permite a las parejas registradas el derecho de adopción de los hijos del otro miembro, excepto en el caso en que hubieran sido adoptados en un primer momento en un país extranjero.

3. Noruega

La legislación de Noruega de 1993 es muy similar a la danesa, en cuanto permite el registro de parejas del mismo sexo, a las cuales se les atribuyen las mismas consecuencias jurídicas del matrimonio. También limita la posibilidad de adopción.

4. Islandia

Desde 1996 se les reconocen los mismos derechos matrimoniales a las parejas estables homoafectivas. Ellas tienen derecho de adoptar a los hijos biológicos de cualquiera de los miembros de la pareja. La "Ley de Matrimonio" sólo se aplica a los habitantes de este país o cuando uno de los integrantes de la pareja tenga la ciudadanía islandesa. Este ordenamiento jurídico también cuenta con medidas antidiscriminatorias por razones de orientación sexual.¹³⁸

5. Holanda

Holanda aprobó en 1998 el "*registered partnership*" o ley de parejas registradas, a la cual podían acceder tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales y el 1° de abril de 2001 se aprobó la ley que permitía el matrimonio de personas del mismo sexo.

En la actualidad, cuenta con una legislación que reconoce tanto en el matrimonio como en la unión estable, así como la equiparación de consecuencias y derechos para las parejas homoafectivas y heteroafectivas.

¹³⁸ Página electrónica Nación Gay: <http://www.naciongay.com/editorial/reportajes/12802203643.asp>

Este es el primer país que reconoce el matrimonio con idénticos derechos y consecuencias a ambos tipos de pareja, las cuales pueden optar entre casarse o la unión estable y en esta última modalidad pueden optar por registrarla o no registrarla. Incluso los extranjeros, luego de un período de residencia en este país, pueden optar por el matrimonio.

6. Bélgica ¹³⁹

En Bélgica fue aprobado por el Senado el matrimonio homoafectivo el 27 de noviembre de 2002, luego por la Cámara de Representantes el 30 de enero de 2003, entró en vigencia a partir del 1º de junio de este año.

Es el segundo país en reconocer idénticos derechos a los matrimonios homo y heteroafectivos, pero tiene una limitante con su similar holandesa, no reconoce el derecho de filiación y adopción.

La ley lo que hace es modificar el Código Civil incorporándole una cláusula que dice "pueden contraer matrimonio dos personas de sexos diferentes o del mismo".

Otra limitación que se presenta es que bajo esta ley los extranjeros podrán casarse en Bélgica sólo si el matrimonio homoafectivo está permitido también en su país de origen, (en este momento sólo se le aplicaría a los holandeses que deseen casarse en Bélgica.)

¹³⁹ WOCKNER NEWS SERVICE, Noticias Internacionales, # 449 Diciembre 02, 2002. #458 Febrero 03, 2003 y #468 Abril 14, 2003

7. Inglaterra ¹⁴⁰

Inglaterra no cuenta con una ley que reconozca las uniones estables homoafectivas, aunque ya se está discutiendo la presentación de un proyecto que en los próximos meses podría ir a la Cámara de los Comunes. No es para reconocer el derecho al matrimonio sino para crear un registro nacional donde las parejas homoafectivas puedan registrarse. Abarca los temas de herencia, pensiones, arrendamiento, impuestos, propiedad y migración.

El 4 y 5 de noviembre de 2002, fue aprobada una ley que reconoce el derecho de las personas solteras y de las parejas homoafectivas de adoptar niños.

Las ciudades inglesas de Manchester y Londres, han implementado un sistema de registro de parejas estables homoafectivas, pero sus consecuencias son limitadas a la jurisdicción de cada ciudad.

En Inglaterra se prohibió el uso de la palabra "homosexual" por considerarla discriminatoria. En vez de ella se debe usar "persona con orientación sexual hacia alguien de su mismo sexo" o bien, la palabra "gay".

8. Francia

El 15 de noviembre de 1999, Francia aprobó una legislación sui géneris llamada "Pacto Civil de Solidaridad", conocida comúnmente con las siglas **PACS**. El PACS es un tipo de contrato entre convivientes y en esta misma ley se reconoce el concubinato para parejas estables tanto homoafectivas como heteroafectivas. Se convierte de esta manera en el primer país con tradición

¹⁴⁰ WOCKNER NEWS SERVICE, Noticias Internacionales, # 417 Abril 22, 2002, # 446 - 11 Noviembre 2002 , # 451 Diciembre 16, 2002

católica en reconocer los derechos de las uniones estables homoafectivas. Esta ley está incorporada a su Código Civil, Libro Primero, Título XII, denominado del Pacto Civil de Solidaridad y del Concubinato. El artículo 1 de esta ley dice:

Art. 551-1 Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores, de diferente o igual sexo, para organizar su vida en común.

La novedad con esta ley, es que a este pacto pueden recurrir tanto las parejas homoafectivas como las heteroafectivas, pero también incluye otros tipos de convivencia como lo serían dos amigos o amigas que convivan sin mantener por esto una relación homoafectiva, pero no se permite entre descendientes, ascendientes, entre afines en línea directa y entre colaterales hasta el tercer grado.

Además en su artículo 515-8 amplía el concepto de concubinato, al definirlo así:

“El concubinato es una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas de diferente o del mismo sexo, que viven en pareja.”

Aunque la incorporación del PACS y del concubinato se regulan en el mismo título es necesario aclarar que ambos institutos son diferentes. El PACS es básicamente un contrato, mientras que el concubinato es una situación de hecho, por lo tanto tienen algunas diferencias en sus efectos jurídicos.

“Quienes celebran un pacto de solidaridad se obligan mutuamente a prestarse asistencia y al mismo tiempo se obligan solidariamente frente a terceros por las deudas comunes, mientras que quienes viven en concubinato no asumen esta obligación. Teniendo en cuenta las diferentes obligaciones que adquieren quienes celebran un PACS que quienes viven simplemente en concubinato el legislador les concede a

*los primeros ventajas impositivas, que no le son otorgadas a los segundos, en la seguridad social y en las leyes migratorias*¹⁴¹

También cabe destacar que el PACS no genera ninguna relación de parentesco entre los convivientes, por ese motivo los contratantes no son herederos legitimarios, aunque por supuesto sí pueden ser herederos testamentarios.

9. España ¹⁴²

España tampoco cuenta con una legislación nacional de reconocimiento a las uniones estables homoafectivas. Pero cada región es autónoma para dictarse sus propias leyes en materia de familia. (pero no respecto al matrimonio) Esto ha permitido que en España, muchas provincias y regiones hayan dictado leyes que legalizan las uniones estables homoafectivas.

En este país las reformas a la legislación relativas a las formas del matrimonio son de competencia exclusiva del Estado Español y no de las comunidades autónomas.

En cuanto al reconocimiento de uniones estables homoafectivas, tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo se han opuesto a su regulación. Sin embargo, tras una sentencia del Tribunal Constitucional de diciembre de 1992 que declaró inconstitucional la norma que impedía al conviviente *more uxorio* subrogarse en el arrendamiento tras el fallecimiento del arrendatario, dio como resultado que se aprobara una nueva "Ley de Arrendamientos Urbanos" con la cual no sólo se permite al conviviente supérstite la facultad de subrogarse al contrato de arrendamiento sino que también equiparó a los convivientes

¹⁴¹ MEDINA, (Graciela), Jurisprudencia y legislación extranjera, publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario N 22, ed. Rubinza y Culzoni Argentina 2000, p. 450 y sig.

¹⁴² Tomado de WOCKNER NEWS SERVICE, Noticias Internacionales, #461 Febrero 24, 2003 y 472 del 12 de mayo de 2003

homoafectivos con los heteroafectivos para que pudieran continuar con el arrendamiento.¹⁴³

Concretamente, el artículo 16 dice: *“en caso de muerte del arrendatario podrán subrogarse en el contrato [...]”*

b) La persona que hubiere venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento...”¹⁴⁴

La negativa de los Poderes Nacionales de reconocer las relaciones estables homoafectivas ha ido creando una situación que algunos llaman el “cerco autonómico”, esto es, que muchas regiones autónomas de España han ido aprobando leyes hasta obligar al estado central a que regule una ley nacional.

La competencia legislativa de las regiones es mucho más limitada que la competencia nacional, por eso a pesar de las leyes aprobadas, todavía quedan varios derechos sin reconocimiento. Las Leyes de las regiones autónomas no incluyen nada relacionado con la seguridad social, la pensión por viudez, ni la legislación laboral.

Algunas leyes que se han aprobado en las regiones autónomas de España:

Cataluña; en julio de 1998 el Parlamento de Cataluña aprobó la “Ley sobre uniones estables de pareja de Cataluña” Esta es la primera ley de uniones de hecho que incluye a parejas homoafectivas en España.

Interesantemente esta ley reconoce tanto la unión estable homoafectiva como la heteroafectiva, pero ambas relaciones las regula de manera separada.

¹⁴³ MEDINA, (Graciela) Uniones de Hecho Homosexuales, Op. Cit. pag. 147

¹⁴⁴ MEDINA, (Graciela) Uniones de Hecho Homosexuales, Op. Cit. pag. 147

Le dedica el primer capítulo a la unión estable heterosexual y el segundo capítulo a la unión estable homosexual. Prácticamente se les reconocen los mismos derechos y obligaciones con algunas excepciones. Sin embargo, a las parejas homoafectivas se les veda el derecho de adopción. También dan un trato diferenciado en materia de sucesiones a favor de las parejas homoafectivas.¹⁴⁵

Las diferencias más importantes se dan "...en lo relativo a la adopción, derecho que le es permitido a los heterosexuales y denegado a los homosexuales y en lo relativo a los derechos sucesorios ya que el compañero homosexual tiene el derecho a recibir 1/4 de la herencia del compañero fallecido, en caso que muera sin dejar testamento, derecho que no se otorga a las parejas de distinto sexo. Esta diferencia la explican los legisladores debido a que las parejas heterosexuales tienen la posibilidad de casarse, mientras que las parejas homosexuales no pueden contraer matrimonio."¹⁴⁶

Aragón aprobó la ley de uniones estables el 12 de marzo de 1999, en la cual se incluyen las parejas homo y heteroafectivas en el mismo cuerpo legal, mientras que **Navarra** lo hizo el 22 de junio de 2000. En esta ley de Navarra se establece la obligación de prestación alimentaria entre los convivientes.

El País Vasco aprobó una ley para uniones estables homo y heteroafectivas. Luego, el 7 de mayo de 2003 la reformó reconociéndoles todos los derechos matrimoniales (no el matrimonio, sino los efectos que se derivan de él), lo que incluye el derecho a la adopción, los impuestos y la atención médica.¹⁴⁷

Valencia aprobó el 6 de abril de 2001 la ley que regula las uniones de hecho, incluyendo a las uniones estables homoafectivas, basado en el principio de no discriminación por razones de sexo de la Constitución Española y en la

¹⁴⁵ **Información facilitada por: Fundación Triángulo,**
<http://www.geocities.com/cnoteprivates/LEYPAREJAS.htm>

¹⁴⁶ **MEDINA, (Graciela)**, Publicado en " Revista de Derecho Privado y Comunitario" N 20, Ed. Rubinzal y Culzoni, 1999,p.441 y siguientes

¹⁴⁷ **WOCKNER NEWS SERVICE,** Noticias Internacionales, #472 Mayo 12, 2003

Resolución del 8 de febrero de 1994 del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea, que reitera *"la convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato idéntico con independencia de su orientación sexual"* y en la Resolución del 19 de mayo de 1994 de las Cortes Valencianas que recogía el mismo espíritu, por la que éstas asumen la necesidad de regular *"las uniones de hecho"*.¹⁴⁸

Extremadura aprobó la ley de parejas de hecho que incluye a las uniones homocafectivas el 9 de abril de 2003

Otras regiones y provincias donde se han presentado proyectos de ley o donde se han creado registros de pareja a nivel provincial o regional son: Madrid, Andalucía, Asturias, Castilla, entre otras.

El 20 de febrero de 2003, el Congreso Español votó en contra de cinco propuestas que pretendían la regulación y equiparación de derechos propios del matrimonio a estas parejas por lo que el "cerco autonómico", seguirá siendo la estrategia legal a la que acudan las parejas homoafectivas para obtener reconocimiento legal.

10. Alemania¹⁴⁹

En diciembre del 2000, el Parlamento Alemán aprobó la ley que reconoce los mismos derechos a las parejas estables homoafectivas, equiparándolas con las parejas heteroafectivas. En el 2001 Sajonia y Baviera, dos Estados de la Federación Alemana, interpusieron un recurso de

¹⁴⁸ Información obtenida de la página web:

<http://www.cristianshomosexuales.org/arxiu/documents/ley.htm>

¹⁴⁹ Información obtenida de boletín electrónico NotieSe, del Julio 20 de 2001. coordinador Antonio Medina E-mail: notiese@letraese.org.mx. suplemento Letra S en: <http://www.letraese.org.mx>

inconstitucionalidad contra dicha ley con el argumento de que esta normativa atenta contra la protección constitucional del matrimonio. En julio del 2001, el Tribunal Constitucional Alemán, al resolver ese recurso rechazó la solicitud de suspender la ley que permitirá el reconocimiento a la unión estable homoafectiva, ("matrimonio civil" o "matrimonio homosexual" como lo mencionaron las noticias sobre el tema). Con esta resolución, la ley entró en vigencia el 1º de agosto de 2001.

Esta ley concede a las parejas homoafectivas los mismos "privilegios" otorgados a las parejas heteroafectivas. Los gays deben acudir a las oficinas del Registro Civil e inscribir sus relaciones de convivencia como "uniones estables", con lo cual se les garantizan todos los derechos, entre ellos el derecho de herencia para el conviviente superstite. En este país, no se reconocen los derechos de adopción para estas parejas.

11. Unión Europea ¹⁵⁰

El Parlamento Europeo, órgano legislativo de la Unión Europea que reúne a 15 naciones de este continente, ha dado pasos importantes para estimular el reconocimiento de las parejas homoafectivas entre sus integrantes.

El 17 de enero de 2003, exhortó a los 15 países a reconocer todos los derechos conyugales a las uniones estables sean estas homoafectivas o heteroafectivas, aunque no prosperó dentro del Parlamento otra moción que instaba a los países a permitir el matrimonio entre personas homoafectivas. La noción aprobada se trata de una enmienda no vinculante a un informe de

¹⁵⁰ WOCKNER NEWS SERVICE, Noticias Internacionales, # 385 del 10 de septiembre de 2001, 407 del 11 de febrero de 2002, #408 Febrero 18, 2002, #427 Julio 1, 2002, #430 Julio 22, 2002, #455 Enero 13, 2003, #456, Enero 20, 2003, y #460 Febrero 17, 2003, citando palabras de Kurt Krickler, copresidente de ILGA Europa. #470 Abril 28, 2003, #476 Junio 09, 2003

derechos humanos, pero es un paso en el tema del derecho comunitario europeo en relación con este tema.

El 11 de febrero de 2003, de nuevo, el Parlamento Europeo aprobó una directriz que favorece a las parejas homoafectivas en el derecho de libre residencia y circulación a través de los 15 países que conforman la Unión Europea. Esta propuesta debe ser aprobada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea.

Estas actuaciones del Parlamento Europeo, tienen antecedentes importantes. En el año 2000 emitió una directriz en la que se reclama a los Estados miembros proteger a las personas gays en sus lugares de trabajo.

El 1º de mayo de 2004, otros 10 países esperan incorporarse a la Unión Europea. (ellos son: Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa). Sin embargo, algunos de estos países mantienen leyes que penalizan las relaciones homosexuales, en la mayoría de casos se trata de normas que hacen una diferencia de edad en las relaciones sexuales consentidas e imponen una edad mayor para las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo que la edad mínima requerida para las relaciones sexuales entre personas de distinto sexo.

Esto para los activistas en derechos humanos de la ILGA¹⁵¹ y otras organizaciones LGBT, es una clara violación al principio de no discriminación. Por ese motivo, desde hace varios años han presionado a la Unión Europea para que no incorpore a estos países hasta tanto no hayan abolido tales leyes discriminatorias.

El Parlamento Europeo y la Comisión Europea, el 5 de septiembre de 2001 exhortaron una vez más a cuatro países candidatos para que derogaran

¹⁵¹ ILGA, son las siglas en inglés de la Asociación Internacional de gays y lesbianas.

sus leyes discriminatorias contra la población LGBT, (Bulgaria, Chipre, Rumania y Hungría) por considerarlas violatorias a la Convención Europea de Derechos Humanos y otras normativas.

La posibilidad de quedar excluidos de la Unión Europea ha hecho que varios países candidatos deroguen las leyes discriminatorias.

Rumania, uno de los países que estaba siendo más cuestionado, el 2 de febrero de 2002 derogó todas las disposiciones penales que discriminaban las relaciones sexuales homosexuales consentidas.

Otro de los países cuestionados, Chipre, equiparó las edades en las que se considera legal las relaciones sexuales consentidas. Antes de la reforma, para gays y lesbianas era ilegal la relación sexual antes de los 18 años, mientras que para las relaciones heterosexuales la edad mínima era de 16 años. Con la reforma se estableció la edad mínima en 17 años. Esta reforma se hace claramente con la intención de cumplir con "los requisitos" de membresía a la Unión Europea, lo que indica que son factores culturales y económicos los que impulsan o no los cambios de leyes.

Otros países del continente europeo también han hecho reformas importantes.

El 24 de junio de 2002, el Tribunal Constitucional de Austria derogó la ley que establecía edades diferenciadas para las relaciones sexuales consentidas. La ley fijaba la edad mínima de 19 años para las relaciones sexuales entre hombres y de 14 años para las relaciones sexuales entre mujeres y entre personas de distinto sexo. Este año Austria debe eliminar de los textos legales toda diferenciación de edad y establecer la misma para todas las personas.

El Parlamento de Eslovaquia, aprobó en junio de 2003 una ley prohibiendo a los empleadores que pregunten la orientación sexual a sus empleados.

El gobierno polaco presentó un proyecto de ley de parejas estables homoafectivas el 14 de febrero de 2002 que aún no ha sido aprobado. Hay serias dudas que se apruebe dicha ley, dada la presión de la Iglesia Católica en un país donde el 90 % de su población profesa esta religión.

Armenia, quien tiene esperanzas de ingresar al Consejo de Europa, despenalizó el 9 de enero de 2003 las prácticas homosexuales. En ese país las relaciones homosexuales consentidas entre adultos tenía un pena de prisión de hasta cinco años.

A pesar de los progresos legislativos del último año, aunque sea sólo para cumplir un requisito formal de ingreso a la Unión Europea, se espera que estos países, además de la despenalización, aprueben leyes antidiscriminatorias y también leyes que reconozcan derechos a las parejas homoafectivas. Sin embargo, es muy probable que estos cambios se vayan dando paulatinamente.

En la Unión Europea se está discutiendo un proyecto de Constitución Europea, la cual incluye la no discriminación por orientación sexual. Se espera que esta Constitución sea aprobada después del 1º de mayo de 2004, fecha en la que entrarán los 10 nuevos Estados a la Unión Europea y ratificado por los parlamentos nacionales de todos ellos.¹⁵²

¹⁵² COSTA, (Susana), La UE incluye la no discriminación por orientación sexual. Artículo tomado de: <http://www.naciongay.com/editorial/reportajes/16062003175532.asp>

B. América

1. Canadá

“La Carta de Derechos y Libertades canadiense prohíbe toda discriminación que no pueda ser justificada de manera demostrable en una sociedad libre y democrática”.¹⁵³

En Canadá la lucha por el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBT comenzó desde la década de los años 70. A nivel federal la ley de uniones de hecho canadiense ya recoge ciertos beneficios para las parejas estables homoafectivas, pero no les concede los mismos derechos que a los matrimonios. En este momento los activistas gays luchan porque a nivel federal se tengan idénticos derechos que las parejas heteroafectivas, lo que los impulsa a pedir el matrimonio y el derecho a la adopción.¹⁵⁴

En este país el matrimonio es responsabilidad federal y las provincias son las responsables del registro del mismo, así como de las leyes de familia.

Quebec fue la primera provincia canadiense en reconocer los mismos derechos a las parejas homoafectivas. El 7 de junio de 1999 la Asamblea Nacional de Québec, de manera unánime, votó a favor de otorgar a las parejas homo y heteroafectivas que celebren una unión civil oficial todos los derechos y obligaciones del matrimonio, incluyendo el derecho a la adopción y a la inseminación artificial.¹⁵⁵

¹⁵³ WOCKNER NEWS SERVICE, *Noticias Internacionales*, #471 Mayo 05, 2003

¹⁵⁴ MANCERA, (Manuel), *Canadá nos hace soñar*, 17 Julio, 2001

<http://www.naciongay.com/editorial/reportajes/71701185617.asp>

¹⁵⁵ WOCKNER NEWS SERVICE, *Noticias Internacionales*, #425 Junio 17, 2002

Con esto las parejas homoafectivas que se registren tendrán los mismos derechos, privilegios y obligaciones que las parejas heteroafectivas casadas. Québec no puede legalizar el matrimonio porque "según la Constitución de Canadá la definición de matrimonio es un asunto federal" y la legislación federal lo define como (algo que sucede entre) un hombre y una mujer"¹⁵⁶

Con esta ley Quebec reformó el Código Civil para eliminar toda referencia al sexo de las/os cónyuges. Además del Código civil, se modificaron otras leyes donde se define a los cónyuges como "dos personas consensuales independientemente de su sexo u orientación sexual."

La Provincia de Nueva Escocia, en noviembre de 2000, también aprobó una ley que entró en vigencia el 4 de junio de 2001, para equiparar los derechos otorgados a las parejas homoafectivas que se registran con los reconocidos al matrimonio. La "Ley de Manutención Familiar" incorpora la definición de "pareja doméstica", la que se aplica independientemente del sexo de la pareja, para las relaciones estables, no para los matrimonios.

Por su parte, los tribunales de tres provincias de Canadá han reconocido el derecho de las parejas homoafectivas al matrimonio y han ordenado al gobierno nacional que legalice estos matrimonios.

La última fue dictada por el Tribunal de más alta jerarquía de la Provincia de Columbia Británica. El 1º de mayo de 2003, el Tribunal de Apelaciones de la Columbia Británica se pronunció en forma unánime en cuanto a que restringir el matrimonio a "un hombre y una mujer" es inconstitucional.¹⁵⁷ (una norma constitucional puede ser considerada "inconstitucional" si se opone al espíritu propio de las libertades fundamentales)

¹⁵⁶ WOCKNER NEWS SERVICE, Noticias Internacionales, #425 Junio 17, 2002

¹⁵⁷ WOCKNER NEWS SERVICE, Noticias Internacionales, #471 Mayo 05, 2003

Tras estas decisiones de los altos tribunales provinciales, el gobierno de Canadá deberá reformar la legislación nacional para incorporar el derecho de las parejas homoafectivas al matrimonio o bien, puede apelar estas decisiones judiciales ante la Corte la Suprema de ese país, situación que se está discutiendo en estos momentos.

"El Tribunal (El Tribunal de Apelaciones de la Columbia Británica) estableció el 12 de julio de 2004 como fecha límite para que el gobierno cambie la ley. Si este no actúa, el propio tribunal legalizará el matrimonio entre personas del mismo sexo a partir de esa misma fecha."¹⁵⁸

La misma solicitud de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, había sido hecha por la Corte de Apelaciones de Ontario y otro tribunal de Québec.

Para dar una solución acorde con lo establecido por los tres tribunales, un Comité Parlamentario integrado por todos los partidos políticos de Canadá, le recomendó, el 12 de junio de 2003, al gobierno que aceptara el fallo de la Corte de Ontario sin apelar y que legalizara los matrimonios entre parejas homoafectivas. Esta recomendación no tiene carácter obligatorio, pero el gobierno debe decidir antes del 12 de julio del 2004, fecha en que vence el plazo dado por la Corte de Apelaciones de Ontario.¹⁵⁹

2. Estados Unidos

El Congreso de los Estados Unidos aprobó en 1997 la "Ley de Defensa del Matrimonio" (Defense of marriage Act), para la cual los Estados partes de los Estados Unidos, no tienen la obligación de reconocer el registro de matrimonios homoafectivos que se reconozcan en otros Estados.

¹⁵⁸ WOCKNER NEWS SERVICE, Noticias Internacionales, #471 Mayo 05, 2003

¹⁵⁹ (ZAMORANO), Daniel (Corresponsal de Naciongay.com en Canadá)

<http://www.naciongay.com/editorial/reportajes/130620031809.asp>

Sin embargo, varios estados y ciudades de este país en los últimos siete años han aprobado una gran cantidad de disposiciones administrativas, judiciales y legislativas, en algunos casos reconociendo los mismos derechos y obligaciones que se le atribuyen a las personas unidas por matrimonio, en otros sólo algunos derechos de convivencia, pero delimitados a su territorio.

Vermont:¹⁶⁰ En Estados Unidos la ley más conocida es la ley de Vermont "Civil Unions", la cual fue aprobada por la Cámara de Diputados en marzo del 2000, votada en el Senado el 20 de abril del 2000, donde se le introdujeron modificaciones que fueron aprobadas por la Cámara de Diputados el 25 de Abril del 2000.

La ley fue sancionada unos meses después de que la Corte Suprema de Vermont resolviera, en diciembre de 1999, que era inconstitucional denegar a las parejas lesbianas y gays los beneficios que gozan los miembros del matrimonio.

La ley hace una clara diferencia entre matrimonio y unión civil. Reserva el derecho al matrimonio sólo para uniones heteroafectivas y crea la unión civil para las relaciones estables homoafectivas que se registren como tales. Equipara los derechos de las uniones civiles a las del matrimonio dentro del Estado de Vermont; no así a nivel Federal, donde no tiene competencia.

El Congreso al aprobar la ley, en sus considerandos argumentó que:

De acuerdo con el artículo 7 de la Constitución del Estado de Vermont, se le otorga igual tratamiento y respeto a todos sus habitantes. Además, reconoce que Vermont fue uno de los primeros estados de ese país que

¹⁶⁰ El documento base del análisis sobre la Ley de Vermont, fue enviado por Julio C. Rivera, por correo electrónico. (se desconoce la fuente original)

prohibió la discriminación basada en orientación sexual en 1992 y que el Estado tiene un especial interés en promover la estabilidad familiar, incluidas las familias basadas en uniones homoafectivas.

Esta ley reconoce a la unión civil los mismos beneficios, protecciones y responsabilidades legales, administrativas y de todo orden normativo de la misma manera que lo hace para los esposos en el matrimonio. Así mismo, las partes de la unión civil serán incluidas en cualquier definición que use los términos "cónyuge", "esposa", "familia", "familia inmediata", "dependiente", "parientes" y otros términos que denoten las relaciones entre esposos.

Las partes de la unión civil se deben auxilio mutuo, igual que entre personas casadas y de igual manera se les aplican las mismas normas que regulan la nulidad, separación, divorcio, alimentos, guarda crianza de niños, división de bienes, derechos sucesorios, legitimidad para reclamar daños y perjuicios, adopción, seguros para empleados estatales, prohibición de discriminación basada en el estatus marital, beneficios laborales, asistencia médica, derechos de vivienda familiar, impuestos e incluye el derecho de no declarar en procesos penales contra su "cónyuge", entre otros.

Sobre el pago de impuestos, se debe aclarar que afecta a los impuestos estatales y municipales del Estado de Vermont, pero no respecto a los impuestos federales, pues a nivel federal no son equiparables los impuestos que pagan los miembros de la unión civil a los que pagan los matrimonios.

En general, esta ley reconoce todos los derechos que se le pueden otorgar al matrimonio y a la familia a nivel estatal pero aclara que los mismos derechos y beneficios dados por las leyes federales no les serán aplicados, pues estas últimas no otorgan a las uniones homoafectivas el estatus matrimonial.

Los tribunales de familia son los competentes en los procedimientos relativos a la disolución de la unión civil, con los mismos derechos y obligaciones que se siguen en la disolución del matrimonio.

Hawai, por su parte, reconoció en 1997 derechos a las uniones homoafectivas para servidores públicos, incluido el derecho a pensión, salud e indemnización en caso de muerte.

En ese mismo año se aprobó la "Ley de Registro de Parejas Domésticas", conocida como "Ley de Beneficios Recíprocos", en la que se equiparan casi todos los derechos de las parejas homoafectivas a los que disfrutaban los matrimonios.

En el año 2001, Hawai aprobó una ley llamada "Ley de Uniones Civiles", por medio de la cual dos personas adultas que convivan juntas pueden firmar un contrato de unión civil. En lo sustancial regula los mismos aspectos que la ley de Vermont y reconoce derechos y obligaciones propias del matrimonio, incluso dice que un "*civil union partner*", se debe incluir en cualquier definición o uso de los términos "*esposos*", "*familia*", "*familia inmediata*", "*dependiente*", equiparando el término a estos otros mencionados. También indica que los tribunales competentes para resolver los conflictos de las uniones civiles son los tribunales de familia.¹⁶¹

California,¹⁶² fue el primer Estado en permitir el registro de parejas estables homoafectivas. Por ese motivo, en el año 2000, se impulsó una consulta popular para saber si la población de este Estado estaba de acuerdo con reconocer, únicamente, la validez del matrimonio entre un hombre y una mujer. La consulta popular "Proposition 22" fue aprobada por una amplia

¹⁶¹ Documento enviado por Ernesto Ferreira de la Comunidad Homosexual Argentina.

¹⁶² California: La Cámara Baja del Estado aprobó una propuesta de ley de derechos a parejas del mismo género. Documento de la página electrónica "En Sentido G" del 18 de junio de 2003. <http://www.sentidog.com.ar/nse/n noticias/cortitas.phtml?id=1622>

mayoría, lo que retrasó la legalización de las parejas homoafectivas a nivel estatal.

En ese mismo Estado, siete ciudades reconocen diferentes derechos a las parejas homoafectivas. Varias leyes equiparan estos derechos a los reconocidos para el matrimonio, incluyendo beneficios de salud, decisiones médicas, adopción de los hijos del cónyuge, impuestos, entre otros. Entre las ciudades que han aprobado estas leyes está San Francisco y en junio de 2003, se sumó la ciudad de Los Ángeles.

Sin embargo, existe la posibilidad que en los próximos meses haya una modificación a las leyes estatales. La Cámara Baja de California aprobó, en junio de 2003, una propuesta de ley que reconoce muchos derechos a las uniones estables homoafectivas. Pero para convertirse en ley todavía debe ser aprobada por el Senado de ese Estado. Al igual que en otros estados, se les denomina "Domestic partners".¹⁶³

Por su parte, el Senado de Connecticut¹⁶⁴ aprobó en mayo de 2002, por amplia mayoría, una iniciativa de ley que reconoce algunos derechos a las uniones homoafectivas, entre ellas que las personas puedan tomar decisiones médicas por su pareja cuando ésta no está en capacidad de decisión, algunos derechos de visita y derechos hereditarios.

En mayo de 2003, se presentó ante la Comisión de la Cámara de Representantes del Estado de Montana, una iniciativa de ley para legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Es apenas una iniciativa y se

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ Información obtenida de boletín electrónico NotieSe, coordinador Antonio Medina E-mail: notiese@letraese.org.mx. suplemento Letra S en: <http://www.letraese.org.mx>

deberá esperar para ver si entra a la Cámara. En este Estado no fue aprobada una propuesta similar presentada en el año 2001.¹⁶⁵

En resumen, hasta julio de 2003, en este país se han aprobado diferentes disposiciones a nivel estatal, provincial y local que regulan algunos o todos los efectos jurídicos de estas uniones. En total 11 Estados, 161 gobiernos locales y 186 centros de educación superior tienen políticas que favorecen a las "parejas domésticas" de sus empleados sin importar la orientación sexual de estos. Así como cientos de empresas privadas que también incluyen estos beneficios.¹⁶⁶

3. México

En el Distrito Federal de México se presentó el 14 de febrero de 2001, un proyecto de ley llamado "Sociedades de Convivencia", para regular las uniones homoafectivas en este Distrito Federal. Al acto se sumaron manifestaciones públicas en la explanada del Palacio de las Bellas Artes de esta ciudad, donde además se realizó el primer registro simbólico de convivientes y donde se realizaron diferentes actos de concientización. Entre ellos se leyó una proclama en la que se manifestó que:

"El reclamo no es por una ceremonia a la que se concurra de vestido blanco, sino por el derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social, por los derechos de propiedad, por las pensiones y por la protección sucesoria en casos de intestado, que hoy son privilegios privativos de quienes optan por una convivencia establecida exclusivamente por un hombre y una mujer."¹⁶⁷

¹⁶⁵ Iniciativa de ley para legalizar el matrimonio gay en Montana. Documento de la página electrónica "En Sentido G" del 16 de mayo de 2003.

<http://www.sentidog.com.ar/nсен/noticias/cortitas.phtml?id=1453>

¹⁶⁶ PAUS, (Ana), Crearán un registro para parejas gays en Chicago. Documento de la página electrónica "En Sentido G" del 15 de julio de 2003. <http://www.sentidog.com.ar/nсен/noticias/cortitas.phtml?id=1826> citando a la Revista Fortune.

¹⁶⁷ Lo que nos convoca aquí es el amor, epístola leída durante el acto de presentación de la iniciativa de Sociedades de Convivencia, explanada de Bellas Artes, México DF, el 14 de febrero de 2001

Lo que se busca con este proyecto de ley es dar protección jurídica, entre otras cosas, a las relaciones estables entre dos personas adultas, sean éstas del mismo o de diferente sexo, que no estén contempladas en otras leyes ni en el Código Civil de la ciudad de México.

El proyecto fue presentado al Plenario de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el 26 de abril de ese mismo año. En ella se define a la Sociedad de Convivencia como:

“La celebración de un acto jurídico entre dos personas del mismo o diferente sexo que hayan decidido vivir juntas en un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua; convirtiendo este acto, hasta ahora sin reconocimiento legal, en una nueva institución jurídica que no compite con el matrimonio ni el concubinato, pues no incluye el trato sexual como requisito. Además, plantea el deber del Estado de otorgar igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos, evita la discriminación por preferencias sexuales y reconoce la diversidad de las formas de convivencia social y las relaciones afectivas no convencionales.”¹⁶⁸

Como requisitos de inscripción de la sociedad de convivencia está la de indicar el lugar donde se constituye el hogar común, consagra el derecho de ayuda mutua, alimentos mutuos, derechos sucesorios.

Una de las personas que más ha impulsado esta iniciativa es la Diputada Enoé Uranga Muñoz, quien es al mismo tiempo la presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México.

“Las Sociedades de Convivencia lo que están planteando es regular una realidad ya existente que debe ser parte de nuestra cultura ciudadana, pues responde a una cultura social incluyente y verdaderamente democrática que requiere solamente estar integrada en el marco jurídico vigente.”¹⁶⁹

¹⁶⁸ MEDINA, (Antonio) y ADAME, (Aldar), Cabildeo intenso a favor y en contra de las Sociedades de Convivencia en la ADLF, agencia electrónica de noticias NotieSe, del 18 de abril de 2002.

¹⁶⁹ URANDA MUÑOZ, (Enoé), en entrevista para NotieSe, del 22 de abril de 2003, realizada por Medina, Antonio. <http://www.letraese.org.mx>

La propuesta fue presentada en febrero de 2001. Ha recibido diferentes modificaciones y limitaciones y ha habido dificultad para aprobarla, según los activistas mexicanos por los bloqueos políticos que han hecho diputados que están en contra de la propuesta y por la presión de grupos de derecha, de la iglesia y grupos defensores de la familia tradicional que se oponen fuertemente.

El 30 de abril de 2003, fue nuevamente bloqueada la posibilidad de introducir la propuesta en las discusiones del plenario. Ante esta situación quedan dos alternativas: una es esperar hasta septiembre de 2003, cuando entra una nueva legislatura o utilizar una herramienta de presión legal que obligaría a la Asamblea Legislativa a discutirla y votarla.

Se trata de un recurso ante el Tribunal de Justicia Constitucional, contra la Asamblea Legislativa para que obligue al legislativo local a discutir y votar la ley. Para ello se necesita de 23 diputados que apoyen el recurso.¹⁷⁰

Mientras tanto, en la Ciudad de Guadalajara, Jalisco, se presentó otra propuesta de ley para aprobar la ley de Sociedades de Convivencia para este Estado el 21 de marzo de 2002, la cual todavía está en trámite.¹⁷¹

La Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas, (IGLHRC, por sus siglas en Inglés) informó que el Congreso de México aprobó en abril de 2003 una ley que entre otras cosas prohíbe la discriminación por "preferencias sexuales". En el artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la discriminación, incluyó la prohibición de discriminación fundada en la decisión personal de "asumir públicamente su preferencia sexual", mediante "forma de vestir, hablar, gesticular".¹⁷²

¹⁷⁰ MEDINA, (Antonio), agencia electrónica de noticias NotieSe, del 22 de julio de 2003

¹⁷¹ Redacción, agencia electrónica de noticias NotieSe, del 25 de marzo de 2002

¹⁷² WOCKNER NEWS SERVICE, Noticias Internacionales, #470 del 28 de abril de 2003

4. Colombia

En el año 2001, se presentó al Senado del Congreso de Colombia el proyecto de ley No. 085-2001 con el nombre *“Por la cual se reconocen las uniones de pareja del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos”*. El 30 de noviembre de ese año fue aprobada por la Comisión Primera del Senado, (quien es la encargada de ver los asuntos relacionados con derechos humanos y derechos fundamentales, para su dictamen antes de pasar al plenario)

Este proyecto de ley fue consensuado antes de su presentación entre muchos grupos y activistas de la comunidad LGBT de Colombia y fue presentado por su autora la Senadora Piedad Córdoba al Congreso Nacional.

Una de las diferencias entre este proyecto de ley y el mexicano, es que se dirige a proteger, exclusivamente, las uniones homoafectivas, mientras el mexicano es más amplio, trata de reconocer otras formas de convivencia además de la homoafectiva. Además, la ley colombiana se aplicaría a todo el territorio del país y no sólo a una ciudad como en el caso del Distrito Federal de México.

El Senador José Fernando Serrano, hizo la sustentación del proyecto ante el Senado de la República el 14 de noviembre de 2001. En su discurso, dijo que centraba su análisis en las relaciones de género y sexualidad construidas en una distribución desigual del poder que genera seres marginados, subordinados e invisibilizados.

“Lo que estamos discutiendo hoy, señoras y señores senadores, no es una cuestión psiquiátrica ni teológica ni moral: lo que estamos hablando es de un problema de ciudadanía, básicamente de cómo la legislación colombiana viene creando ciudadanos de segunda categoría, por que esa ha venido siendo y es la condición de muchos y muchas habitantes de Colombia. Son ciudadanos de segunda categoría las personas homosexuales por efecto de un hecho paradójico: por una parte se les

*exige el cumplimiento de sus deberes ciudadanos pero por otra se les niegan los derechos que por ese ejercicio les corresponde.*¹⁷³

Por su parte, Marcela Sánchez, dirigiéndose a la Comisión Primera del Senado, a nombre de las mujeres lesbianas de Colombia, entre otras cosas manifestó:

*“Nos preguntamos por qué somos tantos los colombianos y colombianas que debemos recurrir a mecanismos alternativos, poco efectivos para hacer garantizar nuestros derechos fundamentales. Por qué se nos obliga a buscar soluciones individuales y puntuales, a las que habría que acudir en cada caso, ante un problema colectivo que merece soluciones colectivas, en tanto estamos hablando de una discriminación hacia un colectivo social... no sólo carecemos de leyes de protección, sino que los exiguos mecanismos legales y jurídicos, de los que echamos mano, no son acatados por los funcionarios aduciendo razones morales.”*¹⁷⁴

El proyecto fue duramente atacado por la Iglesia Católica y otros grupos conservadores. Además, tuvo el inconveniente de tramitarse entre dos legislaturas, por lo que su discusión y votación fue suspendida, hasta marzo de 2002, cuando entró el nuevo Congreso.

En el año 2002, se vuelve a presentar el proyecto “Por la cual se reconocen las uniones de pareja del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos”, Proyecto de Ley No. 43-2002, con algunas reformas a su texto original. Es de nuevo presentado por la senadora Piedad Córdoba y revisado por distintos grupos de la comunidad LGBT.

“Sus uniones se encuentran entrelazadas por el mismo tipo de afectividad, por la solidaridad, el socorro y apoyo mutuos, por la vocación de estabilidad y permanencia, y no, como hasta ahora se ha

¹⁷³ SERRANO, (José Fernando), Senador de Colombia, dando las palabras que sustentan el proyecto de ley “por la cual se reconocen las uniones de pareja del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos.” Documento enviado por correo electrónico por el abogado German Rincón, activista de derechos humanos gays y lésbicos de Colombia.

¹⁷⁴ SÁNCHEZ, (Marcela), palabras dirigidas ante la Comisión Primera del Senado colombiano. Documento enviado por correo electrónico por el abogado German Rincón, activista de derechos humanos gays y lésbicos de Colombia.

pretendido, exclusivamente por la sexualidad, la cual, al igual que en las demás parejas, es apenas una dimensión entre tantas otras. El proyecto de ley supone, pues, dejar atrás el reduccionismo a lo meramente sexual y reconocer la multidimensionalidad de las uniones entre parejas del mismo sexo... Ahora bien, si quienes conforman las parejas homosexuales lo hacen por las mismas razones y principios de quienes conforman las parejas heterosexuales, si los elementos esenciales y la finalidad de unas y otras son los mismos, los derechos y obligaciones han de ser semejantes.”¹⁷⁵

El 8 de octubre de 2002, la Comisión Primera del Senado lo aprobó en primera instancia. Sin embargo, por cuatro veces se ha suspendido su votación por parte del plenario del Senado y corre el riesgo de ser archivado.

Para el abogado Germán Rincón, miembro del comité que impulsó la iniciativa, esto se debe a la gran presión que está ejerciendo la Iglesia Católica y otros movimientos cristianos.

“Un senador independiente, que pidió omitir su nombre, confirma que existen presiones y que una de las causas que ha impedido la realización del debate es el temor del Congreso a enfrentarse con la Iglesia Católica.”¹⁷⁶

De nuevo se fijó fecha para el 26 de agosto de 2003 y así este proyecto estaría en el orden del día; se discutiría y votaría. Sin embargo, las últimas noticias llegadas desde ese país, informan que el Senado no aprobó el proyecto y lo archivó.

¹⁷⁵ **CÓRDOBA RUIZ, (Piedad)**, Senadora, Exposición de motivos del Proyecto de Ley 43 de 2002. www.leyparejas.com

¹⁷⁶ **MONTOYA PORRAS, (Yohana)**, Proyecto de uniones gays de Colombia sigue “en el closet”, artículo periodístico de El Tiempo, del 30 de mayo de 2003. <http://www.sentidog.com.ar/nse/noticias/cortitas.phtml?id=1527>

5. Brasil ¹⁷⁷

“Lo que de hecho existe, de derecho no puede ser negado.”

Brasil fue el primer país latinoamericano en el que se presentó un proyecto de ley que reconoce las uniones homoafectivas. Fue presentado en el plenario del Congreso Nacional del Brasil el 26 de octubre de 1995, Proyecto de Ley No. 1.151/95, con el nombre de “Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo”, luego cambiado por el nombre de “Parceria Civil Registrada”¹⁷⁸

El proyecto fue presentado por la entonces Diputada Marta Suplicy, quien en la justificación del mismo manifestó:

“El derecho a la orientación sexual está incluido en los derechos inherentes a la persona humana...este proyecto hará más fácil la vida de las personas que viven esa orientación sexual en forma clandestina, aplacando también la violencia de las que son víctimas los homosexuales en Brasil....La figura de la unión civil entre personas del mismo sexo no se confunde ni con el instituto del matrimonio, ni con la unión estable. Es más una relación entre particulares que, por su relevancia y especificidad, merece la protección del Estado de Derecho.”

Es importante reseñar los puntos más sobresalientes del proyecto de ley y, por su trascendencia, el análisis jurídico que hicieron los diputados de la comisión parlamentaria que lo revisó y dictaminó su viabilidad.

¹⁷⁷ El documento fue enviado por correo electrónico por Alfredo Ferreira de la Comunidad Homosexual Argentina, CHA, por correo electrónico

¹⁷⁸ Para este apartado de la investigación se ha mantenido el término *Parceria*, sin traducción, para evitar que se pierda el significado original, dado que el proyecto de ley intenta crear una figura diferente al matrimonio y a la unión estable. En documentos traducidos o informaciones relacionadas con Brasil, comúnmente aparece la palabra *parceria* traducida como “pareja” o “pareja doméstica” o incluso todavía se le llama “unión civil”, pero por las razones apuntadas se continuará utilizando la palabra *parceria* en vez de la expresión “uniones homoafectivas”, en lo referente a Brasil.

Este proyecto utiliza la palabra “parceiro” y la palabra “contratantes”, para referirse a las personas del mismo sexo que firman un contrato de *parceria*. Por ese motivo, “parceiro” será traducido como “compañero/a” o como “contratista” y no como “conviviente” para respetar la idea de que es un contrato civil y no una unión estable, aunque tenga muchas similitudes con ésta última.

También la expresión “unión estable”, se aplicará únicamente, a las uniones estables heteroafectivas, (unión de hecho), las cuales son nombradas así en la legislación brasileña.

De manera hábil, crea una nueva figura jurídica, *las parcerías*, (exclusivas para las parejas homoafectivas), procurando extender a éstas, algunos derechos civiles que sólo son reconocidos a los matrimonios y a las uniones estables heteroafectivas, como la herencia y los beneficios sociales, sin tener la pretensión de equiparar estas uniones a una entidad familiar.

Sin embargo, a las personas que constituyen una *parceria civil* registrada, se le reconocen los mismos derechos de propiedad, sucesión, seguridad social que al matrimonio y la unión estable.

Los interesados firman un contrato de *parceria civil* ante notario público, luego se presentan ante el Registro Civil de Personas Naturales, demostrando que son solteros, viudos o divorciados, mayores de edad. Estas *parcerias* se registran en un libro propio de esa oficina del Registro Civil, con lo cual no se altera el estado civil de los contratantes.

Los contratantes pueden pactar libremente lo referente a disposiciones patrimoniales, deberes, impedimentos y obligaciones mutuas.

Queda prohibida cualquier disposición sobre adopción, tutela o guarda crianza de los menores en conjunto, aunque sean hijos de uno de los compañeros.

La extinción se produce por muerte de uno de los contratantes, por declaración judicial o de forma consensual, homologada por el juez.

Estos contratos son nulos si se hacen con más de una persona y cualquiera de las partes puede pedir la extinción de la *parceria* registrada, con sólo alegar desinterés en su continuidad.

El compañero será considerado beneficiario del régimen general de asistencia social en condición de dependiente del asegurado y beneficiario de pensiones y de los beneficios otorgados a los servidores públicos. También se le garantiza el derecho a ser considerado heredero legítimo, incluso a la totalidad de la herencia si no hay otros herederos legítimos. Tiene derecho a ser considerado curador en caso de curatela y a la inscripción como dependiente para efectos de legislación tributaria.

El proyecto de ley fue designado para su estudio a la Comisión de Seguridad Social y Familia. Luego se creó una Comisión Especial que tuvo a cargo su estudio y dictamen de viabilidad, con el fin de determinar si el proyecto cumplía con los requisitos de Constitucionalidad, juricidad, técnica legislativa y mérito que justificara su discusión en el plenario.

El 10 de diciembre de 1996, el Relator, Diputado Roberto Jefferson, presenta al plenario legislativo el dictamen de esta Comisión, donde destaca que el proyecto de ley es constitucional y legítimo, no hay reparos en cuanto a la juricidad y a la técnica legislativa.

Agrega que este proyecto de ley es oportuno y conveniente; pues los derechos resultantes de la parceria entre homosexuales son cuestiones reales, que necesitan de solución jurídica, que la simple omisión del legislador en relación a los hechos sociales no hace desaparecer los derechos que de ellos se originan, que la ausencia de ley sobre la materia no impedirá que los jueces y tribunales juzguen las disputas suscitadas por homosexuales relativas a los derechos que derivan de la parceria existente.

Además, menciona que para los expositores que participaron durante las audiencias, la homosexualidad y la heterosexualidad no deben ser analizadas como enfermedad, sino como manifestación del ser humano, una forma de ser diferente de la mayoría. Que en Brasil estas personas representan el 10 % de

la población, lo que significa que 16 millones de contribuyentes son homosexuales, cuya mayoría vive en el anonimato y en la clandestinidad y que la dignidad, la libertad y la autonomía deben ser garantizadas a todas las personas como principios básicos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.¹⁷⁹

Recalca la obligatoriedad de legislar sobre esta materia, ya que la parcería entre homosexuales en nada se compara con el matrimonio civil ni con la unión estable prevista en la Constitución Federal.

“El proyecto es viable, necesario y posible desde el punto de vista social y, principalmente, jurídico. En una sociedad democrática y pluralista, el Derecho no puede servir como obstáculo a la transformación social, por el contrario, debe ser instrumento de protección a las conquistas y demandas sociales.”¹⁸⁰

Desde diciembre de 1996, hasta abril de 2001, ha estado varias veces en el orden del día, pero no se ha logrado su discusión y aprobación.

Mientras esta ley federal sigue su lento proceso en espera de ser discutida y aprobada, a nivel estatal y municipal se han ido dando algunos adelantos. Tanto las Constituciones de los Estados de Mato Grosso y Sergipe, así como las leyes orgánicas de más de 75 municipios ya expresan explícitamente la protección contra la discriminación por “orientación sexual”.¹⁸¹

El Instituto Nacional de Seguro Social de Brasil, desde 1991, no hace diferencias entre parejas homo y heterosexuales. Para considerar oficialmente

¹⁷⁹ En Costa Rica no se ha realizado ningún estudio que permita tener un dato aproximado de la cantidad de personas LGBT. Sin embargo, constantemente se hace mención en diferentes ámbitos que esta población podría rondar el 10 % de la población costarricense, lo que significaría unas 400 mil personas. Cabe advertir que esta cifra no tiene un sustento científico, pero que independientemente del número exacto se debe entender que es una porción importante de la población costarricense que estaría en situación de desventaja y exclusión.

¹⁸⁰ JEFFERSON, (Roberto), Diputado, palabras del dictamen favorable de la Comisión Especial del Senado

¹⁸¹ DIAS, (Maria Berenice) Unión homosexual, aspectos sociales y jurídicos, del 18 de abril de 2001

dependiente a la pareja, la persona debe aportar tres documentos que comprueben que la relación es estable.

En Curitiba y en Rio de Janeiro, estados brasileños, los activistas gays crearon un libro de registro de uniones estables homoafectivas, donde las parejas pueden registrarse. Por ahora este registro no tiene valor legal, Sin embargo, el Instituto de Seguro Social lo acepta como prueba para comprobar la relación de dependencia de la pareja homoafectiva. Si el Seguro Social lo acepta como prueba y a falta de una regulación legal, este registro también podría tener un gran peso como prueba en procesos judiciales.¹⁸²

Otras ciudades han aprobado leyes municipales, para conceder algunos derechos a las uniones estables homoafectivas. En diciembre de 2001, la Cámara Municipal de Recife, en el Estado de Pernambuco, aprobó una ordenanza que reconoce el derecho de pensión a las compañeras y compañeros de empleados/as públicos. Luego la Asamblea Legislativa de Recife aprobó en junio de 2002 una ley que garantiza el derecho de las parejas del mismo sexo a oficializar su unión y gozar de los mismos derechos que tienen las parejas heterosexuales en el estado.

Algunas ciudades como Rio de Janeiro, Porto Alegre y Pelotas en Rio Grande do Sul, Sao Paulo, han aprobado leyes que reconocen derechos de previsión social para las parejas homo y heteroafectivas, pero sólo las de sus empleados públicos.

Por su parte, el Estado de Minas Gerais, por Ley N. 694/99 crea penas por discriminación por orientación sexual, también menciona específicamente el derecho de las parejas del mismo sexo a expresarse afecto en público.

¹⁸² OKUBARU, (Fabio), Unión estable, Gazeta do Povo, noticia electrónica enviada por Beto Kaiser, del Proyecto Agenda, el 24 de abril de 2003, correo electrónico: proyecto_agenda@gruposyadoo.com

6. Argentina¹⁸³

“Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente”

El 11 de diciembre de 1998, se presentó ante la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el proyecto de “Ley de Parteneriato para la unión civil de parejas del mismo sexo”, N. 7816, de la Diputada Laura Musa.

En la fundamentación del proyecto se menciona que la necesidad de proveer protección a estas parejas se basa en cinco factores:¹⁸⁴

1. Los pactos internacionales que han sido incorporados a la Constitución Nacional.
2. El Desarrollo del derecho civil en el mundo.
3. El creciente respeto por los derechos humanos.
4. El mayor conocimiento de la homosexualidad, las personas y las conductas homosexuales.
5. La certidumbre de la existencia de un porcentaje no determinado pero considerable de población que requiere tal protección, dada la constatación de las injusticias que se cometen contra ese grupo.

En esencia, este proyecto pretende el reconocimiento y la protección jurídica a las parejas estables homoafectivas, pero utiliza el neologismo “parteneriato” derivado de la palabra inglesa “partner”, como compañero o compañera que convive y tiene una íntima relación personal y sentimental con otra persona de su mismo sexo.

Se utilizó este neologismo para evitar el uso de palabras, conceptos y figuras jurídicas relacionadas con el matrimonio, la unión de hecho y cualquier

¹⁸³ Material suministrado por correo electrónico, recopilado por la Sociedad de Integración Gay Lésbica Argentina (SIGLA), E-mail: sigla@sudnet.com.ar enviado por Alfredo Ferreira.

¹⁸⁴ Fundamentación de motivos al presentarse el proyecto de ley ante la Cámara de Diputados.

otra forma de convivencia de parejas “exclusivas” de las parejas heteroafectivas.

El proyecto de ley nacional no ha prosperado. Sin embargo, a nivel provincial se han dado dos importantes regulaciones que reconocen la unión civil registrada tanto para parejas homoafectivas como las heteroafectivas.

En la ciudad de Buenos Aires se aprobó la Ley N. 1004, “Ley de Uniones Civiles” sancionada el 13 de diciembre de 2002 y reglamentada el 20 de mayo de 2003. El proyecto fue elaborado por la jueza Graciela Medina y presentado en la Legislatura por el diputado Roque Bellomo en el año 2001. Tuvo un fuerte impulso y apoyo de las organizaciones de defensa de los derechos de la comunidad LGBT, destacándose la Comunidad Homosexual Argentina (CHA). Esta organización manifestó que la sociedad *“se ha pronunciado definitivamente contra años de exclusión y discriminación, contra la hipocresía”* y reconociendo su satisfacción por la aprobación de la ley.¹⁸⁵

En resumen, la Ley de Uniones Civiles de la ciudad de Buenos Aires establece que se entiende por Unión Civil: A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un periodo mínimo de dos años, con domicilio legal en esta Ciudad e inscrita en el Registro Público de Uniones Civiles, creado específicamente por esta ley.¹⁸⁶

Se les reconocen los mismos derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa que rige para esta ciudad y los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges.¹⁸⁷

¹⁸⁵ SANDEZ, (Ferranda), Nueva ley favorece a parejas homosexuales, Servicio de Noticias de la Mujer, Buenos Aires, Argentina, 28 de mayo de 2003

¹⁸⁶ Artículo 1° de la ley 1004, Ley de Uniones Civiles de la ciudad de Buenos Aires del 17 de enero de 2003

¹⁸⁷ Ídem, artículo 4°.

Con la reglamentación de la ley, decreto N. 556/03, publicado el 15 de mayo de 2003, se definen cuáles son los derechos que adquieren estas parejas al registrarse. Estos derechos son: Ser considerados como “cónyuges” para la cobertura en los sistemas de salud, para solicitar préstamos, planes de vivienda y los empleados públicos podrán solicitar días de licencia para cuidar a su pareja en casos de enfermedad. El certificado de la unión civil también podrá servir como prueba en procesos judiciales y se estable un plazo de dos meses para que el Registro de Uniones Civiles entre en funcionamiento.

Sin embargo, los miembros de estas uniones no tienen derecho a ser considerados herederos legítimos, a la pensión, ni a la adopción, por ser temas del Derecho de Familia que deben ser legislados a nivel nacional, pues las ciudades no tiene potestad para ello.

La ley de uniones civiles de la Ciudad de Buenos Aires, contó con el apoyo de varios sectores sociales, no así con el de la Iglesia Católica, que hizo una oposición muy fuerte al proyecto de ley.

Sin embargo, La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, da las bases constitucionales (a nivel de ciudad) para legislar y aprobar esta ley, pues su artículo 11 dice:

ARTÍCULO 11:

*Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. **Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente**, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, **orientación sexual**, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad. (la negrita no es del original)*

El 18 de julio de 2003 comenzó a funcionar el Registro de Uniones Civiles, esto fue aprovechado para realizar la “primera boda gay en Latinoamérica” como fue anunciada en los principales medios de comunicación. Obviamente no se trataba de un matrimonio, fue la inscripción como unión civil de dos hombres en esta ciudad. Así César Cigliutti y Marcelo Suntheim se convirtieron en la primera pareja gay en Latinoamérica unida formalmente ante la ley. La actividad fue celebrada como un triunfo en todo el continente pues marca el inicio del reconocimiento legal a las uniones estables homoafectivas. En la actividad la multitud, entre ellos muchos activistas argentinos, portaban un prendedor que decía: *“Ya somos familia”*.

Por su parte, la ciudad de Río Negro también aprobó la ley que reconoce las uniones civiles para parejas homoafectivas. Esta ley fue aprobada el 18 de diciembre de 2002, cuatro días después de la aprobación de la ley de la ciudad de Buenos Aires.

Ambas leyes son muy parecidas en cuanto al reconocimiento de los derechos, con la diferencia que en esta ciudad las parejas homoafectivas siguen el mismo trámite que los concubinatos, se registran ante un Juez de Paz.

Ya en Mendoza se está discutiendo otra ley para esta ciudad. Lo que permite inferir que, al igual que en España, se va formando “un cerco” para luego “obligar” a que se legisle de manera nacional.

7. Chile

El 11 de junio de 2003, se presentó en Chile un proyecto de ley para reconocer los efectos patrimoniales y familiares a las uniones estables homoafectivas de ese país. Todavía no ha sido admitido en el Congreso pero se espera que comience su estudio y debate en los próximos meses.

La iniciativa fue promovida por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Móvil) y cuenta con el apoyo de varios legisladores.

El objetivo de la ley es que las parejas homoafectivas tengan el derecho de formalizar un “contrato de unión” que les equipare los derechos que tienen otros núcleos familiares. No pretende con esto modificar el estado civil de los contratantes pero sí que se les reconozcan los derechos de decidir libremente el régimen patrimonial de la pareja, a pensión alimenticia, a ser considerados beneficiarios de indemnización en casos de responsabilidad civil extracontractual, a la curatela, a ser considerados herederos legítimos y a las previsiones de seguridad social y pensiones. No se incluyen los derechos de adopción y la pareja debe probar que han convivido por lo menos durante los dos últimos años.

Este proyecto todavía requiere pasar todo el trámite legislativo antes de convertirse en ley (en caso de ser aprobado), lo que supone todavía un tiempo considerable para que las uniones estables homoafectivas de este país reciban el reconocimiento y la protección legal de su ordenamiento jurídico. Se prevé una fuerte oposición por parte de la Iglesia Católica y grupos conservadores.

Cabe mencionar que otras legislaciones como la de Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica también tienen importantes avances en el reconocimiento de estas uniones, pero por razones de espacio se limitó el resumen a los países de Europa y América.

Es necesario destacar, para concluir esta sección, que la diversidad de alternativas jurídicas con que cuentan los legisladores para otorgar reconocimiento legal a las parejas estables homoafectivas, les permite una amplia posibilidad de discutir y aprobar leyes, sea de manera parcial o total, donde se regulen las uniones estables homoafectivas, sin violar ningún

principio constitucional ni moral. Por el contrario, la omisión legislativa, ante esta realidad social, es la que debe ser considerada inconstitucional e inmoral.

El camino en cada uno de estos países no ha sido fácil, tampoco rápido y ante la ausencia de leyes que regulen los efectos jurídicos de las uniones estables homoafectivas, han aparecido resoluciones judiciales, algunas reforzando la estigmatización y violentando la dignidad de las personas que conforman estos núcleos familiares. Otras reconociendo todos o algunos de estos efectos.

CAPÍTULO SEGUNDO

SITUACIÓN ACTUAL Y PROYECCIONES LEGALES DE LAS UNIONES ESTABLES HOMOAFECTIVAS EN COSTA RICA

Sección Primera:

Análisis interpretativo de algunas normas de la legislación costarricense sobre la unión de hecho que podrían aplicarse a las uniones estables homoafectivas

A. Reconocimiento legal

En Costa Rica no existe una regulación expresa sobre las uniones estables homoafectivas. Por el contrario, como ya se vio, la unión de hecho contenida en el Código de Familia regula estas relaciones, exclusivamente, para parejas heteroafectivas. Tampoco existe algún proyecto de ley que permita tener un marco de referencia; ni siquiera se encuentra una propuesta de organizaciones civiles de la comunidad LGBT¹ que promueva esta discusión.

No obstante, a pesar de este estado de la cuestión, se considera importante hacer referencia a algunas situaciones legales que, de una u otra manera, facilitan el camino para tal regulación.

Hay cuatro aspectos fundamentales a nivel normativo que se deben señalar: la referencia al matrimonio que hace el artículo 52 de la Constitución Política de Costa Rica, la prohibición de discriminar por orientación sexual

contenida en la Ley General del VIH/SIDA, la despenalización de la Sodomía y por último, la forma en que el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Proyecto de Ley de Reforma al Código Penal, hacen referencia al “conviviente”, de manera que podrían interpretarse como comprensivas de las uniones estables homoafectivas.

1. En la Constitución Política de Costa Rica

La Constitución Política de Costa Rica, en su artículo 52 al reconocer el matrimonio como la base esencial del familia, no hace ninguna referencia al sexo de los contrayentes. (Las Constituciones de varios países latinoamericanos como Brasil, México, Colombia, entre otros, hacen expresa referencia al “matrimonio entre hombre y mujer”)

Si se analiza desde la perspectiva literal, este artículo no prohíbe ni cierra las posibilidades para el matrimonio homoafectivo. Obviamente sería ingenuo pretender creer que el legislador constitucional, conscientemente, dejó abierta la puerta para esta posibilidad en el futuro. Se debe entender que en el momento histórico en que se aprobó la Constitución, no existía en la mente de los legisladores tal posibilidad.

Sin embargo, si se atiende al texto literal, tampoco se puede negar el derecho para realizarlo (esto atendiendo al texto constitucional, porque como ya se vio, el texto legal del Código de Familia lo considera legalmente imposible).

Se hace esta referencia al matrimonio porque si la Constitución no impide, explícitamente, el matrimonio homoafectivo; con mayor razón se debe interpretar que tampoco impide el reconocimiento de la unión estable

homoafectiva, como manifestación diversa del matrimonio, pero constitutiva de un grupo familiar.

2. En la Ley 7771, Ley General sobre el VIH/SIDA

Se logró introducir en el artículo 48 de esta ley una norma que incluyera, junto con otros aspectos, la prohibición de discriminación por orientación sexual.

El artículo 48 de esta ley dice:

Artículo 48. Discriminación

“Quien aplique, disponga o practique medidas discriminatorias por raza, nacionalidad, género, edad, **opción política**, religiosa o **sexual**, posición social, situación económica, estado civil o por algún padecimiento de salud o enfermedad, será sancionado con pena de veinte a sesenta días multa.

El juez podrá imponer, además, la pena de inhabilitación que corresponda, de quince a sesenta días.” (la negrita no es del original)

Esto constituye un importante avance en el reconocimiento a la dignidad de las personas homosexuales.

Nótese que su redacción es tímida. No dice, directamente, discriminación por orientación sexual; como aparece en las leyes de otros países. Parece como si durante la discusión de la ley, se hubiera introducido sin que se tuviera plena conciencia del reconocimiento que hace a la homosexualidad.

Pero, sin importar si fue un acto conscientemente legislado, o si fue un acto involuntario, lo cierto del caso es que es la única norma en la legislación costarricense que reconoce y protege, directamente, a la población homosexual.

3. Despenalización de la sodomía

Mediante Ley N. 7899 del 3 de agosto de 1999, se reformaron varios artículos del Código Penal de Costa Rica; entre ellos, se eliminó el delito de sodomía.

El artículo 173 del Código Penal, sancionaba con pena de prisión de uno a tres años, a quien tuviera acceso carnal con una persona mayor de doce y menor de diecisiete años. Mientras que el artículo 159 de ese mismo cuerpo legal, sancionaba con pena de prisión de dos a seis años, a quien tuviera acceso carnal con mujer honesta, mayor de doce y menor de quince años; aunque hubiera existido consentimiento de las personas menores.

Con la reforma se eliminó la referencia a la sodomía y a la diferencia de edades para las relaciones sexuales legalmente consentidas. Se equipararon las edades a un mínimo legal de quince años para las relaciones sexuales legalmente consentidas; independientemente del sexo de las personas que tengan la relación; lo mismo que toda referencia a la "honestidad" de la mujer.

Con la reforma el artículo 159 del Código Penal dice:

Relaciones sexuales con personas menores de edad

ARTÍCULO 159.-. Quien, aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, mayor de doce años y menor de quince, aun con su consentimiento, será sancionado con pena de prisión de dos a seis años.

Igual pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos. La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de doce años y menor de dieciocho, y el agente tenga respecto de ella la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador.

Es necesario aclarar que las relaciones sexuales “consentidas” con personas menores de dieciocho años, cuando medie pago o promesa de pago, constituyen delito.

Además, mediante la Ley N° 8250 del 2 de mayo de 2002, se modificó nuevamente el Código Penal y se eliminó el párrafo que reconocía la sodomía escandalosa como una contravención a las buenas costumbres.

Por su parte, el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Proyecto de Reforma al Código Penal, contienen referencias que podrían interpretarse como reconocedoras de “algo más”, en materia de grupos familiares.

4. “Conviviente” en el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Proyecto de Reforma al Código Penal

Cabe advertir que estos cuerpos legales tienen una inconsistencia terminológica al referirse al “conviviente”. En algunos casos se puede interpretar que hacen referencia al “conviviente” de la “unión de hecho” reconocida en el Código de Familia (con los requisitos legales que esta norma impone), pero en otros casos, parece que se refiere a otro tipo de “conviviente”, pues utiliza frases como: *“el conviviente con más de dos años de vida en común”*, *“persona que conviva con el denunciante ligada a él por lazos especiales de afecto”*, *“persona con quien haya mantenido una relación análoga de convivencia”* y *“un tercero íntimamente vinculado”*

Esta falta de uniformidad podría prestarse para situaciones contradictorias. Se podría pensar que se está reconociendo, de alguna manera, a “convivientes” de diferentes grupos familiares, lo que incluiría a las parejas estables homoafectivas.

De manera dispar, en algunos artículos se refieren al “conviviente” y en otros a las expresiones arriba señaladas. Además, esas expresiones o perífrasis son dispersas y ambiguas, no señalan el tiempo mínimo necesario para que la relación estable de pareja sea considerada una “relación análoga de convivencia”.

En materia penal existe el principio de tipicidad, que obliga al legislador a redactar, claramente, cada tipo penal y también existe la prohibición al juez de aplicar la analogía en perjuicio. Con la utilización de esas expresiones se está creando una situación de inseguridad jurídica que no cabe en un cuerpo normativo; mucho menos tratándose de normas que regulan un tema tan sensible como lo es la materia penal.

Es importante aclarar que todos los artículos que se mencionarán, han sido reformados o pertenecen al proyecto de ley posterior al reconocimiento de la unión de hecho de 1995, contenida en el Código de Familia y en el que para ser considerado “conviviente”, se requiere que *“La unión de hecho sea pública, notoria, única y estable, por más de tres años entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio”*; pero establecido también para reconocerle los mismos efectos patrimoniales propios del matrimonio; por eso queda la duda si para reconocer los efectos no patrimoniales propios del matrimonio, se pueden establecer otros parámetros como los establecidos en materia penal.

a) “Conviviente” en el Código Procesal Penal

El inciso b) del artículo 70 del Código Procesal Penal, al referirse a los derechos de la víctima, hace una enumeración sobre quienes pueden considerarse víctimas y dentro de estos incluye al conviviente.

Artículo 70.- Víctima

Se considerará víctima:

a) Al directamente ofendido por el delito.

*b) Al cónyuge, **conviviente con más de dos años de vida en común**, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.*
(la negrita no es del original)

Este Código fue aprobado por ley 7594 del 10 de abril de 1996, ocho meses después de la aprobación de la ley que regula las uniones de hecho. Sin embargo, en el artículo señalado el legislador menciona que tendrá derecho como víctima *“el conviviente con más de dos años de vida en común”*, mientras que para que la unión de hecho sea reconocida legalmente, se requiere de una convivencia mínima de tres años.

Por lo tanto, cabe preguntarse: ¿Se estará refiriendo el legislador al mismo tipo de conviviente reconocido en el Código de Familia? (con las limitaciones que impone, entre ellas que sean de distinto sexo) o, por el contrario, al reconocer al conviviente con dos años de vida en común ¿Estará dando una nueva y más amplia categorización de convivientes, dentro de la cual se puede incluir a los convivientes homoafectivos?.

Si este artículo se interpreta de manera restrictiva y se le reconocen los derechos de la víctima, sólo a los convivientes de uniones de hecho heterosexual y se excluyen de los mismos a los convivientes de uniones estables homoafectivas, se estaría haciendo una interpretación extensiva y analógica en perjuicio de la víctima. Situación que está expresamente prohibida en el artículo 2 del Código Procesal Penal.

De igual manera, queda la duda sobre los artículos 55 b, 66 y 215 del mismo cuerpo legal; cuando menciona como motivos para excusas y recusaciones del juez, funcionarios del Ministerio Público y de los peritos (respectivamente), cuando conozcan una causa en la que una de las partes

sea el “conviviente con más de dos años de vida en común”. ¿Se están refiriendo estos artículos sólo al conviviente con las regulaciones que menciona el Código de Familia o, por el contrario, deben los jueces, funcionarios del Ministerio Público y peritos excusarse (o ser recusados), cuando intervienen en una causa donde una de las partes sea su “pareja” con quien han convivido durante más de dos años, independientemente de si se trata de una unión estable homo o heteroafectiva.

Otro artículo del Código Procesal Penal que llama la atención es el 281. Este artículo se refiere a la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio. En la primera parte hace una enumeración de quienes están obligados a denunciar y luego, menciona a las personas que no están obligadas a denunciar si con la denuncia también se ven afectadas. Sin embargo, no hace referencia al conviviente de la unión de hecho, sino que emplea una perífrasis para referirse a los convivientes. Así:

ARTICULO 281.- Obligación de denunciar. Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio...
En todos estos casos, la denuncia no será obligatoria si razonablemente amiesga la persecución penal propia, del cónyuge, o de parientes hasta tercer grado por consanguinidad o afinidad, o de una persona que conviva con el denunciante ligada a él por lazos especiales de afecto. (la negrita no es del original)

Cuando este Código menciona “persona que conviva con el denunciante ligada a él por lazos especiales de afecto”, obviamente, se está refiriendo a los convivientes de la unión de hecho; aunque también caben dentro de esta salvedad otras personas que convivan con el denunciante, como los convivientes de la unión de hecho irregular y los convivientes de la unión estable homoafectiva. La expresión señalada es sumamente amplia y será el juzgador quien deberá ir delimitándola a la hora de aplicar el derecho.

b) “Conviviente” en el Código Penal

El inciso 3 del artículo 170, del Código Penal sobre el proxenetismo agravado, menciona las causas por las que se agrava este delito, en razón del vínculo entre la persona que promueve la prostitución y la persona prostituida. Utiliza la frase: “*persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia*”; para hacer referencia al proxeneta que es, al mismo tiempo, “pareja” de la persona sobre quien se ha promovido la prostitución.

En este Código también se agrava la pena de los delitos de: abusos sexuales contra personas mayores de edad (162), corrupción agravada (168), proxenetismo agravado (170) y trata de personas (172) con motivo de la relación de confianza, vínculo de parentesco y/o poder entre quien cometió el delito y la víctima; incluyendo a la “*persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia.*”

Estos artículos fueron reformados por el artículo 1° de la ley No. 7899 del 3 de agosto de 1999. Para ese entonces el Código de Familia ya reconocía la figura del conviviente de la unión de hecho. Sin embargo, no se utilizó esta terminología y se prefirió esta perífrasis, que aunque incluye a los convivientes de la unión de hecho, también incluye a los convivientes de otros núcleos familiares.

Se nota una inconsistencia en el Código Penal a raíz de las modificaciones que han sufrido algunos artículos, pero no se ha revisado todo el Código. Así, algunos delitos como la privación de libertad, se ven agravados si quien los comete es el cónyuge, pero no menciona ni al conviviente, ni a la persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia (artículos 191 y 192 del Código Penal). En este caso, los jueces no podrían aplicar el agravante por analogía a los “convivientes”, por estar expresamente prohibida en materia penal.

c) “Conviviente” en el Proyecto de Reforma al Código Penal

En Costa Rica, desde hace una década se está discutiendo la necesidad de reformar el Código Penal. Se presentó un proyecto de ley para tal reforma y en la actualidad, cuenta con un dictamen de mayoría de la comisión que lo estaba estudiando.¹⁸⁸

A continuación se presentarán algunos comentarios sobre este proyecto de ley, referidos a los convivientes.

Incluye en la redacción de varios artículos “a la persona que se halle o haya mantenido una relación análoga de convivencia”. Sin embargo, mantiene una inconsistencia en el tratamiento de esta “persona”, pues en algunos casos la menciona de esa manera y en otros casos como “conviviente”, lo que podría prestarse a confusión. Incluso en el artículo 107 de este proyecto, sobre la “conmutación de pensiones futuras”, se utilizan ambas expresiones como sinónimos. El inciso 1 de este artículo establece que en caso de muerte de la persona ofendida:

ARTÍCULO 107: Conmutación de pensiones futuras

1) *Si el reclamante es el cónyuge sobreviviente, o la persona con la que el occiso mantuvo **una relación análoga de convivencia**, sin que existan hijos menores, la conmutación se hará con base en el resto probable de vida del **cónyuge o conviviente** de mayor edad a la fecha de la conducta punible. (la negrita no es del original)*

Este inciso está homologando el término “conviviente”, al de persona que mantuvo “una relación análoga de convivencia”.

¹⁸⁸ Dictamen afirmativo de mayoría de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, sobre el Proyecto de “Ley de Reforma al Código Penal”, expediente N° 11.871 del 22 de abril de 2003

Lo mismo se observa en el inciso 3 del artículo 225 sobre “incumplimiento del deber alimentario”, cuando señala que: serán sancionadas con penas de prisión de un mes a dos años las personas que, deliberadamente, omitan cumplir con los deberes alimentarios establecidos en la legislación de familia y entre ellos menciona:

3) *El cónyuge con respecto a su cónyuge o el conviviente con respecto a la persona a la que se halle ligado en análoga relación de convivencia, separado o no, o divorciado cuando esté obligado.*

En este caso hace referencia a la legislación de familia, en la cual no están incluidos los “convivientes” de la unión estable homoafectiva. Sin embargo, si se considera que la expresión quien “*se halle ligado en análoga relación de convivencia*” es comprensiva de las relaciones estables homoafectivas, esta situación podría prestarse a un sinnúmero de interpretaciones, cosa que la ley penal no debe propiciar.

Por otra parte, en el artículo 95 sobre: “El perdón judicial” y en el artículo 170 sobre: “corrupción agravada”, se menciona al conviviente, (no a la persona que se halle en relación análoga de convivencia)

Mientras que otros artículos como el de homicidio calificado (118),¹⁸⁹ lesiones gravísimas (134), violación calificada (162), privación de libertad agravada (177), violencia física (212), violencia emocional (213) y restricciones

¹⁸⁹ Nota: el inciso 1 del artículo 112 del actual Código Penal, sobre homicidio calificado dice: Homicidio calificado ARTÍCULO 112.- Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate:

1.- A su ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos, a su manceba o concubinario si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho.

Según la opinión del autor de esta investigación, por la “imposibilidad de procrear hijos en común”, este agravante no se puede aplicar a las uniones estables homoafectivas, Sin embargo, con la propuesta de reforma penal, “la persona con quien haya mantenido una relación análoga de convivencia”, perfectamente podría aplicarse a los miembros de estas uniones.

a la autodeterminación (214), agravan la pena para *“la persona con quien haya mantenido una relación análoga de convivencia.”*

Por su parte, el artículo 186 sobre “amenazas”, además de proteger a la persona y a su familia, incluye a “un tercero íntimamente vinculado”.

Con esta redacción es un poco confuso saber si el “conviviente” de la unión estable homoafectiva está o no, incluido dentro de estas categorías.

Por otra parte, es importante resaltar que en los delitos contra el ámbito de intimidad y la autodeterminación informativa, se incluyen como agravantes cuando éstos se realicen *“con el fin de establecer discriminaciones creando perfiles que revelen la ideología, religión, creencias, salud física y mental, origen étnico o vida sexual, o la víctima fuere un menor o un incapaz”* o *“con el fin de establecer perfiles discriminatorios de personalidad.”*

También el artículo 202 de este proyecto, retoma la prohibición de discriminación por opción sexual, con una redacción muy parecida a la que aparece en la Ley General del VIH/SIDA antes comentada, incluyendo la inhabilitación para el servidor público que cometa este delito.

Además, en el artículo 229 sobre “genocidio”, el cual está dentro del capítulo de “delitos contra la humanidad”, refuerza el concepto de prohibición de discriminación por orientación sexual, al decir:

ARTÍCULO 229: Genocidio

Quien tome parte en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razones de raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica o estado civil, será sancionado con pena de prisión de quince a treinta y cinco años.

Con la misma pena será sancionado quien:

- 1) Cause a los miembros de esos grupos graves daños corporales o psíquicos;

5. ¿Están reconociendo estos Códigos la existencia de las relaciones estables homoafectivas de manera ambigua, imprecisa y penalizada?

Da la impresión que las reformas realizadas al Código Penal, al Código Procesal Penal y al Proyecto de Reforma al Código Penal; tratan de incluir una figura diferente del “conviviente” establecido en el Código de Familia, que incluya tanto al “conviviente” de las uniones de hecho irregulares, como a los integrantes de las uniones estables homoafectivas.

Sin embargo, su imprecisión y ambigüedad, crean situaciones de inseguridad jurídica que no pueden, ni deben, estar contenidas en un cuerpo normativo penal.

Esto obliga a un replanteamiento terminológico. Si el legislador costarricense quiere incluir a las personas que conviven en uniones estables homoafectivas, debe nombrarlas directamente (con el nombre que quiera ponerles), pero no utilizar expresiones tan amplias que se presten a confusión.

Como se ha visto, reiteradamente, a lo largo de esta investigación, las personas que conforman las uniones estables homoafectivas necesitan y luchan por ser reconocidas legalmente; por recibir protección contra la discriminación y por asegurar que los efectos jurídicos de sus relaciones estables sean protegidos.

En el proyecto de reforma al Código Penal, se nota una intención de proteger contra la discriminación a las personas homosexuales, actitud totalmente entendible dado el grado de intolerancia, irrespeto y maltrato de que son objeto estas personas en el ámbito social y jurídico de este país.

Sin embargo, si la expresión “*persona que se halle ligada en análoga relación de convivencia*” es comprensiva de los y las “convivientes” de las uniones estables homoafectivas, se estaría ante una situación de verdadera

discriminación en el Ordenamiento Jurídico costarricense, (aunque este no haya sido el propósito del legislador, ni de las personas que hayan propuesto las reformas).

Un ordenamiento jurídico moderno, democrático y respetuoso de los más altos valores humanos no puede, por ningún motivo, comenzar el reconocimiento a un núcleo familiar, encuadrándolo en el cuerpo normativo represivo por excelencia; el Código Penal.

Si el Ordenamiento Jurídico costarricense pretende incorporar a las personas que forman uniones estables homoafectivas, utilizando para ello la calificación o agravamiento de los delitos para estas personas, pero antes o simultáneamente, no les ha reconocido los derechos que se derivan de estas uniones; se estaría reforzando a nivel institucional, una odiosa discriminación en perjuicio de uno de los sectores sociales que histórica, social y jurídicamente ha sido condenado a la represión, invisibilidad y marginalización.

Si los gays y las lesbianas, en este país, ya son tratados como ciudadanos y ciudadanas de segunda categoría (al imponérseles todos los deberes civiles, políticos y tributarios y al mismo tiempo negándoseles los derechos elementales de protección familiar, entre otros), con su inclusión o "reconocimiento" en la sección más represiva del aparato estatal, se les estaría rebajando una vez más a una categoría inferior, convirtiéndolos en ciudadanos y ciudadanas de tercera categoría; atentando con esto, contra la dignidad de estas personas y contra la misma dignidad de todo el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, pero siguiendo en materia penal, es necesario replantearse el tema que fue abordado en el primer capítulo sobre el artículo 36 de la Constitución Política. En este artículo se resguarda el derecho de abstenerse a declarar en procesos penales contra el "cónyuge".

Esta norma constitucional pretende garantizar la unidad y vida familiar, para que nadie se vea forzado a declarar contra su familia. Mediante el voto 1151-94 de las 15:30 del 1° de marzo de 1994 de la Sala Constitucional, ésta interpretó, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República, que la palabra “cónyuge” del artículo constitucional citado no debe interpretarse de manera restrictiva; que debe ser extensivo a los “convivientes” de la unión de hecho (es un voto que se dicta cuando en Costa Rica no se había legalizado la unión de hecho).

Algunos extractos de los párrafos que fundamentan este voto tienen gran relevancia en el tema. La Sala Constitucional dice que la Constitución es un todo armónico y que debe ser interpretada como conjunto de ideas y valores a la luz de los principios que la sustentan. Además, que no es propio censurar ni desconocer las uniones de hecho *“a la luz de la libertad de culto, expresión y pensamiento que protege la Constitución Política.”* También dice que a pesar de los calificativos que algunas religiones le han dado al concubinato, éste sigue siendo una fuente de familia y que desconocer esta realidad social solo llevaría a la “desigualdad y desprotección de quienes componen ese núcleo”. Concluye el voto diciendo: *“En consecuencia, la familia, compuesta por individuos libres e iguales en dignidad y derechos ante la ley, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado independientemente de la causa que le haya dado origen: su naturaleza e importancia justifican su protección.”*¹⁹⁰

La Sala Constitucional deja la potestad a cada juez para que determine, de acuerdo con cada caso si se está o no en presencia de una familia. La amplitud demostrada en la interpretación del artículo 36 constitucional, debe servir de base para que sea aplicado de la misma manera a los “convivientes” de las uniones estables homoafectivas. Una interpretación diferente, por los argumentos dados, sería claramente discriminatoria.

¹⁹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N°. 1151-94 de las 15:30 del 1° de marzo de 1994

Sección Segunda

Visualización de las uniones estables homoafectivas en la sociedad costarricense

Esta sección está dirigida a mostrar una caracterización general de las situaciones que enfrentan las personas homosexuales y las parejas homoafectivas en la sociedad costarricense.

Los comentarios que a continuación se presentan, tratan de sintetizar los aspectos más relevantes de las experiencias recogidas durante los últimos siete años, en los que el autor de esta investigación ha realizado un trabajo comunitario con la población gay de Costa Rica; así como algunas entrevistas efectuadas con el fin de conocer, con más detalles, las implicaciones sociales y jurídicas que representa para estas personas el mantener una relación de familia oculta, estigmatizada socialmente e invisible a los ojos de la justicia.

Es necesario aclarar que la mayor parte de la experiencia, de las entrevistas y de los cuestionarios realizados, corresponden a parejas conformadas por hombres; este dato se resalta por cuanto, las relaciones estables homoafectivas entre hombres, aunque comparten algunas similitudes con las relaciones homoafectivas entre mujeres e incluso con las heteroafectivas también tienen importantes diferencias; principalmente, por razones biológicas y por la incorporación de roles aprendidos socialmente.

La mayor parte de la información corresponde a vivencias homoafectivas entre hombres, no con el fin de minimizar o invisibilizar la realidad que viven las lesbianas, sino como aclaración para una mejor comprensión de los fundamentos expresados.

A. La vida de gays y lesbianas en un medio social intolerante

1. La presión y el rechazo social

Desde la infancia o en los primeros años de su juventud gays y lesbianas han vivido en un ambiente que los reprime. Crecen escuchando comentarios homofóbicos en sus propios hogares y en la escuela, lo que les impide tener la confianza para expresar sus sentimientos y en muchos casos se ven obligados a “seguir la corriente” y asumir una postura homofóbica contra el gay o la lesbiana “evidente”, como una forma de protegerse y evitar la reprimenda social, familiar y eclesiástica por su propia orientación sexual.

Cuando llegan a la adolescencia deberán soportar la presión social para que tengan “novios o novias” e incluso, en algunos casos, principalmente los hombres, ante el “terror” del padre o de la madre que ven en el hijo “signos” de homosexualidad, son llevados a alguna casa de prostitución o se les busca alguna “amiga” que les ayude a “convertir en hombre” al adolescente.

En Costa Rica, al igual que en muchos países con una cultura predominantemente machista, la homosexualidad se ve como una “vergüenza” para la familia, lo que justifica que sean sujetos de sanción económica, psicológica e incluso física.

Hasta hace algunas décadas, los gays y las lesbianas tenían, obligatoriamente, que seguir el patrón dado por una cultura que no aceptaba con buenos ojos, los cambios sociales que hiciera confrontar las bases tradicionales en que estaba cimentada la familia, mucho menos en materia de derechos sexuales y reproductivos.

No tenían mucha oportunidad de “escapar” de esa presión social. En términos generales, las opciones con que contaban eran pocas; emigrar hacia otro país con mayor tolerancia, respeto y oportunidades; autoexiliándose para poder crecer como personas. La segunda era la de ocultar al máximo su orientación sexual y si la presión interna de la familia o medio social era muy fuerte, casarse, para no sufrir las consecuencias de la exclusión social, llevando una “doble vida”. Quienes optaban por esta solución arrastraban de esta manera a una tercera persona (su esposo o esposa), a compartir una vida falsa, sólo por cumplir con el compromiso social. La tercera opción que se utilizó durante mucho tiempo, fue la de ingresar a seminarios religiosos y ordenarse como “guías espirituales”; de esta manera podían escapar del matrimonio sin tener que enfrentar a la familia y al mismo tiempo mantener o conseguir una posición social “muy respetable”, que en nada se comparaba con la que le esperaba si era “descubierta” su orientación sexual.

Esas son sólo algunas de las opciones que se elegían, obviamente había otras; como “someterse a tratamientos clínicos”, ingresar a grupos religiosos que le ayudarían a cambiar (sin la pretensión de ordenarse), auto flagelarse e incluso suicidarse; todo con tal de no ser objeto de los vejámenes que le imponía (y sigue imponiendo), la sociedad al descubrir su orientación sexual.

“Tienes una idea de lo increíblemente fuertes que debemos ser los gays y las lesbianas, para que con toda esta carga emocional y psíquica sigamos siendo seres sociales, nos partamos la espalda por encajar y no seamos residentes del Psiquiátrico.”¹⁹¹

En un ambiente socio político como el descrito, no es raro la “justificación” social que hacen las personas con el fin de excluir, denigrar, maltratar y violar los derechos más elementales a estas personas.

¹⁹¹ SUÁREZ, (Daria), La discriminación duele, artículo publicado en la página web de CIPAC, Octubre 2002, página electrónica: <http://www.cipacdh.org/html/index.htm>

Sin entrar en contradicciones con lo apuntado en esta sección, se debe señalar también que en la última década, se ha visto un cambio sustancial en muchos sectores de la sociedad costarricense. En ciertos círculos universitarios, artísticos, médicos y sobre todo familiares, se nota una aceptación, tolerancia y/o respeto hacia “lo diferente”.

Se refleja una mayor aceptación, si no de toda la familia por lo menos de algunos miembros, quienes visitan, comparten e incluyen a la “pareja” como un miembro más de la familia.

En algunos casos, incluso se les enseña a los niños y las niñas (de parejas heteroafectivas), a llamar “abuelos/as” o “tíos/as” (dependiendo de la relación de parentesco), a la pareja de su familiar. Estos niños y niñas no “entran en confusión”, por el contrario, aprenden a respetar y ver con absoluta naturalidad al “novio” de su abuelo, o a la “novia” de su abuela, tía, hermana.

Como nota ejemplificante (aunque no corresponda a la realidad costarricense), se considera oportuno mencionar aquí una situación que demuestra el grado de madurez al interpretar una situación social, donde con una amplitud de criterio, la Corte puede obligar al sistema educativo a cultivar en los niños y niñas el respeto por la diversidad familiar

El consejo escolar de un suburbio (Surrey) en Vancouver, Columbia Británica, Canadá, prohibió la utilización de tres libros infantiles en las aulas de jardines de infantes y primeros grados porque esos libros mostraban a parejas mater/paternales del mismo sexo. El caso llegó a la Corte Suprema de Canadá, quien el 20 de diciembre de 2002, dictaminó (siete votos contra dos), que el consejo escolar se equivocó al prohibir tales libros. La Corte señaló que las escuelas de esa provincia son instituciones seculares y no pueden basar sus decisiones en las preocupaciones religiosas de las madres y de los padres. En la nota periodística se agregan algunas palabras de la presidenta del Tribunal,

magistrada Beverley McLachlin, quien mencionó que los niños y las niñas pueden conservar muy bien el modelo de familia con la que conviven, pero que también pueden tomar conciencia de la diversidad de modelos familiares que existen en la sociedad.¹⁹²

Lo más destacado del caso es el desprendimiento de prejuicios que denota el fallo mencionado, lo que también indica la necesidad de estar actualizado con la realidad social a la hora de impartir justicia. Por supuesto hubo críticas, sobre todo de los sectores conservadores, pero aún así, los magistrados y magistradas logran sustraerse de esa presión y posiblemente, de sus propios prejuicios y aplicar de manera objetiva la Constitución.

Se trajo a colación esta “anécdota” jurídica, no con la intención de que se repita en Costa Rica, donde la educación sexual (heteroafectiva, por supuesto) en escuelas ha tenido serias dificultades para ser impartida de manera objetiva, por la presión de la Iglesia Católica; sino con el fin de mostrar el papel educador y sensibilizador de los operadores del derecho, quienes a la vez dan la pauta para que la sociedad tenga una posibilidad de romper con sus esquemas de intolerancia, prejuicios y miedos sobre todo lo que significa “diversidad”. También se trajo a colación para contrastarla con lo que ha sido la posición de los tribunales costarricenses sobre el tema de la orientación sexual.

2. El discurso oficial que incita al odio

Las situaciones discriminatorias se ven agravadas, constantemente, por los discursos oficiales y las actuaciones de las autoridades políticas y eclesiásticas de Costa Rica.

¹⁹² WOCKNER NEWS SERVICE, NOTICIAS INTERNACIONALES, N. 452, del 23 de diciembre de 2002. Lamentablemente las informaciones periodísticas por lo general no indican los datos oficiales de los fallos judiciales mencionados, tales como el número de voto o el número de expediente, lo que dificulta la comprobación y estudio a profundidad de tales sentencias.

A finales de la década de los años ochenta del siglo XX, la policía, con el pretexto de frenar la epidemia del SIDA, realizaba redadas en bares y discotecas frecuentadas por la población gay. En muchos casos, la prensa publicaba las imágenes de las personas que eran detenidas, lo que les ocasionaba serios prejuicios familiares y laborales a estas personas.

En 1990, un grupo de mujeres organizó un seminario latinoamericano de lesbianas en Costa Rica. Tanto la Iglesia Católica como las autoridades de gobierno desataron “una cacería de brujas” para impedir que dicha actividad se realizara. Incluso dieron órdenes a las autoridades de migración para impedir el ingreso de cualquier mujer “sospechosa” de ser lesbiana.

La astucia para burlar tales medidas y el empeño de muchas mujeres hizo que siempre se realizara el evento, aunque con la ausencia de varias mujeres que no pudieron pasar el “cerco moral” impuesto por el gobierno de Costa Rica. Durante la celebración de la actividad tuvieron problemas con la población vecina al evento, quienes incitados por personas intolerantes, arrojaron piedras y palos al lugar donde estaban reunidas.

En 1993, se presentó un recurso de amparo contra el entonces Ministro de Seguridad Pública y Gobernación Licenciado Luis Fishman Zozinsky, por dar declaraciones a la prensa donde dijo que “no quería pajarracos en la Fuerza Pública”. La Sala Constitucional rechazó de plano el recurso.

En 1998, ante la posibilidad de que en Quepos se realizara un “festival gay”, el Arzobispo de San José, en ese momento Monseñor Román Arrieta dijo durante la homilía del 2 de agosto de ese año: *“Deseo fervientemente que se encuentren modos y formas legales para impedir su celebración y que nuestro pueblo y tantos hombres y mujeres de valía con que contamos muestren en forma digna y civilizada su contundente rechazo al festival”*.

Ese mismo día, el presidente de la República, Dr. Miguel Ángel Rodríguez manifestó: *“Es importante que las autoridades respectivas no concedan los permisos a ningún tipo de actividad pública”* (refiriéndose al festival gay).

También, durante mucho tiempo en la emisora católica, Radio María, fue frecuente escuchar frases que incitaban al odio contra gays y lesbianas emitidas por el sacerdote Minor Calvo. Estas posiciones alimentan los prejuicios sociales que sobre la homosexualidad existen y refuerzan la intolerancia de la sociedad costarricense.

Algunos datos estadísticos mencionados por el Periódico la Nación, muestran el alto grado de intolerancia de la población costarricense hacia los homosexuales, por encima de los prejuicios raciales y xenofóbicos, que de por sí ya son bastante altos en el país.¹⁹³

En 1996, el Registro Público de Costa Rica negó la inscripción en la sección de Asociaciones a la Asociación Gay-Lésbica Triángulo Rosa, la cual acudió a la Defensoría de los Habitantes para demandar su apoyo y lograr su inscripción. La Defensoría argumentó que no era legal la negatoria porque violaba el artículo 25 de la Constitución Política que garantiza el derecho de Asociación.

Durante la década de los noventa, se evidenciaron constantes ataques y chantajes de la policía contra las personas travestis de la ciudad de San José. Al mismo tiempo, medios de comunicación emitían editoriales homofóbicos. También se reportan despidos laborales por la orientación sexual en maestros

¹⁹³ HERRERA ULLOA, (Mauricio), Costa Rica supera al istmo, intolerancia amenazante. Estudio detecta deterioro de valores democráticos. Reportaje refiriéndose a investigación realizada por Florisabel Rodríguez. Periódico La Nación, Domingo 15 de agosto de 1999, sección el país. Fuente electrónica: http://www.nacion.com/lm_ee/1999/agosto/15/pais9.html

de escuela. Así como amenazas y ataques directos contra lugares de reunión gay/lésbica.

En los últimos años muchas personas han optado por emigrar, solos o con su pareja a países donde se sientan seguros, puedan tener una vida “normal” y donde se les reconozca su derecho a conformar una familia. La situación descrita permitió a una lesbiana obtener asilo en Canadá en 1994.¹⁹⁴

El 17 de octubre de 2001, se organizó en Costa Rica un foro con los candidatos que aspiraban a la presidencia en las elecciones de febrero 2002. Uno de los temas más polémicos fue el de eliminar las barreras legales que impedían “el matrimonio gay”. En sus respuestas, uno de los candidatos, el Sr. Ottón Solís manifestó: “No concibo que un hombre tenga sexo con un animal, ni tampoco un hombre con otro hombre, eso lo considero antinatural”.

Esta comparación de las relaciones homosexuales con las relaciones de “bestialidad” (relaciones sexuales de personas con animales), fue una ofensa directa a gays y lesbianas. Al mismo tiempo, refleja el tipo de expresiones que, dichas por una persona que aspiraba a la presidencia de la República, se vuelven argumentos a favor de quienes mantienen discursos que incitan al odio homofóbico y que, respaldan las violaciones de los derechos humanos cometidos contra gays y lesbianas en el país.

En junio de 2003, el Vaticano, muy preocupado por los reconocimientos jurídicos que los Estados estaban haciendo a las uniones homoafectivas, emitió sus “*Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales*”¹⁹⁵, la cual está dirigida a los políticos

¹⁹⁴ Página electrónica de ILGA: http://www.ilga.org/Information/legal_survey/IGLHRC

¹⁹⁵ Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales, Congregación para la doctrina de la fe, documento elaborado por Joseph Card. Ratzinger Prefecto y por Angelo Amato, Arzobispo titular de Sila. Obtenido por medio electrónico:

de los países católicos, exhortándolos a negar cualquier reconocimiento jurídico a las parejas homoafectivas.

En el documento dice que no se deben hacer analogías, *“ni siquiera remotas”* entre las uniones homosexuales, el matrimonio y la familia e insiste en que éstas uniones *“no pueden recibir aprobación en ningún caso”*.

Considera que *“todos los que padecen esta anomalía ... deben ser acogidos con respeto, compasión y delicadeza. Se evitará respecto a ellos, todo tipo de discriminación injusta.”* Insiste en que si esta práctica *“inmoral”* se legítima, contribuiría a la *“difusión del fenómeno”* y que *“la tolerancia del mal”* es muy diferente a su aprobación o legalización, que *“hay suficientes razones para afirmar que tales uniones son nocivas para el recto desarrollo de la sociedad humana, sobre todo si aumentase su incidencia efectiva en el tejido social.”*

Hace además, un llamado a los políticos y parlamentarios católicos, para que se expresen públicamente y voten en contra de estos proyectos de ley y que sería inmoral hacer lo contrario. En general, considera que *“la familia”* merece todo el respaldo porque es un valor que pertenece al patrimonio común de la humanidad.

Se ha querido exponer aquí sólo algunos de los puntos que señala el Vaticano, quien mantiene una postura acorde con sus intereses, pero a pesar de las palabras transcritas, donde reconoce el respeto que merecen los homosexuales, su discurso contrasta con esa afirmación.

El problema con este tipo de declaraciones es el peso moral y político que tienen; no sólo sobre los gobernantes *“católicos”*, sino también sobre la

familia en general, en quienes crea sentimientos encontrados, culpas y “pecados” por aceptar y respetar, efectivamente, la sexualidad de sus hijos e hijas.

Los legisladores y autoridades políticas de Costa Rica y de cualquier Estado moderno, libre y democrático, no pueden hacer caso a esta intromisión del Vaticano, ni aceptar este tipo de comentarios y posiciones intransigentes que incitan al odio y que chocan, evidentemente, contra cualquier postura democrática y respetuosa de los derechos humanos.

La forma como está redactado (con un fuerte contenido moral represivo), dirigido a los políticos “católicos”, es una clara violación del Vaticano a la soberanía de los Estados.

Las manifestaciones provenientes de altas autoridades políticas y eclesiásticas, refuerzan los estigmas y discriminaciones que deben soportar los gays y las lesbianas. Cuando en realidad, lo que esconden en el fondo es la homofobia interiorizada y un llamado a los crímenes de odio por homofobia. Esta postura tiene una similitud con la mencionada anteriormente, donde las personas, para no ser “descubiertas”, asumen “una postura homofóbica contra el gay o lesbiana “evidente”; como una forma de protegerse y evitar la reprimenda social, familiar y eclesiástica por su propia orientación sexual.

La posición de los sectores más reaccionarios de la Iglesia Católica contrasta, notablemente, con la posición de amplios sectores de otras iglesias como la Anglicana (Episcopal en Estados Unidos).

El sentimiento de frustración, pecado y exclusión que muchos gays y lesbianas sienten dentro de la Iglesia Católica, es un tema que escapa al objetivo de esta investigación. Pero, es importante señalar que en varios países existen grupos gays y lésbicos católicos que se cuestionan este rechazo

y ofrecen alternativas, principalmente, a la gente joven y familiares para que se incorporen, sin perder ni negar su identidad sexual y puedan desarrollar sus experiencias espirituales a plenitud.

En América Latina, la Iglesia Metropolitana que reúne a miles de fieles cristianos de diferentes religiones, es una iglesia con una tendencia predominantemente pro gay.

En Costa Rica, desde hace varios años se formó el grupo ecuménico “Arco Iris”, donde la comunidad LGBT costarricense, así como amigos y familiares se reúnen para compartir y crecer como personas en comunión con Dios, cualquiera que sea la idea que tengan de Él.¹⁹⁶

B. Conformación y dinámica de las uniones estables homoafectivas en Costa Rica

1. Principales diferencias entre las parejas estables homo y heteroafectivas

No es sino hasta las últimas décadas del siglo XX, cuando en Costa Rica los gays y las lesbianas, a raíz de los cambios sociales que se dieron en todo el mundo; con un constante cuestionamiento de los roles de la pareja, el feminismo, el reconocimiento de los derechos de las mujeres, de los niños y las niñas, el surgimiento del movimiento gay en otros países, la epidemia del SIDA como amenaza real, cansados de vivir ocultos y muchos otros motivos; empiezan a asumir una postura diferente y deciden enfrentar el medio social que los reprime.

¹⁹⁶ El Grupo Arco Iris se reúne todos los lunes en la noche, en las instalaciones de “Amigos para la Paz”, 50 metros oeste del Edificio de los Tribunales de Justicia.

Aunque la decisión de vivir junto a la pareja homoafectiva, no es un fenómeno reciente, el cambio social apuntado facilitó su expansión y además, permitió que paulatinamente fuera siendo aceptado; al principio, por un círculo muy pequeño de personas allegadas y poco a poco, más aceptado en algunas familias y grupos sociales progresistas.

Caracterizar a las parejas homoafectivas escapa de las pretensiones de esta investigación; esta labor corresponde a otras disciplinas como: la Psicología.¹⁹⁷

Sin embargo, sí se considera importante, dar algunos esbozos generales sobre la “construcción” de la relación estable homoafectiva en Costa Rica.

Como ya se mencionó, la familia no es una categoría única, absoluta e inflexible; es un fenómeno social que se adapta a las circunstancias imperantes en cada momento histórico y de manera diversa en cada sociedad. Los modelos de familia tradicional han ido cediendo campo a otras manifestaciones. No entran en competencia entre sí, sólo subsisten como manifestación de la diversidad familiar.

Las parejas homoafectivas no escapan de estas variables. Los patrones con que se constituyeron las primeras uniones estables no son los mismos que prevalecen en la actualidad. Estas relaciones estables son diversas, tanto en su composición, como en la dinámica y roles que asume cada miembro de la pareja.

En el establecimiento de relaciones homoafectivas, a diferencia de las relaciones heteroafectivas que por lo general, pasan por un período de

¹⁹⁷ En el año 2003 se presentó una tesis titulada *“Pareja homosexual masculina: Representación social y dinámica del vínculo de pareja”*, de los autores Allan Guzmán Delgado y Miriam Méndez Montero, de la Escuela de Psicología de la Universidad de Costa Rica. Se remite a ella a quienes deseen conocer algunos detalles convivenciales y las motivaciones en la construcción de la pareja gay en Costa Rica.

“noviazgo” y aceptación social, hay otras características como la clandestinidad de la relación, la imposibilidad de mostrarse afecto en público, las dificultades de aceptación por parte de las familias, el buscar “pretextos” para convivir con una persona de su mismo sexo, ya sea como compañeros de estudio, de trabajo o como relación de amigos.

Por lo general, una pareja heteroafectiva tiene oportunidad y espacios para conocerse, caminar tomados de la mano por una avenida o parque, regalarse una flor en un restaurante, mostrarse mutuamente afecto frente a familiares y amigos, presentar su pareja a la familia, compartir espacios sociales e intercambios entre ambas familias, sin temor a la reprimenda social y policial por estas manifestaciones propias del ser humano.

Por el contrario, los y las integrantes de las parejas homoafectivas se ven limitados a espacios reducidos, prácticamente guetos, donde se puedan expresar afecto.

Los miembros de la pareja heterosexual pueden comentar en sus lugares de trabajo y estudio lo que hicieron el fin de semana con su familia, o con sus “novios” y “novias”; los miembros de la pareja homosexual si lo hacen, posiblemente, perderían el trabajo o serían considerados “inmorales”. Incluso, deben soportar en silencio y hasta mostrar una sonrisa cuando alguien en la oficina hace un chiste homofóbico.

En situaciones de enfermedad u hospitalización de su pareja no pueden “desahogarse” con sus compañeros y compañeras de trabajo y obtener el apoyo necesario para llevar esa carga, tampoco puede pedir “permiso” laboral para acompañarlo/a en la clínica.

Tienen que inventar un motivo para excusarse de ir a trabajar el día que su compañero o compañera fallece, con el fin de poder asistir al funeral de la

persona con quien convivió como pareja por muchos años. No tendrá derecho a “licencia por duelo”, deberá seguir trabajando. Tampoco tendrá “derecho a llorar” en público. Todo esto lo debe pasar en el más absoluto y denigrante silencio, cualquier manifestación podría costarle su puesto laboral.

Otro factor que diferencia la construcción de la vida familiar de las parejas homoafectivas de las heteroafectivas es la ausencia de hijos.¹⁹⁸

Esta ausencia de hijos en las parejas homoafectivas tiene tres aspectos importantes de mencionar. El primero se refiere a la estabilidad de la pareja. La no existencia de hijos facilita en mucho el no quedarse con la pareja cuando ya el afecto ha terminado o cuando la relación ha dejado de ser funcional. En ocasiones una pareja heteroafectiva mantiene la convivencia en razón de los hijos, no en razón del afecto entre la pareja.

El segundo punto tiene relación con el aspecto económico. La pareja al no tener los gastos que supone la crianza y educación de hijos dispone de mayor libertad económica que las parejas con hijos, por lo que en principio, podrían tener mayor poder de adquisición y de independencia económica que les permita tener mayor libertad de decisión.

En tercer lugar, la ausencia de hijos podría favorecer que la pareja homoafectiva busque alternativas para proyectarse, tales como el desarrollo de proyectos de vida en común.

¹⁹⁸ Es necesario aclarar que en algunos hogares homoafectivos en Costa Rica viven niños y niñas. Por lo general son hijos/as biológicos/as de alguno de los miembros de la pareja o de algún familiar que dio el/la hijo/a en adopción, o simplemente crían al niño o a la niña sin que se haya legalizado el vínculo de adopción. Este es un tema muy sensible, por la importancia que reviste, principalmente para los niños y niñas que viven en estos hogares y que, como consecuencia de los prejuicios sociales y jurídicos que envuelven el tema de la homosexualidad, se ven expuestos a la negación de muchos derechos fundamentales. Por lo complejo del tema y por la relevancia social que tiene, se espera que desde ya se realicen investigaciones que hagan patente la urgente necesidad de su regulación.

También se podría mencionar que en las parejas homoafectivas, aunque no es una regla invariable, la dependencia económica de un miembro sobre el otro es menor que en las parejas heteroafectivas, por lo menos de las parejas heteroafectivas tradicionales donde la mujer no realiza trabajos remunerados. Esta característica supone una mayor autonomía económica, intelectual y social entre los miembros de la pareja homoafectiva y posibilita la igualdad de condiciones en la relación de pareja.

El hecho de que ambas personas sean del mismo sexo, en muchas ocasiones también facilita una mayor afinidad en los deportes, en la escogencia de lugares para el esparcimiento familiar, un mayor compañerismo, amistad y solidaridad, así como una mayor facilidad para expresar sentimientos entre iguales.

2. Los roles de cada miembro y la estabilidad de la pareja

La experiencia de vida familiar que adquieren los gays y las lesbianas en sus familias de origen, es determinante para la construcción de su propia relación de pareja. Situación que también se aplica en la construcción de las parejas heteroafectivas.

En una sociedad "machista" como la costarricense, los roles sociales, sexuales y domésticos de las parejas heteroafectivas están claramente delimitados; aunque esta estructura ha experimentado modificaciones importantes en las últimas décadas, todavía se mantiene como patrón social la asignación de roles a cada miembro de la pareja según su género.

Aunque se tenga a una persona dentro de la casa para que realice las labores domésticas, sigue siendo materia que "pertenece" a la mujer, así como la responsabilidad de cuidar los "detalles" del hogar, mientras que al hombre se

le asignan labores más dirigidas hacia lo público, como proveer alimentación, seguir siendo el “jefe” de familia y sólo, ante la ausencia de éste, la mujer puede ser la “jefa”.

Al igual que en otros países, en Costa Rica la construcción del modelo de familia homoafectiva no sigue un patrón único. Cada pareja de convivientes definirá su propio modo de vida. Esta construcción no siempre significa invención, puede ser copia de modelos aprendidos.

Sin querer dar una caracterización de familias homoafectivas, sino mostrar cómo se constituyen y desenvuelven éstas en el medio costarricense, se podrían mencionar dos situaciones ejemplificantes, entendiendo que éstas no agotan los modelos existentes.

En primer término, se encuentran las parejas homoafectivas que imitan la relación heterosexual, donde uno de los miembros asume un papel masculino y el otro un papel femenino, tanto en el aspecto sexual, social como doméstico. Incluso, en algunas ocasiones quien cumple el papel femenino, asume una actitud pasiva y de dependencia económica y emocional a su pareja; de esta forma, se repiten los desequilibrios de poder propios de las familias heteroafectivas tradicionales.

“Algunas frases rescatadas del proceso de entrevista manifiestan la distribución de funciones según preferencias y aptitudes de cada uno de los sujetos, pero a la vez se filtra la particularidad subyacente de estar constituida de manera tal que la parte más racional y tradicional en términos de socialización masculina de este vínculo –entiéndase R.- es quien asume también las tareas y conductas encargadas a los varones dentro de un matrimonio, mientras que por su parte O. asume casi totalmente las tareas otorgadas a la figura femenina dentro de la dinámica de esta institución social.”¹⁹⁹

¹⁹⁹ GUZMÁN DELGADO, (Allan) y MÉNDEZ MONTERO (Miriam), Pareja homosexual masculina: Representación social y dinámica del vínculo de pareja. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Psicología, Escuela de Psicología, Universidad de Costa Rica, 2003. Nota: R. y O. son las iniciales de dos miembros de una pareja homoafectiva que sirve de sustento a esa tesis.

Por el contrario, la construcción de la pareja puede darse bajo otros supuestos, en donde cada miembro, sin perder su identidad de género, asume un papel no definido ni social, ni históricamente; sino con base en sus habilidades, gustos y tiempo disponible. Estos papeles no son estáticos, pueden variar por diferentes razones y se crea la conciencia de solidaridad y cooperación de acuerdo con las posibilidades de cada miembro y donde se “negocia”, tanto el trabajo doméstico, como las otras funciones familiares.

Tampoco existe la figura del “jefe de familia”, sino convivientes que respetan la individualidad de su compañero o compañera afectiva.

La presión social, la dificultad para definir los roles de cada miembro, adaptarse a la convivencia con otra persona, así como las diferencias que se suscitan en cualquier relación de pareja, son algunos de los motivos que dificultan la continuidad de la relación estable. Sin embargo, pese a las presiones sociales y familiares en Costa Rica, muchas parejas logran superar esas dificultades, encontrándose casos de convivencia homoafectiva por más de 20 años.

Si mantener la estabilidad en una relación heteroafectiva es difícil, donde se evidencia un incremento considerable de separaciones y divorcios; con más razón, es difícil mantener la relación homoafectiva con toda la presión social que recibe en su contra.

La pareja homoafectiva debe enfrentar todo tipo de obstáculos para poder mantenerse como tal. A diferencia de la pareja heteroafectiva, en la que ante un problema que amenace con romper dicha relación, los “cónyuges” cuentan con diferentes recursos sociales que los apoyarán para solucionar sus problemas y para mantenerse como pareja; la pareja homoafectiva, desde su constitución recibirá la presión social para que se separen. Ante una crisis de

pareja, no cuentan con los recursos de apoyo social para mantenerla, por el contrario, la sociedad impulsará o acelerará su rompimiento.

“...las relaciones nuestras a pesar de ser tan reprimidas y a pesar de tener todo lo social en contra, son muchos más libres, porque no tenemos una presión social para estar juntos sino más bien una presión para no estar juntos.”²⁰⁰

Las parejas homoafectivas no escapan a los problemas presentes en cualquier relación de pareja estable (matrimonio o unión de hecho). Se presentan problemas económicos, celos y situaciones de violencia doméstica, tanto física como psicológica, de los cuales sólo un porcentaje muy pequeño llega a los Juzgados de Violencia Doméstica.

3. El aporte de las uniones estables homoafectivas en la redefinición de la vida familiar costarricense

Pese a las críticas de los sectores conservadores de la sociedad, sobre la inmoralidad de estas relaciones y el “mal ejemplo” social y familiar que dan; lo paradójico del caso es que el modelo de vida de las parejas estables homoafectivas, puede más bien colaborar en la redefinición de los roles y el estilo de vida de las familias heteroafectivas.

Estas parejas, más allá del prejuicio del “mal ejemplo”, son una forma de convivencia que muestra una alternativa a los modelos verticales, donde las estructuras de poder mantienen esquemas de sometimiento del hombre hacia la mujer.

El modelo de una relación equitativa, igualitaria, es el “mal ejemplo” que gran cantidad de mujeres en Costa Rica (en muchas ocasiones las propias

²⁰⁰ GUZMÁN DELGADO, (Allan) y MÉNDEZ MONTERO (Miriam), Pareja homosexual masculina: Representación social y dinámica del vínculo de pareja. Op. Cit.

madres y hermanas de los y las convivientes de las uniones homoafectivas, cuando mantienen contacto con estas parejas) están aprendiendo para luego demandar en sus hogares un trato igualitario; donde se les permita tomar decisiones por sí mismas e incluso, conciencia de que no son “pertenencia” de su cónyuge.

Como menciona el artículo 52 de la Constitución Política de Costa Rica, el matrimonio descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges. El “mal ejemplo” que están dando las parejas homoafectivas es mostrar el camino para que otras personas demanden esa igualdad.

C. Exclusión judicial y participación de la sociedad civil

1. Gays y lesbianas ante la justicia costarricense

Los argumentos expresados en esta investigación, no pretenden bajo ninguna circunstancia, igualar las relaciones heteroafectivas a las homoafectivas, ya que son indiscutiblemente diferentes. Pero sí pretenden mostrar que las similitudes existentes entre ambas relaciones, obligan a replantearse los motivos por los que hasta ahora han sido jurídicamente excluidas. Lo que se busca es el reconocimiento de los efectos jurídicos que estas uniones producen, los derechos, obligaciones y oportunidades que merecen.

Hasta ahora, gays y lesbianas han acudido en muy pocas ocasiones a los tribunales. Esta situación tiene diferentes causas posibles; la primera y más ilusoria sería la tesis de que la situación de derechos humanos para gays y lesbianas es muy respetuosa y que su modo de vida no genera conflictos sociales, ni jurídicos y esto explicaría la ausencia de denuncias.

También se podría suponer que, admitiendo la presencia de conflictos, tanto la sociedad como las mismas parejas homoafectivas, los resuelven en vía no contenciosa, demostrando con esto un alto grado de madurez civil.

Sin embargo, estas hipótesis son fácilmente rebatibles al hacer un rápido análisis de indicadores sociales que muestran lo contrario; en la sociedad costarricense, sí hay una violación constante de los derechos humanos de las personas con orientación sexual diversa a la “oficial”.

La falta de regulación y las dificultades para acceder al sistema judicial conducen a la desprotección y, por ende, a la pérdida de derechos en todos los campos del derecho. Los principales perjuicios que se pueden apuntar son:

- Imposibilidad para “asegurar” a la pareja cuándo ésta no puede trabajar
- No ser considerados beneficiarios en los planes de “bonos de vivienda”
- Dificultades para realizar trámites migratorios para lograr la residencia, cuando uno de los convivientes no es ciudadano/a costarricense.
- Abuso patrimonial por parte de uno de los miembros cuando la relación termina por cualquier causa.
- Apropiación indebida por parte de los familiares de la pareja fallecida
- Imposibilidad de presentarse a los procesos sucesorios como herederos legítimos, aunque haya contribuido durante muchos años a aumentar el patrimonio de causante.
- La posibilidad de verse obligado, en procesos penales, a declarar en contra de su pareja estable

En términos generales viven en un régimen que les impone todas las obligaciones, pero que no les reconoce sus derechos.

Para ilustrar esta situación, un profesional costarricense radicado en Estados Unidos, el cual mantiene una relación homoafectiva desde hace veintiún años, se queja de la situación en los siguientes términos:

“Toma a mi pareja por ejemplo, hemos compartido y vivido juntos por 21 años, él no es de nacionalidad costarricense, debemos hacer un gasto tremendo para que él reciba la residencia en Costa Rica de una forma legal y honesta, claro hay los que pagan dinero, se casan con una tica que ni siguiera conocen y la residencia es automática. Mientras él y yo tenemos nuestra casa, nuestro auto, respetamos y seguimos las leyes de Costa Rica, una familia que nos respeta y quiere, vecinos que nos respetan y quieren, pero la ley es discriminatoria para nosotros y como ciudadano de Costa Rica, siento que esta discriminación es directa en contra de las parejas del mismo sexo.”²⁰¹

Hasta ahora no se ha abordado el tema de los problemas migratorios de las parejas homoafectivas. Sin embargo, las palabras antes transcritas, ponen al descubierto una situación evidentemente injusta del actual sistema legal costarricense.

Se desea aclarar que esta referencia no tiene ninguna connotación xenofóbica. Es importante que el país mantenga abiertas sus puertas a personas extranjeras que deseen radicarse permanentemente aquí y que se les brinden todas las oportunidades posibles.

Sin embargo, los medios informativos han expuesto “el negocio” que existe en Costa Rica con respecto a los matrimonios “arreglados”, por medio del cual algunos extranjeros pueden obtener fácilmente la residencia, amparados en el artículo 14 de la Constitución.

En este caso, aunque no haya paga de por medio, la figura del matrimonio es “usada”. Cumple todos los requisitos legales impuestos por el

²⁰¹ Este ejemplo ilustra como mientras la sociedad, en este caso la familia y el vecindario, van aceptando y respetando un nuevo modelo familiar, mientras el Estado costarricense aún mantiene estructuras rígidas que niegan los derechos básicos.

Código de Familia, pero no cumple los fines por los cuales se le brinda protección. Estos matrimonios no configuran una familia, no hay vida en común, ni cooperación, ni mutuo auxilio. Sin embargo, a las uniones estables homoafectivas que sí forman una familia y sí cumplen los fines mencionados, se les niega todo tipo de protección.

Entonces surge la pregunta, ¿Por qué, las personas LGBT, ante la presencia de conflictos que deben, necesariamente, resolverse en la vía judicial y ante la evidencia de exclusión discriminatoria, no acuden a la justicia?

En talleres y reuniones con personas gays se han escuchado algunas frases que podrían de alguna manera responder a esa pregunta; "Prefiero que mi expareja se quede con todo antes de ir a la Corte y decir que soy gay", "Cuando mi pareja murió sus hermanas vinieron y se llevaron todo, hasta lo que yo había comprado con mis propios esfuerzos", "Su familia impidió que yo estuviera con él en el hospital en los últimos momentos", "Me despidieron del trabajo porque alguien llamó y dijo que yo era "playo", pero si los denunció no vuelvo a encontrar trabajo", "Para que voy a ir a la Corte ¿Usted cree que tengo alguna posibilidad de que me den pelota?"

También surge la interrogante, ¿Están los jueces y magistrados "preparados" para resolver los conflictos que llegan a sus despachos con la objetividad que se requiere, en los casos donde la orientación sexual de una o ambas partes sea el motivo que da origen al conflicto jurídico?

Hasta ahora se han presentado pocos casos en los tribunales costarricenses, principalmente relacionados con establecimientos comerciales exclusivos para gays y lesbianas, contra las palabras homofóbicas mencionadas en el apartado anterior o contra las represiones que sufren las parejas homoafectivas en los centros penitenciarios. Por lo general, estos

casos han sido fallados en contra de las pretensiones alegadas por gays y lesbianas.

La postura rígida de los tribunales costarricenses ha contribuido a que las personas prefieran no acudir a la justicia e incluso, soportar los prejuicios mencionados, antes de sufrir una doble victimización; la ocasionada por el hecho jurídico y la ocasionada por el fallo judicial, pues suponen, no sin razón, que los jueces y juezas antepondrán los prejuicios personales que tienen sobre la homosexualidad y no aplicarán el derecho de manera objetiva.

Cabe preguntarse si la actitud mostrada por los operadores del derecho, responde a prejuicios homofóbicos, lo que impediría el cumplimiento del artículo 41 constitucional que garantiza la justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes. También cabría la pregunta si esta actitud refuerza la creencia de gays y lesbianas de que son tratados como ciudadanos de segunda categoría, haciendo referencia a las prácticas de la Roma Antigua que aplicaba las leyes, según la categoría de ciudadanía que ostentaban los habitantes del imperio.

La homofobia no está descrita dentro de las causales de excusa y recusación para jueces, juezas y otros funcionarios judiciales contenidas en diferentes leyes del ordenamiento jurídico costarricense.

Sin embargo, atendiendo a la necesidad de que las decisiones judiciales sean dictadas con objetividad, ¿no será acaso motivo para que se excusen de conocer causas judiciales quienes mantengan prejuicios que les impida impartir justicia? Si no es de orden legal, sí por lo menos moral.

La posición de los tribunales costarricenses en materia de orientación sexual, es una de las causas de mayor peso, donde se puede encontrar

respuesta a la pregunta formulada anteriormente donde se cuestiona ¿por qué gays y lesbianas no acuden a los tribunales en busca de justicia?

Esta visión es interiorizada por gays y lesbianas quienes, en muchos casos, desde su infancia han sido discriminados a causa de su orientación sexual, por lo que podrían ver como “natural” esta exclusión e incluso justificarla.

Se podría citar como causas de ausencia de “casos” ante los tribunales:

- La ausencia de normas que reconozcan y regulen estas uniones.
- La actitud asumida por la Sala Constitucional y los tribunales en materia de orientación sexual lo que lleva a la actitud de renuncia de derechos antes de “volver” a enfrentar el sistema.
- El desconocimiento de las leyes y procedimientos judiciales y la no interiorización de sus derechos humanos.
- El miedo a que las consecuencias sociales, como el desprecio de la familia y el despido laboral sean mayores que los beneficios obtenidos.
- Evitar ser sujeto de burlas y mofas en centros de estudio, trabajo y comunidad donde viven.
- Pocos centros de referencia y asesoría donde se sientan “cómodos” para hacer consultas.²⁰²
- Un colectivo LGBT muy fragmentado, desgastado por luchas de poder internas, con poca visión política y que no logra reunir a la comunidad.

²⁰² Cabe destacar que algunos abogados independientes han realizado una importante labor social, principalmente a favor de las personas que viven con VIH/SIDA y de gays que no tienen recursos económicos, entre ellos se destacan el Licenciado Marco Castillo y el Licenciado Gustavo Acuña.

2. Organizaciones civiles gay-lésbicas

Retomando el último punto enunciado, es importante hacer una breve mención de los grupos y organizaciones que han existido en Costa Rica; que de una u otra manera, han apoyado a la comunidad LGBT, por lo menos ofreciendo un espacio donde las personas puedan expresar sus sentimientos y dando herramientas para lograr la autoaceptación y en algunos casos para defender los derechos vulnerados.

Algunos grupos y asociaciones que de una u otra manera han apoyado la “lucha” han sido: La Asociación de Lucha contra el SIDA, de donde se derivó El Instituto Latinoamericano de Prevención y Educación en Salud (ILPES), el Movimiento 5 de abril, Diosas de la Noche, la Asociación Triángulo Rosa, Grupo Las Entendidas, el Colectivo Gay Universitario, Grupo Diferentes, ALUDIS, Grupo 28-28, entre otros.

A pesar de la importancia que revestían, estos grupos y organizaciones ya desaparecieron. Está de más decir que no recibieron apoyo gubernamental para el trabajo que realizaban y sólo algunas pocas, recibieron ayuda de asociaciones gay/lésbicas internacionales. Algunas también recibieron durante varios años el apoyo del Gobierno de Holanda y del Instituto Humanista holandés de cooperación con los países en desarrollo, (HIVOS). Rencillas internas, cuestionamientos sobre el uso de los fondos, luchas de poder, la falta de apoyo gubernamental, poco compromiso de los y las comerciantes de lugares frecuentados por gays y lesbianas, fueron algunos de los motivos de su decadencia.²⁰³

²⁰³ Estos son sólo algunos nombres, posiblemente existieron y existen otros grupos, pero delimitados a grupos de personas específicas, como por ejemplo el grupo de “Ticosos”, grupo gay para “osos”, (personas con características físicas particulares). También dentro del grupo de comerciantes es necesario destacar el compromiso y apoyo de la propietaria de la Discoteca la Avispa, Ana Vega, quien durante muchos años ha apoyado las actividades organizadas por estos grupos, de manera constante.

La comunidad LGBT costarricense también cuenta con dos medios de comunicación escrita; la Revista Gente Diez y el Periódico Gayness y algunos panfletos que otras organizaciones ocasionalmente hacen circular.

En Costa Rica, también existen muchos lugares de esparcimiento y comerciales exclusivos o de preferencia gay “gay friendly”; discotecas, bares, restaurantes, saunas, hoteles de ciudad y de playa, tiendas, café internet, librería, tienda de mascotas y otros centros o actividades que se organizan de manera ocasional, como medio para ampliar las oportunidades de socialización y sexualización de la comunidad.

Algunas de las organizaciones mencionadas también han contribuido a la prevención del VIH/SIDA por haber sido la población gay la más afectada por esta epidemia en Costa Rica. Además, existen otras organizaciones de prevención y atención del VIH/SIDA que, sin ser necesariamente pro defensa de los derechos gays, los apoyan dentro de la temática SIDA; entre ellas: La Fundación Vida, La Asociación Costarricense de Personas que Viven con VIH/SIDA, (ASOVIH/SIDA), Asociación Agua Buena, Asociación Movimiento de Lucha contra el SIDA, FUNDESIDA y otras organizaciones asistenciales; El Hogar de la Esperanza, La Fundación Hoy Por ti y La Asociación Misericordia Hoy. Cabe destacar que estas organizaciones tampoco reciben apoyo del Estado y varias se encuentran a punto de desaparecer.

El ILPES, uno de los grupos antes mencionados, desarrolló durante varios años de la década de los noventa un programa de talleres “holísticos” (integrales), donde la población gay, principalmente gente muy joven, tuvo la oportunidad entre otras cosas, de tomar conciencia de su sexualidad dentro de un marco de respeto por su propia persona.

En la actualidad, en Costa Rica, por los problemas apuntados, no existe un movimiento LGBT. Sólo existen algunos pequeños grupos y asociaciones,

con actividades muy puntuales, pero no se ha desarrollado el concepto de comunidad, mucho menos de movimiento de defensa de derechos humanos.

Dentro de los grupos que sobreviven está el grupo ecuménico Arco Iris, antes mencionado, enfocado principalmente en aspectos de crecimiento espiritual y respeto por la diversidad sexual, pero no desarrolla actividades de defensa pública.

El otro grupo es CIPAC, Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos, integrado por algunas personas que en su momento formaron parte de la Asociación Triángulo Rosa.

Esta organización realizó en 1999 una consulta entre las instituciones financieras (públicas y privadas), enfocadas en el tema de créditos para vivienda, tales como bancos, mutuales, al INVU. Envió una pregunta que decía:

¿Existen mecanismos administrativos o legales que permitan que una pareja de personas del mismo sexo (gays o lesbianas), pueda tramitar solicitudes de préstamo para vivienda, considerando el ingreso de ambos/as como "ingreso familiar?"²⁰⁴

Los bancos y las otras instituciones en sus respuestas, hicieron referencia a los artículos de la Constitución, del Código de Familia y al Reglamento del Sistema Financiero Nacional de Vivienda, así como al Voto 346-94 de la Sala Constitucional, para argumentar que NO podían considerar el ingreso de las parejas formadas por personas del mismo sexo (uniones estables homoafectivas) como "ingreso familiar"²⁰⁵; basados en la regulación normativa sobre el matrimonio y la unión de hecho de los cuerpos legales antes mencionados.

²⁰⁴ CIPAC, Investigaciones, Créditos a Parejas del Mismo Sexo, <http://www.cipacdh.org/html/index.htm>

²⁰⁵ Ingreso familiar, según el Sistema Financiero Nacional de Vivienda es: "la suma de todos los ingresos regulares y periódicos que perciben mensualmente los miembros de la familia"

En algunos casos, dentro de sus respuestas proponían una “solución jurídicamente válida”. Decían que no se podía considerar como ingreso familiar para efectos de crédito, pero que *“es perfectamente válido que aquellas personas que mantienen una relación de este tipo, soliciten un préstamo de vivienda actuando como codeudores.”*²⁰⁶

También, a finales de 1999, CIPAC envió una nota a la Caja Costarricense de Seguro Social, en la que solicitaba información en torno al reconocimiento de convivientes de uniones estables homoafectivas, como beneficiarios familiares para obtener la afiliación al seguro social, cuando éstos/as no contaran con seguro social propio.²⁰⁷

En su respuesta, la Dirección Jurídica de la Caja Costarricense de Seguro Social (oficio DSI-076-00, del 22 de marzo de 2000), haciendo amplia referencia a la Constitución, al Código de Familia y a la jurisprudencia nacional, argumenta que no se puede incluir dentro de esta categoría a los y las convivientes de estas uniones homoafectivas.

Recuérdese que el artículo 12 del Reglamento del Seguro Social, de enero de 1997 dice *“Son asegurados familiares: el o la cónyuge, la compañera o el compañero,.... que dependan económicamente del asegurado directo...”*

Obviamente, los bancos e instituciones financieras relacionadas con los programas de vivienda, así como la Institución encargada de administrar los seguros sociales, están haciendo una interpretación restrictiva de la Constitución, de las leyes, reglamentos y de la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Los argumentos dados no tienen ningún sustento constitucional,

²⁰⁶ Respuesta del Banco Nacional de Costa Rica a la consulta mediante oficio SGG-127-1999, del 1° de septiembre de 1999. documento facilitado por CIPAC

²⁰⁷ SÚAREZ, (Gabriela), Beneficio Familiar, Caja Costarricense del Seguro social, publicado en la página web de CIPAC: <http://www.cipacdh.org/html/index.htm>

porque ni ésta, ni el Código de Familia definen el concepto de familia, ni limitan la composición de los núcleos familiares.

Lamentablemente no se elevó la consulta a la vía judicial. Pero administrativamente se está violando la misma Constitución que fue utilizada como base (como pretexto) para denegar derechos a las parejas estables homoafectivas. Pues hacen una distinción donde ni la Constitución ni la ley la hacen.

Es un claro manejo discriminatorio de los programas sociales en perjuicio de un sector de la población costarricense, que está obligado a contribuir con el mantenimiento de esos programas, pero con respecto de los cuales son excluidos como beneficiarios.

Por otra parte, CIPAC informa del "caso Mairena", donde un transexual de San José, ha criado a un niño desde los cuatro meses de edad, entregado a Mairena por la madre biológica. Durante nueve años Mairena ha ofrecido cariño, alimentación y cuidados al menor de edad y lo ha criado como su propio hijo.

Luego de un proceso administrativo ante el PANI (Patronato Nacional de la Infancia), le fue otorgado "el Depósito Provisional" de la persona menor (el proceso de adopción se ve en el juzgado de Familia de San José). Entre los argumentos dados por el PANI, el 24 de marzo de 2003, dice que "Mairena", "le ha brindado alimentación, cuidado, vigilancia, crianza, educación, asistencia, recreación, salud, vestimenta, vivienda, afecto y otras necesidades, hoy derechos, asumiendo el rol de un buen padre de familia."²⁰⁸

Esta resolución del PANI, contrasta enormemente con la visión y actuación de las otras instituciones señaladas. Sin embargo, cabe señalar que

²⁰⁸ Correo electrónico enviado por CIPAC, el 11 de abril de 2003

altas autoridades de la Iglesia Católica se han pronunciado en contra de esta resolución del PANI, considerando “peligroso” que un niño crezca con una persona transexual. Estas declaraciones no toman en cuenta que el peligro real para la persona menor de edad sería obligarlo a vivir en un ambiente familiar distinto al que él considera su familia o bien, impulsarlo a vivir en las mismas condiciones que enfrentan cientos de niños y niñas que viven en las calles de Costa Rica.

Las violaciones de los derechos humanos a la población LGBT y la ausencia de normas que regulen los aspectos relacionados con las uniones estables homoafectivas, son un ejemplo de la necesidad que tiene esta comunidad de organizarse y demandar el cambio normativo que permita su inclusión en la sociedad costarricense.

Aunque han habido algunos intentos para definir una agenda común de acciones, constantemente se cuestiona la falta de liderazgo participativo que permita la definición de programas y estrategias que den respuesta a los problemas planteados. Sin embargo, el análisis de las causas de la fragmentación y debilitamiento del proceso colectivo escapan a las posibilidades de esta investigación.

**D. Un caso paradigmático en el sistema jurídico costarricense:
Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 14 inciso 6) del
Código de Familia y contra el artículo 176 del Código Penal que
impiden y penalizan el matrimonio entre personas del mismo sexo.²⁰⁹**

Para terminar la parte investigativa y antes de entrar en las conclusiones finales, se considera importante hacer referencia a una situación que podría cambiar todo el panorama descrito en Costa Rica.

El 29 de julio de 2003, el abogado Yashin Castrillo Fernández presentó una Acción de Inconstitucionalidad en contra del artículo 14 inciso 6) del Código de Familia y del artículo 176 del Código Penal, ante la Sala Constitucional.

El inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia dice:

Artículo 14. Matrimonio. Impedimento. Es legalmente imposible el matrimonio:
6) Entre personas del mismo sexo

Por su parte, el artículo 176 del Código Penal, está ubicado dentro de los delitos contra la familia y dice:

Matrimonio ilegal.
ARTÍCULO 176.- Serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años los que contrajeren matrimonio, sabiendo ambos que existe impedimento que causa su nulidad absoluta.

Esta acción, más la cobertura de los medios de comunicación, en muchos casos con un enfoque sensacionalista, produjo una especie de sacudida en todos los círculos sociales, académicos y jurídicos del país.

²⁰⁹ Expediente 03-008127-0007-CO, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Por considerarse de interés esta acción de inconstitucionalidad puede encontrarse en la sección de anexos de esta investigación.

Lo más que se esperaba era que alguien interpusiera en algún momento una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 242 del Código de Familia por no reconocer el derecho de las parejas homoafectivas a ser reconocidas como “unión de hecho”.

Sin embargo, el Lic. Castrillo, considerando violados sus derechos constitucionales impugnó los artículos referidos al matrimonio, argumentando violación a los artículos 28, 33 y 39 de la Constitución.

En la interposición de la acción, el Lic. Castrillo argumentó que:

*“Dicha normativa **PROHIBE Y SANCIONA** hasta con **PÉRDIDA** de **LA LIBERTAD** a las personas que siendo siendo (sic) **del mismo sexo contraen matrimonio**, en abierta **violación del PRINCIPIO DE IGUALDAD** consagrado en el **artículo 33** de nuestra Carta Magna; así como el **artículo 28** ibidem, **al imponer un determinado modo de pensar, sentir, ser y vivir a las personas en contradicción con un régimen democrático** como el nuestro al prohibirle a personas adultas, libres, que voluntariamente deciden unirse en matrimonio realizarse como pareja frente a la sociedad civil; y, el **artículo 39** de la Constitución Política al imponerse una **pena privativa de libertad** a las **personas del mismo sexo que se unen en matrimonio basado en lo que las personas son, es decir, homosexuales, y no en una acción o conducta delictiva en sí, lo cual quiebra el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una democracia.**” (la negrita es del original)*

También hace referencia a que la normativa costarricense, ya eliminó el articulado que mencionaba que el matrimonio tiene por objeto la procreación y lo sustituyó por el de vida en común, cooperación y mutuo auxilio. También basa sus argumentos en el artículo 52 de la Constitución, analizado al principio de esta investigación, donde se resalta que el matrimonio es la base esencial de la familia y que descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.

Además, argumenta que “la unión matrimonial de dos personas del mismo sexo que, consciente y voluntariamente, han tomado una decisión no

ofende la moral, el orden público ni daña a terceros”, haciendo alusión al artículo 28 constitucional.

La Acción de Inconstitucionalidad fue promovida como consecuencia de que el Juzgado de Familia de Alajuela le denegó la solicitud de celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo, con base en el artículo 14 inciso 6) del Código de Familia.²¹⁰ Por lo que interpuso Recurso de Revocatoria y Apelación en Subsidio contra dicho fallo. El 4 de agosto de 2003 el Juzgado de Familia de Alajuela no admitió el Recurso de Revocatoria y admitió el Recurso de Apelación y lo elevó al Tribunal de Familia de San José.

El 29 de agosto de 2003 La Sala Constitucional rechazó de plano la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 176 del Código Penal.

A las 16:15 del 2 de septiembre de 2003 la Sala Constitucional le dio curso a la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 14 inciso 6) del Código de Familia e indica que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de lo cuestionado no se dicte resolución final en los procesos administrativos, ni sentencia en los procesos judiciales mientras la Sala no haya hecho el pronunciamiento del caso. Además, advierte que la admisión de esta acción no suspende la vigencia de la norma en general, sino únicamente su aplicación en los casos y condiciones señaladas.

Esta acción de inconstitucionalidad pone de manifiesto que la protección jurídica a las parejas formadas por personas del mismo sexo es un tema actual y relevante. Independientemente de la figura jurídica que se pretenda, lo que se busca es la protección y el resguardo de los efectos jurídicos que produce una relación estable que hasta ahora ha estado desprotegida.

²¹⁰ El caso en el Juzgado de Familia de Alajuela se encuentra en el expediente número: 03-400952-292-FA

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES GENERALES

Al hacer un balance general de la investigación realizada se puede llegar a las siguientes conclusiones y recomendaciones generales.

La familia no es una categoría única, absoluta e inflexible sino al contrario, es un fenómeno social que se adapta a las circunstancias imperantes en cada momento histórico y de manera diversa en cada sociedad. Los modelos rígidos de familia tradicional han ido cediendo campo a otras manifestaciones. Éstos no compiten entre sí, sólo subsisten como manifestación de la diversidad familiar.

La aceptación de la unión de hecho en Costa Rica no fue tarea fácil. Los tribunales la trataron de “inmoral” y le negaron derechos durante muchos años; en algunos casos, los argumentos jurídicos no distaban mucho de argumentos entremezclados con aspectos religiosos para “castigar” a las familias que no cumplieran con los mandatos de la Iglesia Católica.

Luego, los tribunales costarricenses comienzan a reconocer algunos efectos jurídicos a estas relaciones de pareja, pero al no considerarlas familias las trata como sociedades de hecho y no como uniones de hecho. Mucho tiempo después estos tribunales dan un salto cualitativo y reconocen a las uniones de hecho como núcleos familiares confiriéndoles la mayoría de los efectos propios del matrimonio. El rompimiento con la visión tradicional permitió, mucho antes de contar con una normativa que las regulara, que los jueces reconocieran el valor de estas uniones, lo que produjo como consecuencia una mayor aceptación y respeto social hacia estas familias.

Es hasta 1995 que la unión de hecho es regulada en Costa Rica. Pero esta ley se enfoca, principalmente, en el reconocimiento de efectos

patrimoniales, mientras las otras consecuencias jurídicas están contenidas en leyes dispersas, lo que impide su uniformidad. Tampoco existe la posibilidad de registrarlas, lo que ocasiona perjuicios considerables a los convivientes.

Además, la enorme cantidad de términos para referirse a los diferentes fenómenos familiares denota su rica variedad constitutiva. El derecho como ciencia, debe asumir el reto de incorporar nuevos conceptos en su lenguaje técnico y atreverse a crear nuevas figuras jurídicas que se adapten a los modelos existentes.

Como se ha visto del análisis de la Constitución, ésta no impide el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, por lo tanto se debe interpretar que tampoco cierra la posibilidad de reconocimiento a otras formas de familias homoafectivas, como la aquí denominada unión estable homoafectiva, propuesta precisamente para utilizar términos que no arrastren connotaciones estigmatizantes y prejuiciadas, ni cargas o similitudes con las formas tradicionales de familia heteroafectiva.

La misma Sala Constitucional ha reiterado que la Constitución es un conjunto armónico y que las interpretaciones que se le hagan deben tomar en cuenta el contexto social en que se aplica. Pero además, en materia de derechos humanos se debe integrar todo el bloque de constitucionalidad y por lo tanto, cumplir los compromisos asumidos por Costa Rica al aprobar los Tratados y Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos.

El deber del Estado de proteger a la familia contenido en el artículo 51 de la Constitución Política, debe interpretarse siempre de manera amplia y nunca restrictiva. De un análisis interpretativo de la reiterada jurisprudencia constitucional sobre este artículo, se observa el interés de proteger los diferentes “núcleos familiares”; por lo que se puede llegar a la conclusión que

ha sido esta misma Sala quien ha dado los mejores argumentos para exigir, por vía judicial, el reconocimiento de las uniones estables homoafectivas.

Por este motivo, se considera que ante un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 242 del Código de Familia o ante cualquier controversia jurídica que llegue a esta Sala o a cualquier tribunal costarricense que pretenda el reconocimiento de los efectos jurídicos de una unión estable homoafectiva, no podrían cambiar toda su argumentación jurisprudencial y negar a un grupo específico; en este caso a los homosexuales, los derechos que se le han reconocido a los otros "núcleos familiares". Si lo hicieran, sería por una posición evidentemente discriminatoria, basada en prejuicios y no en argumentos jurídicos.

Constantemente se escucha que no se necesita una ley para reconocer las uniones estables homoafectivas porque a éstas se les puede aplicar lo referente a las sociedades de hecho. Se ha demostrado a lo largo de esta investigación que tal postura no es idónea para dar solución a los problemas planteados. La unión afectiva de dos personas, cualquiera que sea su sexo, no puede ser tratada como un asunto mercantil.

Ante la ausencia de una ley que regule tales uniones los jueces deben usar la analogía con los institutos familiares, matrimonio y unión de hecho, pero nunca con un instituto societario mercantil, lo que también obliga a que quien resuelva los conflictos que se derivan de estas uniones sean los juzgados y tribunales de familia, no los civiles. Hacer lo contrario, sería repetir los mismos errores que por prejuicios moralistas se cometieron en el pasado.

También se ha demostrado que la necesidad de legalizar las uniones homoafectivas es para lograr el reconocimiento de los derechos que de éstas se derivan, no para igualar las diferentes figuras jurídicas referidas a la familia.

La situación apuntada hace evidente la necesidad de contar con una ley que regule las uniones estables homoafectivas. Si la promulgación de dicha ley lleva el curso normal en la Asamblea Legislativa, esto supondría por lo menos una década más de desprotección, por lo que se hace necesario, en primer lugar, una reforma inmediata a las leyes en materia de seguridad social para amparar a las personas que conforman estas relaciones familiares.

También se observa una urgente necesidad de replantearse el tema penal. En primer lugar, se necesita de una consulta a la Sala Constitucional para saber si el término “cónyuge” del artículo 36 de la Constitución se puede o no aplicar a los convivientes de las uniones estables homoafectivas. Además, hacer la consulta legislativa para obtener una interpretación original y saber si el legislador ha incluido o no a los convivientes de las uniones estables homoafectivas en las reformas realizadas; principalmente, en cuanto a la expresión “persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia”. Si se está incluyendo a estas uniones en materia penal, sin antes haberles tutelado sus derechos más elementales, como serían las áreas de seguridad social: seguros, pensiones, acceso a vivienda y otros, se estaría incurriendo en una regresión similar a la que existía con la figura de la sodomía.

Precisamente, en el tema de seguridad social se observa un abuso de las instituciones sociales al cerrar las puertas y al hacer interpretaciones excluyentes.

Aunque la Sala Constitucional ha reconocido la potestad que tiene la Caja Costarricense de Seguro Social para reglamentar todo lo relativo a los seguros sociales, conferidos en el artículo 73 de la Constitución, es obvio que en algunos casos, específicamente, en el artículo 10 del Reglamento de Seguro Social, al dar las pautas terminológicas hace una odiosa distinción al considerar “compañero” sólo a la persona de distinto sexo. La Sala Constitucional no puede reconocerle a esta institución, ni a ninguna otra, la

potestad para que niegue derechos fundamentales a ningún segmento de la población.

Se debe considerar la posibilidad de presentar acciones judiciales para obligar a la Caja Costarricense del Seguro Social, a incorporar a la pareja homoafectiva como beneficiaria de los programas de esta Institución; ya sea por recurso de amparo, acción de inconstitucionalidad o cualquier otra herramienta legal que posibilite tal inclusión.

La desprotección a estas familias tiene consecuencias jurídicas no sólo en el tema de seguridad social, también en los aspectos migratorios, sucesorios, laborales, gananciales, visitas conyugales y la posibilidad de tener que declarar contra el "cónyuge" en procesos penales. Estos son sólo algunos ejemplos de los efectos jurídicos que esta omisión legislativa representa para un grupo indeterminado, pero numeroso, de ciudadanos y ciudadanas costarricenses. Sin contar con los innumerables perjuicios sociales que se derivan de su no reconocimiento.

La promulgación de una ley no solucionará esos problemas, pero será el inicio de la aceptación social, tal como se ha visto en otros países, principalmente, en aquellos que tienen una mentalidad abierta de respeto, aceptación e incluso, estímulo por las diferencias como parte de la pluridimensionalidad de la persona y del conjunto humano.

Al proponerse un proyecto de ley que reconozca las uniones estables homoafectivas, lo más adecuado sería la creación de una figura jurídica nueva, que no utilice la analogía con el matrimonio, ni siquiera con la unión de hecho. Esto contribuiría, no sólo a una mayor aceptación social, sino también a una normativa uniforme y más adecuada al momento histórico actual, reconociendo los mismos derechos y obligaciones, pero evitando el uso de términos comparativos entre las distintas instituciones familiares.

Se debe crear un registro de parejas para evitar la incertidumbre jurídica durante la existencia de la relación homoafectiva. Situación que lleva a plantear el tiempo mínimo de convivencia que se le impondría, tomando en cuenta que debe ser menor a tres años, pues estas parejas no tienen la opción del matrimonio, el cual le reconoce efectos jurídicos desde el momento de su constitución.

Para que Costa Rica pueda mantener su posición histórica de respeto y defensa de los derechos humanos, debe legislar en esta materia y así evitar los prejuicios y la exclusión que la omisión legislativa causa a este sector de la población.

Precisamente, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, está por aprobar una resolución sobre "Derechos Humanos y Orientación Sexual", dentro de la cual se incluye la no discriminación por orientación sexual. La votación inicial fue suspendida el 25 de abril del año 2003, pero se votará en la próxima ronda de sesiones. Los países con marcada trayectoria de violación a los derechos humanos que integran esta comisión tienen una posición intransigente de votar en contra, así como algunos países de tradición católica que por la presión del Vaticano han decidido votar en contra o abstenerse; desde una visión personal, en materia de derechos humanos una abstención, es lo mismo que una negación. El voto de Costa Rica es uno de los votos decisivos, si no votara a favor de tal resolución se pondría a la par de los países islámicos que en materia de derechos sexuales y reproductivos tienen una posición abiertamente violatoria, incluso genocida.

Las personas que asumen cargos públicos, llámense éstas ministros, jueces, legisladores o cualquier funcionario público deben aprender a hacer una diferenciación entre sus creencias religiosas y la función pública que desempeñan. Esta función no debe confundirse ni mezclarse con la labor

propia de la denominación religiosa a la que pertenecen. Si sus creencias religiosas, por muy respetables que sean, entorpecen su labor pública, deben dejar ésta, pues de lo contrario, se corre el riesgo de convertir un Estado laico en un Estado teocrático, tal como ha ocurrido en países de tradición islámica.

También se ha comprobado la ausencia de estudios jurídicos que abarquen el tema de la orientación sexual y que contribuyan a formar doctrina en Costa Rica. Salvo cuestiones aisladas, mencionadas casi al azar, se evidencia una marcada ausencia de discusiones tanto en aulas universitarias como en el ámbito judicial donde se aborden los temas relacionados con las “minorías sexuales”.

Se debe perder el miedo a ser “etiquetado”. Independientemente de la orientación sexual, el jurista costarricense debe aprender a incorporar en sus discursos la problemática social y jurídica que genera la no regulación de las uniones estables homoafectivas en los distintos campos del derecho.

Ejemplo de ello puede ser el tema de los niños y niñas que conviven con las parejas estables homoafectivas, el cual, salvo algunas referencias, no fue abarcado en esta investigación. Se considera importante dejar plasmada la urgente necesidad de su análisis y posterior regulación para que, tomando en cuenta “el interés superior de la persona menor”, haya una normativa que los proteja y no los deje en desamparo como hasta la fecha.

Si continúa la omisión legislativa, judicial, doctrinaria y administrativa en torno al reconocimiento de derechos de las personas homosexuales y de las familias que éstas constituyen, se estaría reforzando la percepción de gays y lesbianas que se consideran tratados como ciudadanos y ciudadanas de segunda categoría, en un país que se enorgullece de sus instituciones democráticas.

Se está ante un reto: petrificar las instituciones jurídicas que regulan la convivencia de la sociedad costarricense o adecuarlas a la realidad social imperante. La sociedad costarricense debe entender que su homogeneidad social es una ficción; se trata de una sociedad compuesta, actualmente, por una inmensa y rica pluralidad de personas con diversos credos. No se trata de reconocer derechos de unas personas en perjuicio de otras, tampoco de desconocer el valor de una institución jurídica tan importante como el matrimonio, se trata de un reconocimiento que se hace exigible en una sociedad cada vez más heterogénea, donde la diversidad no puede y no debe seguir siendo entendida como algo dañino, por el contrario, las sociedades más avanzadas son aquellas donde lo diferente tiene su reconocimiento.

Del análisis del Derecho comparado, se puede apreciar cómo cada ordenamiento jurídico ha respondido de manera diferente, ya sea creando nuevas figuras jurídicas o bien, equiparándolas a las instituciones tradicionales, así como la utilización de un nuevo lenguaje o equiparación del existente. La actitud jurisprudencial, legal y doctrinaria en esos países son un buen ejemplo de la superación de prejuicios y miedos. También es posible que las conquistas logradas en esos países sean muy pronto reclamadas en Costa Rica por lo que la "comunidad jurídica costarricense" debe prepararse para abordar el tema con la altura que se merece.

En Costa Rica, hasta ahora el tema ha sido muy poco estudiado, pero con los acontecimientos internacionales actuales y con la interposición del Recurso de Inconstitucionalidad contra la normativa que impide y penaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo, es muy posible que el tema sea de interés para académicos y juristas, por esta razón se considera importante que desde un inicio se utilicen conceptos y términos nuevos, despojados de cargas estigmatizantes.

La resolución a dicha acción de inconstitucionalidad procederá del más alto órgano de justicia constitucional costarricense, por lo tanto, la solución debe ser “exclusivamente” jurídica, despojada de connotaciones religiosas, pues no se está pidiendo el reconocimiento del matrimonio ante ninguna iglesia, sino ante el Estado.

Independientemente del resultado, favorable o desfavorable a las pretensiones establecidas, se puede considerar igualmente importante la fundamentación que se dé. Es una situación límite, sin duda los magistrados de la Sala Constitucional tendrán una fuerte presión de la Iglesia Católica y otras iglesias, de los sectores conservadores y posiblemente de su propia familia, para declararla sin lugar. Pero al mismo tiempo, tienen la presión de la comunidad nacional e internacional que tiene los ojos puestos en esa decisión histórica. Se espera una solución salomónica, por lo que deben resolver la acción con estricto apego a la Constitución y a los más altos principios de derechos humanos aprobados y ratificados por Costa Rica.

Se considera oportuno recomendar que dentro del colectivo LGBT se den propuestas para presentar un proyecto de ley que regule las uniones estables homoafectivas, pero este proyecto debe ser consultado y discutido de manera amplia, en los diferentes sectores sociales antes de ser presentado ante la Asamblea Legislativa.

Una vez discutido el proyecto se debe buscar el apoyo de los diputados para darle un buen impulso, sin comprometer con esto, a la comunidad LGBT con ningún partido; porque se corre el riesgo de politizar (en el mal sentido de la palabra), todo el proceso reivindicativo de derechos de gays y lesbianas. También se debe tomar en cuenta que el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, posibilita la interposición de un recurso de amparo por omisión, en el caso que no prosperara la propuesta en la Asamblea Legislativa.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación:

Constitución Política de Costa Rica del 7 de Noviembre de 1949 y sus reformas. Centro de Estudios Superiores de Derecho Público, CESDEPU, Costa Rica, 2000

Código de Familia, del 21 de diciembre de 1973 y sus reformas. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., San José, Costa Rica, 2000.

Código Civil, del 26 de abril de 1886 y sus reformas. Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, 2000

Código Penal, del 4 de mayo de 1970 y sus reformas. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., San José, Costa Rica, 1999.

Código Procesal Penal del 10 de abril de 1996. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1999

Código de Trabajo, del 23 de agosto de 1943 y sus reformas. Publicaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2000

Ley Contra la Violencia Doméstica, N° 7586 del 10 de abril de 1996. Poder Judicial de Costa Rica, 1998

Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, del 10 de julio de 1995. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2001

Ley General del VIH/SIDA y su reglamento del 20 de mayo de 1998, publicada por la Defensoría de los Habitantes

Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, Dirección de comunicación Organizacional, 1999

Convenciones internacionales:

Declaración Universal de Derechos Humanos

Convención Americana de Derechos Humanos

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Tesis:

Alfaro Soto, Jeffry y Cabrera Ramírez Mónica, “Hacer el amor entre hombres: la construcción y el desarrollo del vínculo amoroso en la homosexualidad masculina. Un análisis psicosocial”, Tesis para optar por el título de Licenciados en Psicología, Facultad de Ciencias Sociales, Escuela de Psicología, Universidad de Costa Rica, 2002

Alvarado Casto, Douglas y Soto Juárez Juan Diego, “Readaptación sexo-orgánica en los transexuales y sus efectos en el ordenamiento jurídico costarricense.”, tesis para optar por el título de Licenciados en derecho, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 1993

Barboza Topping, Francine y otras, “Análisis de los conceptos de familia, matrimonio y unión de hecho a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y su aplicación por el Tribunal Superior y Juzgados de Familia”, Seminario de Graduación para optar por el título de Licenciados en derecho, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 1997

Freer Vargas, Suammy y Vargas Castillo, Flor Ivette, “Problemática actual de la familia de hecho costarricense y exigencias de regulación” tesis para optar por el título de Licenciadas en derecho, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 1993

González Ávila, Juan Diego y Gutiérrez Aiza Randal, “Los Derechos que nacen con el reconocimiento de la unión de hecho en materia de régimen patrimonial, pensión alimenticia y derechos sucesorios; a la luz de la adicción al título séptimo del Código de Familia Costarricense”, tesis para optar por el título de Licenciados en derecho, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 1997

Guzmán Delgado, Allan y Méndez Montero Miriam, *Pareja homosexual masculina: Representación social y dinámica del vínculo de pareja. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Psicología, Escuela de Psicología, Universidad de Costa Rica, 2003.*

Jara Morúa, Eugenia y Zamora Barrantes, Adriana, “Unión de hecho con impedimento” tesis para optar por el título de Licenciadas en derecho, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 2001

Vargas Ruiz, Rodrigo, “Pétalos y espinas: Hombres gays, relaciones de pareja y violencia”, Trabajo final de graduación, postgrado en antropología, Universidad de Costa Rica, 2001

Libros:

Belluscio, Augusto Cesar, Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Depalma, 1998

Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Astrea, 1989

Brenes Córdoba, Alberto, Tratado de las Personas, Volumen 2, Derecho de Familia, Quinta edición revisada y actualizada por Gerardo Trejos, Editorial Juricentro, 1998, San José, Costa Rica,

Caús Brandao, Debora Vanesa, Parcerias Homossexuais, aspectos jurídicos, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, Brasil, 2002

Dias, Maria Berenice, Uniao Homossexual, o Preconceito & a Justicia, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil, 2001

Domingo Loren, Victoriano, Los homosexuales frente a la ley: los juristas opinan, Barcelona, Plaza & Janes, 1977

Gavidia Sánchez, Julio Vicente, La Unión Libre: El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1995,

Hernández Valle, Ruben, El Derecho de la Constitución, Primera edición, Volumen II, Editorial Juricentro, 1994, San José, Costa Rica, 1994,

Iglesias, Juan, Derecho Romano: Instituciones de derecho privado, Barcelona, Ariel, 1972

Juárez Franco, Roberto, Derecho de Familia, Derecho Matrimonial, 5ª edición, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990.

Lemaire, Jean G., La pareja humana, su vida, su muerte: la estructuración de la pareja humana, México, Fondo de Cultura Económica, 1986

Malone, Gustav, Homosexualidad; Gays y lesbianas: una alternativa sin tabúes, Fapa Ediciones, Barcelona, 1998

Medina, Graciela, Uniones de hecho homosexuales, 1ª edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2001

Pérez Vargas, Víctor, El nuevo derecho de familia costarricense, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1976

Pérez Vargas, Víctor, Derecho de Familia: matrimonio, unión de hecho, divorcio, patria potestad, adopción, alimentos, San José, Editorial Duplicadoras de Costa Rica, 1991

Rivero Sánchez, Juan Marcos, Responsabilidad Civil, 1ª Edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José Costa Rica.

Trejos Salas, Gerardo, Derecho de Familia Costarricense, tomo I, Editorial Juricentro, primera edición, San José, Costa Rica, 1990.

Zannoni, Eduardo, El concubinato en el Derecho Civil, Buenos Aires, Depalma, 1970

Jurisprudencia:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 3435-92 de las 16:20 del 11 de noviembre de 1992

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 769-93 de las 15:48 16 de febrero de 1993

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 346-94 de las 15:42 horas del 18 de enero de 1994

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No.1151-94 de las 15:30 del 1 de marzo de 1994

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No.1152-94 de las 15:33 del 1 de marzo de 1994

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N. 1975-94 de las 15:39 del 26 de abril de 1994

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 2129-94 de las 14:54 del 3 de mayo de 1994

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 3693-94 de las 9:18 del 22 de julio de 1994

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 3858-99 de las 16:48 del 25 de mayo de 1999

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2001-00378, de las 14:37 del 16 de enero de 2001

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto 10162 –2001 de las 14:53 del 10 de octubre de 2001

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente 03-008127-0007-CO.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 00642-2000 de las 9:40 del 30 de junio de 2000

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 034-2001 de las 14:40 horas del 12 de enero de 2001

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 00728-2001 de las 10:10 del 5 de diciembre de 2001

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 00037-2002- de las 10:30 del seis de febrero de 2002

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 00335-2002 de las 10:10 horas del 3 de julio de 2002

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 364-1990 de las 14:10 horas del 26 de diciembre de 1990

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 145-1992 de las 14:45 horas del 30 de octubre de 1992

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 73-1995 de las 14:50 horas del cinco de julio de 1995

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 388-2001 de las 14:15 horas del 6 de junio de 2001

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 557-2001 de las 15:40 horas del 27 de julio de 2001

Tribunal de Familia de San José, sentencia 111-02 de las 10:20 del 1 de febrero de 2002

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, Sentencia 358-1987, de las 8:35 horas del 16 de junio de 1987

Revistas:

Baudrit Carrillo, Luis, Apuntes sobre la unión de hecho, Revista Iustitia, N° 92, 1994

Calvento Solari, Ubaldino, Modernas tendencias del Derecho de familia, Revista Judicial, San José, N° 20, 981

Castañeda, Marina, Homofobia: El miedo a (nos)otros, Revista Muy Especial, No. 28, Editorial Televisa, México D. F, México, 2003

Castillo, Marco, Atando Cabos; final ordenadito, Revista Gente 10, San José, N° 38, 2001

Hobi, Homer y Joyce, Marnie Ann, La orientación sexual y la perspectiva humanista, Revista Viceversa, ILGA, Guatemala, N° 11, 2000

Manavella Caballero, Carlos, concepto constitucional de familia y otras consideraciones, Revista Iustitia, San José, N° 88, 1994

Matos, Karina y Bianco, Mabel, El desarrollo de la masculinidad: limitaciones frente a la prevención del VIH/SIDA, Revista Desidamos, Argentina, N° 1, 1999

Odio Benito, Elizabeth, Familia de hecho, Revista Judicial, San José, N° 8, 1978

Solar, María Olga y Raies, Antonia, Familia de origen y elección de pareja", Revista de Trabajo Social, N° 60, 1992, Chile

Vega, Verónica, De machos y de muchos: VIH no discrimina, Revista Kewo, Fundación Vida, San José, N° 6, 2002

Derechos humanos de las lesbianas y homosexuales, en Revista Fuera del Closet, Managua, N° 4, 1994

Otras fuentes bibliográficas:

Información enviada vía correo electrónico, folletos y resúmenes por grupos especializados en el tema de los derechos humanos, SIDA y el tema gay en general y otros documentos consultados

Amnesty International Breaking the Silence: Violations Based on Sexual Orientation, 1994.

ARCEGAL, I Conferencia Centroamericana de Derechos Humanos VIH/SIDA, Gay, Lésbica, Bisexual y Transgénerica, noviembre de 1998

Asamblea Legislativa, dictamen afirmativo de mayoría de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, sobre el Proyecto de "Ley de Reforma al Código Penal", expediente N° 11.871 del 22 de abril de 2003

Benavides Santos, Diego, Documento base del taller sobre Gananciales en la Jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, impartido en el Colegio de Abogados, los días 11, 18 y 25 de agosto y 1 de septiembre de 1999, citando los votos 169-95 y 357-95 de la Sala Segunda.

Brabomalo Molina, Patricio, Plumas, plumones y plumeros en el Ecuador del siglo XXI, artículo periodístico de la Fundación Causana. El artículo forma parte del documento "Desafiando mitos: experiencias del orgullo lésbico-gay 2002-2003"

CIPAC, Investigaciones, Créditos a Parejas del Mismo Sexo, <http://www.cipacdh.org/html/index.htm>

Comisión Ciudadana de Crímenes de Odio por Homofobia, Reporte de Crímenes 2000, Mexico, 2001

Comisión de Asuntos Sociales, Asamblea Legislativa de Costa Rica, Expediente N° 10.644, Proyecto para adicionar al Código de Familia un Capítulo que Regule las Uniones de Hecho.

Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales, Congregación para la doctrina de la fe, documento elaborado por Joseph Card. Ratzinger Prefecto y por Angelo Amato, Arzobispo titular de Sila. Obtenido por medio electrónico: http://www.vaticano.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_sp.html

Córdoba Ruiz, Piedad, Senadora Colombiana, exposición de motivos del Proyecto de Ley 43 de 2002. www.leyparejas.com

Costa, Susana, La UE incluye la no discriminación por orientación sexual: <http://www.naciongay.com/editorial/reportajes/16062003175532.asp>

Cristianos Homosexuales, Página web, <http://www.cristianshomosexuales.org/arxiu/documents/ley.htm>

Diario Levante-EMV, Valencia, España.

www.levanteemv.com/hoy00314/comunidad/26Comunidad.html

Dias, Maria Berenice, Políticamente correcto,

<http://www.mariaberencedias.com.br/site/>

Dias, Maria Berenice, Apelação Cível nº 70001388982, de Porto Alegre, Rio Grande do sul, 14 de marzo de 2001

Dias, Maria Berenice, Los homosexuales son invisibles ante la justicia,

<http://www.mariaberencedias.com.br/site/>

Dias, Maria Berenice, Libertad Sexual y los Derechos Humanos,

<http://www.mariaberencedias.com.br/site/>

Dias, Maria Berenice, El Gay también es ciudadano,

<http://www.mariaberencedias.com.br/site/>

Dias, Maria Berenice, Relaciones homosexuales,

<http://www.mariaberencedias.com.br/site/>

Dias, Maria Berenice, La discriminación en la óptica del derecho,

<http://www.mariaberencedias.com.br/site/>

Dias, Maria Berenice, Amor versus preconceito,

<http://www.mariaberencedias.com.br/site/>

Dias, Maria Berenice, Unión homosexual- aspectos sociales y jurídicos,

<http://www.mariaberencedias.com.br/site/>

Dias, Maria Berenice, Familias homoafectivas,

<http://www.mariaberencedias.com.br/site/>

Dias, Maria Berenice, Uniones homoafectivas, una realidad que Brasil insiste en no ver, <http://www.mariaberencedias.com.br/site/>

Dias, Maria Berenice, La homosexualidad, la ley y los avances,

<http://www.mariaberencedias.com.br/site/>

Díaz, Rafael y Ayala George, Discriminación Social y la Salud: el caso de los hombres latinos homosexuales y el riesgo de infección por VIH, publicado por The Policy Institute of de National Gay and Lesbian Task Force

En Sentido G, página electrónica, California: La Cámara Baja del Estado aprobó una propuesta de ley de derechos a parejas del mismo género, ["http://www.sentidog.com.ar/nsen/noticias/cortitan.html?id=1522"](http://www.sentidog.com.ar/nsen/noticias/cortitan.html?id=1522)

Fundación Triángulo, <http://www.geocities.com/cnoteprives/LEYPAREJAS.htm>

Herrera Ulloa, Mauricio, Costa Rica supera al istmo, intolerancia amenazante. Estudio detecta deterioro de valores democráticos. Periódico La Nación, Domingo 15 de agosto de 1999, sección el país. Fuente electrónica: http://www.nacion.com/In_ee/1999/agosto/15/pais9.html

International Gay and Lesbian Human Rights Commission. Iniciativa de Ley: La Sociedad de Convivencia Exposición de Motivos. México. www.iglhrc.org

Ley de uniones estables de pareja. Cataluña.
www.coqailes.org/drets/documentos/luepe.html

Los varones y el SIDA: Un enfoque basado en consideraciones de género. ONUSIDA, marzo de 2000

Mancera, Manuel, nación Gay, Canadá nos hace soñar, 17 Julio, 2001
<http://www.naciongay.com/editorial/reportajes/71701185617.asp>

Mancera, Manuel, La batalla civil de Stonewal,
<http://www.naciongay.com/editorial/reportajes/5270119052.asp>

Medina, Graciela, " Revista de Derecho Privado y Comunitario" N 20, Ed. Rubinzal y Culzoni, 1999

Medina, Graciela, Jurisprudencia y legislación extranjera, Revista de Derecho Privado y Comunitario N 22, ed. Rubinzal y Culzoni Argentina 2000

Monzón, Isabel. Segundas Jornadas de Homosexualidad y familia y Primer Encuentro de Psicología y Homosexualidad.
www.melodysoft.com/cgi-bin/foro.cgi

Mott, Luiz, Homofobia en América Latina, mensaje enviado por correo electrónico, por Marcelo Ferreira, el 20 de febrero de 2002.
Nación Gay, Página electrónica:
<http://www.naciongay.com/editorial/reportajes/12802203643.asp>

Musa Laura (Diputada), Proyecto de Ley de Parteneriato para Unión Civil de Parejas del Mismo Sexo. Material jurídico legal de la Sociedad de Integración Gay Lésbica Argentina. Argentina.

Noticias jurídicas, http://noticias.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/70.

NotieSe, boletín electrónico, Antonio Medina, coordinador, E-mail: notiese@letraese.org.mx suplemento Letra S en: <http://www.letraese.org.mx>

Okubaru, Fabio, Unión estable, Gazeta do Povo, noticia electrónica enviada por Beto Kaiser, del Proyecto Agenda, proyecto_agenda@gruposyaho.com

ONUSIDA, www.unaids.org

Ordóñez, Juan Pablo, "Ningún ser humano es desechable: Limpieza social, Derechos Humanos y orientación sexual en Colombia", IGLRHC, San Francisco California, 1995. www.iglhrc.org.

Seminario Lesbiano/gay/bisexual/transgenero de Estrategias, http://www.4edu.info/LGBT/CSL_12.1_familia.htm

Suárez, Daria, La discriminación duele, artículo publicado en la página web de CIPAC, Octubre 2002, página electrónica: <http://www.cipacdh.org/html/index.htm>

Suárez, Gabriela, Beneficio Familiar, Caja Costarricense del Seguro social, publicado en la página web de CIPAC: <http://www.cipacdh.org/html/index.htm>

Revista gayness, publicaciones mensuales lesbi/gay, San José, Costa Rica

Rincón Perfetti, German Humberto, Proyecto Agenda - Comunidad (electrónica) Hispana de Gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas Bogotá – Colombia. proyecto_agenda@gruposyaho.com

SRI, servicio de noticias suizo, nota periodística: Suiza prepara fórmula matrimonial para homosexuales. <http://mp3.swissinfo.org/es/inside/print/2000/eshoy112000.html>

Stern, Richard, Esfuerzos caribeños para combatir el SIDA, frenados por la violencia y la homofobia, artículo de la Asociación Agua Buena, www.aguabuena.org

The Policy Intitute of de National Gay and Lesbian Task Force www.nglhf.org

Wockner News Service, Noticias Internacionales. # 385, 407, 408, 417, 425, 427, 430, 446, 449, 451, 452, 456, 458, 460, 461, 468, 470, 471, 472, 476, correo electrónico: wockner@panix.com

Zamorano, Daniel, (Corresponsal de Naciongay.com en Canadá) <http://www.naciongay.com/editorial/reportajes/130620031809.asp>