

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

**Facultad de Derecho**

Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho

**EL RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO**

**DE PAREJAS DEL MISMO SEXO**

*Graciela Soto López*

Sede Rodrigo Facio, San José, Costa Rica

**2008**



**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO  
ÁREA INVESTIGACION**



**14 de noviembre del 2008**

**Doctor  
Rafael González Ballar  
Decano  
Facultad de Derecho**

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación de la estudiante:  
**GRACIELA SOTO LOPEZ**

**Titulado: “EL RECONOCIMIENTO DE LA UNION DE HECHO DE PAREJAS  
DEL MISMO SEXO”**

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:

<b>Presidente:</b>	<b>DR. MARVIN CARVAJAL PEREZ</b>
<b>Secretario:</b>	<b>LIC. JOSE ROBERTO BRENES CHINCHILLA</b>
<b>Informante:</b>	<b>LICDA. RITA MAXERA HERRERA</b>
<b>Miembro:</b>	<b>LIC. GONZALO MONGE NUÑEZ</b>
<b>Miembro:</b>	<b>MSC. WILLIAM BOLAÑOS GAMBOA</b>

La fecha y hora para la **PRESENTACION PUBLICA** de este trabajo se fijó para el día **01 de diciembre del 2008, a las 18:00 p.m.** en la **SALA DE JUICIOS.**

  
**Dr. Daniel Gadea Nieto  
Director**

San José 13 de noviembre del 2008

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

Estimado profesor:

En mi condición de directora del trabajo final de graduación de la egresada Graciela Soto López titulado **“El reconocimiento de la unión de hecho de parejas del mismo sexo”** comunico mi aprobación.

La investigación constituye un aporte importante para el análisis de un tema prioritario en materia de derechos humanos y que se encuentra en la agenda legislativa de nuestro país.

Brinda información precisa sobre la consideración de la unión de hecho homosexual a través de la historia y ofrece un amplio panorama del estado de la cuestión en el derecho comparado actual.

La sustentante toma posición y la fundamenta adecuadamente. Considera que estas uniones constituyen un grupo familiar que debe tener reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico familiar.

Por lo expresado anteriormente considero que la tesis reúne los requisitos exigidos para proceder a su réplica.

Atentamente



Rita Maxera

San José, 11 de noviembre del 2008

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

Señor Director:

En mi condición de lector, hago de su conocimiento que he revisado la Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulada: **“El reconocimiento de la unión de hecho de parejas del mismo sexo”**, elaborada por Graciela Soto López, portadora de la cédula de identidad 6-265-001 y carné 925422, estudiante de esta facultad.

Dicha investigación cumple con los requisitos exigidos por la universidad para este tipo de trabajos finales de graduación, en consecuencia la apruebo para todos los efectos ulteriores.

Quedando a sus órdenes, se suscribe,



Dr. Marvin Carvajal Pérez  
Profesor



San José, 11 de noviembre del 2008

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

Estimado señor:

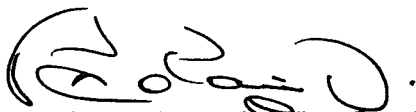
El suscrito William Alberto Bolaños Gamboa, en mi condición de Profesor de de esta Facultad y como Lector del trabajo final de graduación de la egresada **GRACIELA SOTO LÓPEZ**, carné 925422, cuyo título es: **EL RECONOCIMIENTO DE LA UNION DE HECHO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO**.

Por este medio me permito hacer de su conocimiento que he aprobado esta investigación, ya que la misma cumple con los requisitos de forma y fondo exigidos por la Facultad de Derecho y la Universidad de Costa Rica.

La investigación realizada por la egresada Soto López es una contribución al quehacer jurídico, y aporta elementos de importancia tanto doctrinal como jurisprudencial para el entorno legal en materia de Derecho de Familia.

Igualmente, la investigación reviste bastante importancia en un tema que es materia de discusión en la actualidad.

Sin otro particular, con las muestras de estima y consideración de siempre,



**Msc. William Alberto Bolaños Gamboa**  
**Profesor**

## **DEDICATORIA**

*A mi familia...*

*A Joaquín, mi esposo, que por segunda vez me ha acompañado en este proceso, la primera éramos novios y no plasmé su esfuerzo en papel, hoy diez años después lo hago... Gracias por todos tus sacrificios, pero sobre todo gracias por creer en mí y apoyarme siempre.*

*A mis papás, Francisco y Elizabeth, por haberme inculcado el amor por el estudio y la búsqueda de superación.*

*A mis hermanos, Leonardo, Melania y Natalia, por ser mis mejores amigos, por estar ahí cuando los he necesitado, por aceptar mi guía y por guiarme.*

*Y a mis sobrinos, Andrés y Amanda, por ser la inspiración constante en la procura de un mundo mejor.*

*Han sido muchos los momentos sacrificados por el estudio, pero también han sido muchas las satisfacciones al aprender...*

**Graciela**

## **AGRADECIMIENTOS**

*Quiero agradecer profundamente a todos los docentes de esta facultad por sacrificar el tiempo de su familia, de su profesión, de sus amigos y el suyo propio, en aras de transmitir su conocimiento. Especialmente a los profesores, directora y lectores de esta investigación: A doña Rita Maxera quien sin haberme tenido como estudiante aceptó dirigir esta investigación y me ha obsequiado mucho de su tiempo y experiencia en este proceso; a don Marvin Carvajal quien desde que iniciaba mis estudios en Derecho me inspiró en la búsqueda de una sociedad más justa y ha sido lector activo de este trabajo; y a don William Bolaños por su invaluable ayuda.*

*También deseo agradecer a aquellos de mis amigos que me muestran día a día que la felicidad radica en vivir realmente como uno quiere vivir, por servirme de motivación en la procura de un sistema sin distinciones, que nos proteja a todos por igual.*

*Pero sobre todo, a mi hermano, quien me enseñó que el ser diferentes es lo que nos hace iguales; él, no sólo me ha guiado en la apreciación de esta bellísima oportunidad que tenemos de ser libres, sino que además me abrió los ojos a un mundo diferente al nuestro, un mundo donde se vive sin miedo a los prejuicios, donde reina la tolerancia y el cual me ha impulsado a hacer este trabajo... Hoy a cambio de esa vida te tengo lejos, pero te sé feliz.*

**Graciela**

## ÍNDICE

Dedicatoria .....	i
Agradecimientos .....	ii
Índice.....	iii
Ficha Bibliográfica.....	vi
Resumen .....	vi
<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
- Objetivo General .....	3
- Objetivos Específicos .....	4
- Hipótesis de Investigación.....	4
- Metodología .....	4
- Estructura del trabajo.....	7
<b>Capítulo I: Las uniones de hecho de parejas del mismo sexo como fuente de familia.....</b>	<b>10</b>
1) La Familia .....	10
2) Evolución de la familia en la historia .....	14
a) Plena Comunidad Sexual.....	16
b) La Familia Consanguínea.....	18
c) La Familia Punalúa.....	18
d) La Familia Sindiásmica .....	19
e) La Familia Monogámica.....	20
f) La Familia en Roma.....	22
g) La Familia en la Edad Media .....	23
h) La Familia Burguesa.....	24
i) La Familia Moderna.....	25
I. La Familia en Costa Rica .....	26
1. Aparición del Código de Familia .....	27
2. Inclusión de la unión de hecho al Código de Familia.....	28
3) Protección de la familia de parejas del mismo sexo como derecho humano .....	31
<b>Capítulo II: La homosexualidad en el derecho comparado.....</b>	<b>39</b>
1) Países donde las relaciones homosexuales son ilegales .....	45
a) Países que castigan con pena de muerte los actos homosexuales.....	45
b) Países que castigan con prisión los actos homosexuales .....	47

I. Sin indicación precisa del tiempo en prisión .....	47
II. Prisión desde once años a cadena perpetua.....	48
III. Prisión de un mes a diez años.....	49
2) Países donde las relaciones homosexuales no son ilegales como tal pero tampoco completamente legales.....	50
3) Países que permiten las relaciones homosexuales .....	53
a) Países con figuras sustitutas del matrimonio.....	54
b) Países donde se acepta el matrimonio.....	56
c) Países que permiten la adopción por parejas del mismo sexo.....	57
d) Otras clasificaciones .....	58
<b>Capítulo III: La homosexualidad en Costa Rica.....</b>	<b>60</b>
1) Antecedentes históricos del Movimiento Homosexual .....	60
2) Iniciativas en el Ordenamiento Jurídico Costarricense .....	61
a) Acción de Inconstitucionalidad que promovía el matrimonio .....	63
I. Curso de la Acción.....	65
II. Posiciones de los Magistrados.....	70
1. Voto de Mayoría.....	71
2. Votos Salvados.....	80
b) Proyectos de Ley .....	87
I. Propuestas que benefician a los homosexuales.....	89
1. Proyecto de Ley 16.182 que promueve la unión de hecho.....	90
2. Proyecto de Ley 16.390 que promueve la unión civil.....	94
3. Proyecto de Ley 16.887 que reforma la Ley General de Salud.....	102
4. Proyecto de Ley 16.970 para prevenir y eliminar la discriminación .....	104
5. Proyecto de Ley 16.978 para modificar el artículo 373 del Código Penal.....	105
II. Proyecto de Ley 16.258 para prohibir que homosexuales adopten menores.....	107
III. Referéndum sobre Ley de unión civil de personas del mismo sexo.....	111
<b>Capítulo IV: Diferencias entre los efectos que generan la convivencia de parejas heterosexuales y la convivencia de parejas homosexuales en Costa Rica .....</b>	<b>114</b>
1) Efectos Patrimoniales que carece la unión de hecho homosexual .....	118
a) Derecho a convenciones matrimoniales.....	119
b) Derecho a bienes gananciales .....	121
c) Derecho a la afectación del inmueble familiar .....	124
d) Derecho a alimentos .....	126

e) Derechos sucesorios .....	129
2) Efectos Personales que carece la unión de hecho homosexual.....	131
a) Derecho a la solicitud de declaratoria de interdicción y a la prioridad de la curatela legítima.....	132
b) Derecho al seguro social .....	133
c) Derecho a la pensión por viudez.....	137
d) Derecho al reconocimiento de la pareja en materia laboral .....	138
I. Durante la relación laboral.....	139
II. Al finalizar la relación laboral.....	141
e) Derecho a la subrogación del arrendamiento .....	142
f) Derecho al bono familiar de vivienda.....	143
g) Derecho a la facilitación de créditos blandos para adquirir vivienda.....	145
h) Derecho a la visita hospitalaria.....	146
i) Derecho a disfrutar de la afiliación de la pareja en clubes sociales .....	148
j) Derechos en cuestiones penales .....	150
I. Derecho a establecerse como víctima.....	150
II. Derecho a indemnización por responsabilidad civil .....	152
III. Derecho de abstenerse a declarar contra la pareja.....	152
IV. Derecho a no estar obligado a denunciar a la pareja.....	153
V. Derecho a solicitar la revisión del proceso penal cuando el condenado ha fallecido .....	154
VI. Derecho de excusarse de la función de Juez, de funciones del Ministerio Público y de la función de Perito .....	154
VII. Derecho a la visita conyugal en la cárcel.....	155
VIII. Derecho a la aplicación de agravantes en delitos penales.....	157
 <b>Capítulo V: Modificación del artículo 242 del Código de Familia para abarcar las uniones de hecho de parejas del mismo sexo.....</b>	 <b>160</b>
1) La unión de hecho en Costa Rica.....	161
2) Solución inmediata, menos controversial y subsidiaria .....	171
 <b>Conclusiones y Recomendaciones .....</b>	 <b>179</b>
 <b>Anexos .....</b>	 <b>188</b>
 <b>Referencias Bibliográficas .....</b>	 <b>190</b>

## FICHA BIBLIOGRÁFICA

SOTO LÓPEZ, Graciela. **EL RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO**. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2008.

**Directora:** Licda. Rita Maxera Herrera.

**Palabras clave:** Convivencia, convivencia de parejas del mismo sexo, convivencia homosexual, familia, familia homosexual, homosexualidad, homosexuales, orientación sexual, parejas del mismo sexo, lesbianismo, lesbianas, matrimonio, matrimonio gay, matrimonio homosexual, unión civil, unión de hecho, uniones de hecho homosexuales.

### RESUMEN

Las relaciones homosexuales parecen haber existido siempre en la sociedad. Sin embargo, por tratarse de un tema con muchos matices morales, su abordaje ha presentado cierta dificultad, además de que ha sido una realidad difícil de documentar y aún más de tutelar, por el sigilo que la ha caracterizado.

La homosexualidad es una orientación sexual que se inclina hacia las relaciones eróticas con individuos del mismo sexo. Pero la evolución de la sociedad ha permitido que ese comportamiento vaya más allá de lo sexual y, en la actualidad, con mayor frecuencia, parejas del mismo sexo deciden compartir algo más que su sexualidad y establecen convivencias muy parecidas a las relaciones maritales conocidas hasta ahora.

Esa similitud con las parejas heterosexuales, las ha acercado a su determinación como vínculo familiar, en razón de su carácter económico, porque los miembros deben cooperar con la subsistencia material y su carácter social, porque se establecen como células de la comunidad.

La familia como base natural y fundamento de la sociedad ha sido definida de muchas maneras, sin embargo su conceptualización está basada en la realidad que vive cada una de esas formas de asociación. La permanencia de la familia a lo largo de la historia, ha dotado al ser humano de diferentes percepciones de ese grupo tan esencial para su desarrollo.

En la actualidad las relaciones de convivencia estable, pública y notoria, son visualizadas de manera empírica, como familia, y de esa misma forma las parejas formadas por personas del mismo sexo con esas características, están siendo consideradas familia.

Si se reconoce como vínculo familiar a las uniones de hecho homosexuales, el ordenamiento, en razón de la protección que según la Constitución Política y los instrumentos internacionales debe otorgarle a la familia, está en la obligación de tutelarlas de alguna manera.

En cualquier parte del mundo, cuando se discute sobre el tema de la homosexualidad se producen opiniones encontradas y el ámbito legal no escapa a ese desacuerdo, el derecho comparado muestra legislaciones contrapuestas y con marcada diferencia, incluso entre países vecinos.

La despenalización de los actos homosexuales ha sido el resultado de una ardua labor. Todavía hay países que castigan con pena de muerte por lapidación, a quien sea acusado de mantener relaciones sexuales con personas del mismo sexo en su propia casa. No obstante, también hay países que permiten el matrimonio homosexual o que han creado figuras sustitutas y que se caracterizan por el respeto hacia esa orientación sexual.

Para algunos especialistas en derechos humanos, el respeto por la orientación sexual de los demás, representa tolerancia y madurez democrática, además de que propicia el desarrollo de seres humanos más felices y plenos, sin remordimientos ni prejuicios y más capaces de construir mejores sociedades para las generaciones futuras.

En los últimos años la sociedad costarricense ha experimentado una exposición de esa minoría homosexual, que ha provocado diferentes reacciones en diversos ámbitos. En el 2003 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra la prohibición del matrimonio homosexual. Tres años después la Sala consideró constitucional la norma.

Sin embargo, el voto que resolvió la acción encargaba a los diputados la tarea de crear una ley que tutelara las uniones homosexuales. De esa manera se presentó el proyecto de ley de unión civil de parejas del mismo sexo.

También otras iniciativas han pretendido en los últimos años defender a esa minoría, proponiendo leyes que combatan la discriminación, o incluso, con la ampliación del reconocimiento de la unión de hecho, para que abarque a las parejas del mismo sexo.



De la misma manera, algunos asiduos opositores han presentado un proyecto para que se prohíba expresamente la adopción de menores a personas homosexuales y pretenden además, realizar un referéndum para que la mayoría decida si se aprueba, o no, el proyecto de ley de unión civil de personas del mismo sexo.

La carencia de regulación representa muchas diferencias en los efectos que generan una relación marital –se haya ésta formalizado o no– y una relación estable entre personas del mismo sexo a nivel jurídico. Una de las principales discrepancias es que los homosexuales tienen que pagar para poder proteger su patrimonio y a su pareja, mientras que los heterosexuales adquieren esa protección automáticamente al legitimar su relación.

La inclusión de la unión de hecho en el Código de Familia fue un proceso difícil y que no sucedió como se creería, hace mucho tiempo. A lo mejor el país se encuentre en vísperas de lograr la tutela jurídica para las relaciones de pareja de personas del mismo sexo. Una modificación en el artículo 242 del Código de Familia, permitiría la ampliación del reconocimiento de la unión de hecho a las parejas homosexuales.

Ese cambio, brindaría una regulación para esas relaciones, que podría ser aceptada socialmente con mayor facilidad por ser una forma más disimulada de abordar el tema, y a pesar de que no llena completamente el vacío legal existente, por reconocerse según plantea la norma, hasta que finaliza la relación. Esa regulación se seguiría utilizando aún cuando se creara otra figura, porque siempre habrá quienes necesiten reconocer el vínculo familiar que tuvieron, pero que nunca formalizaron.

*“El afecto merece ser visto como una realidad digna de tutela.”*

**Maria Berenice Dias, Jurista Brasileña.**

## INTRODUCCIÓN

---

En el año 2003 el país fue testigo de una gran polémica, cuando un abogado estableció una acción de inconstitucionalidad que promovía el matrimonio homosexual pero que finalmente fue declarada sin lugar por nuestros magistrados. El año pasado varios diputados presentaron a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley sobre la unión civil de personas del mismo sexo. En razón de ese proyecto ahora un grupo de costarricenses está proponiendo realizar un referéndum para que el país decida si se implementa o no esa ley. La dinámica social nos ha llevado a la necesidad de tutelar situaciones que hasta hace pocos años eran impensables.

Hoy día se dice que los seres humanos somos más felices que en épocas pasadas, y a lo mejor ese progreso en la calidad de vida es el resultado de la evolución de la sociedad, que se ve reflejada en un mayor respeto por los derechos humanos y en el desarrollo de temas antes tabúes en muchas sociedades, pero que hoy pasan a ser de 'la normalidad' tal y como se concibe en la actualidad.

Las relaciones afectivas entre personas homosexuales, cada día son más visibilizadas. El avance social, les ha permitido adoptar una forma de vida antes inimaginable. La mitigación de su señalización, la mejora en el tema de la discriminación y la misma incorporación de algunas de esas relaciones afectivas al propio entorno social de sus miembros, han propiciado una mayor aceptación y una mayor percepción de su vinculación afectiva como "pareja".

La familia como elemento natural –es la única forma de asociación que el hombre tiene en común con los animales–, es fundamento de la sociedad, y la primera agrupación social con la que se relaciona y tiene contacto el homosexual; pero a la vez, los homosexuales al relacionarse afectivamente y convivir como pareja conforman otra comunidad, que se convierte en el entorno en el que más se desenvuelven y que los provee de cariño, protección, cooperación, y otras condiciones que la convierten también en su familia. La sociedad de la misma manera que ha reconocido el concubinato como familia desde hace mucho tiempo, antes que la misma legislación, ha comenzado poco a poco a visualizar ese vínculo afectivo homosexual igualmente como familia.

A través de la historia la percepción que la sociedad ha tenido de la familia ha divergido, mas su ligamen con la relación marital ha sido muy estrecha desde épocas muy tempranas, tanto que en la actualidad un análisis de una de esas figuras exigirá referirse a la otra, máxime como en el caso de esta investigación que tiene por objeto abordar el tema del concubinato o relación marital ilegítima.

Todos tenemos algún familiar, algún amigo, algún vecino, o por lo menos algún conocido, que se ha declarado homosexual, y muchos ya hemos aprendido a respetar su libre determinación; pero además, esa experiencia ha permitido la desmitificación de la homosexualidad y el entendimiento de las carencias jurídicas que sufren quienes tienen esa orientación sexual. El interés por el tema para realizar este trabajo final de graduación, es el resultado de esa concienciación y del cariño que sentimos por ese familiar, por ese amigo, pero, principalmente por este país, al cual el Derecho debe ayudar, para que la tolerancia y el respeto por los derechos humanos, sean su estandarte.

Frecuentemente se comenta el crecimiento de la homosexualidad en los últimos años, y podría ser que se trate de cuestiones genéticas o de adquisiciones durante la socialización que verdaderamente hayan incrementado su número. Pero se debe considerar también que hay más gente en el mundo y lógicamente si se ha mantenido el porcentaje de la homosexualidad, hay más homosexuales. Sin embargo, lo más probable es que antes menos personas se atrevían a reconocer esa orientación sexual y mucho menos a vivir de acuerdo con ella.

Sea lo que sea, la homosexualidad es una realidad en nuestra sociedad y las uniones homosexuales están compuestas por ciudadanos con iguales derechos y deberes que los ciudadanos heterosexuales, pero que se desenvuelven en una sociedad con un ordenamiento jurídico que ha sido incapaz de regular sus relaciones afectivas, como ha regulado las de las parejas heterosexuales que conviven fuera del matrimonio, comenzando por el reconocimiento de su vínculo familiar, en contraposición con su reconocimiento social.

Inicialmente la idea era a través de un trabajo de investigación, proveer un análisis detallado de las posibilidades que existen en nuestro país para tutelar las uniones entre personas del mismo sexo. Sin embargo, al ir recopilando información nos percatamos de la existencia de un trabajo final de graduación, que básicamente ya lo había hecho, además de otro, que analizó la inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Como resultado de esos descubrimientos, el curso que se le pretendía dar a esta investigación se modificó y después de una revisión bibliográfica y de la lectura de los dos trabajos de investigación que se localizaron en este centro de estudio, se escogió la figura de la unión de hecho, por ser la que más se acerca a remediar la falta de tutela que sufren las relaciones de convivencia de parejas homosexuales de una manera más simple y con menos posibilidades de resistencia de la sociedad, para analizarla y proponerla como solución a ese vacío legal.

Cinco años después de esa primera tesis, no se ha superado la carencia de regulación para esas uniones; sin embargo, hay esperanza. La resolución 7262-06 de la Sala Constitucional sobre la constitucionalidad del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia que impide el matrimonio entre personas del mismo sexo, ha propiciado una discusión en nuestra sociedad y el impulso de uno de los dos proyectos de ley que están en la Asamblea Legislativa que permitirían tutelarlas.

En cuanto a la doctrina utilizada en esos trabajos de graduación, en lo que al ámbito legal se refiere, la situación no ha variado mucho, tal y como explican las autoras del último de ellos, continúan siendo emblemáticas del tema las autoras Graciela Medina (Argentina) y Maria Berenice Dias (Brasil). Otros autores que lo han abordado, muestran signos de imitarlas al utilizar por ejemplo, términos como “relaciones homoafectivas”, ampliamente desarrollado por Dias, y al cual se recurrió en la primera investigación comentada.

La tesis que analizó la inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio homosexual, contradice la posición de la Sala Constitucional y parece coincidir con el voto salvado del Magistrado Adrián Vargas Benavides, no obstante, a pesar de incluir la resolución como anexo y seguramente porque su objetivo era más bien demostrar lo contrario, no realiza un análisis profundo del voto 7262-08, tarea que se asume en esta investigación por la relevancia que tienen en nuestro ordenamiento las posiciones de los magistrados.

Asimismo, se pretende entonces con este trabajo, compilar las innovaciones que ha presentado el tema en estos últimos años, para proponer el reconocimiento de unión de hecho como la figura inmediata más adecuada para tutelar dentro de nuestro ordenamiento jurídico las relaciones de parejas compuestas por personas del mismo sexo, por considerarse que presentaría menos resistencia en la sociedad y abriría el camino a una tutela jurídica más completa.

Con esa finalidad en mente, los objetivos que se plantean al iniciar esta investigación son los que se presentan a continuación:

### **Objetivo General**

Fundamentar la necesidad de abarcar dentro del título VII del Código de Familia, que se refiere a la unión del hecho, el reconocimiento de la unión de hecho de parejas compuestas por personas del mismo sexo.

## **Objetivos Específicos**

- Analizar la familia, para demostrar que el desarrollo en su conceptualización y su evolución a través de la historia, permiten la consideración de las relaciones afectivas de parejas compuestas por personas del mismo sexo como vínculo familiar.
- Examinar el tratamiento jurídico que se le da en el Derecho comparado a las relaciones de parejas formadas por personas del mismo sexo.
- Razonar las diferentes figuras jurídicas que se han tratado de implementar en el Derecho costarricense y que repercuten en las uniones afectivas homosexuales.
- Justificar la necesidad de incluir dentro del Derecho de Familia costarricense una figura jurídica que reconozca y abarque al vínculo familiar existente en las parejas compuestas por personas del mismo sexo.
- Proponer la unión de hecho como figura jurídica necesaria para el reconocimiento del vínculo familiar de las parejas formadas por personas del mismo sexo.

## **Hipótesis**

La hipótesis planteada al iniciar este proceso de investigación es que una modificación del artículo 242 del Capítulo "De la Unión de Hecho", del Título VII, del Código de Familia, ampliaría la aplicación del reconocimiento de la unión de hecho a las parejas del mismo sexo, lo que significaría una regulación para esas relaciones que podría ofrecer menos resistencia social y abrir paso a una tutela jurídica más completa.

## **Metodología**

Para desarrollar los temas antes expuestos, el presente trabajo se basará en una investigación con un enfoque bastante más cualitativo que cuantitativo, sin excluirse del todo una combinación de ambos, ya que, a pesar de que se ha planteado una hipótesis previa -más por requisito de la universidad que por decisión propia- la idea es recolectar, describir y analizar datos sin que éstos lleguen a ser totalmente medidos, y precisamente por el tipo de tema que se aborda, se hace un tratamiento del mismo, desde un plano muy real y resultado de la observación de la sociedad.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Al respecto puede leerse a Sampieri Hernández, Roberto; Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar y otros. Metodología de la Investigación. Tercera Edición. McGraw-Hill Interamericana. México, 2004, pp. 4 y siguientes.

Decimos que se enfocará más a un análisis cualitativo porque es a través de la investigación de las diferentes reacciones en la sociedad, especialmente las legislativas, de donde concluiremos cuál es la solución más adecuada a la laguna que se presenta en este momento en cuanto a las relaciones de parejas compuestas por personas del mismo sexo. Sin embargo de forma cuantitativa se plantea desde un inicio que dichas parejas entran dentro del concepto de familia, y se propone la ampliación del artículo 242 del Código de Familia para que las abarque.

El problema se encara desde una perspectiva jurídica amplia, que incluye un abordaje dogmático-legal, ya que se investigarán el material legislativo, la jurisprudencia y la doctrina. Sin embargo, también se estudiará el fenómeno jurídico social, para lograr con ello una óptica amplia y real. Entonces se puede afirmar que por el tema para desarrollar, el tipo de tesis será una combinación de dogmática-formalista y realista-sociológica.<sup>2</sup>

Se utilizarán fuentes jurídicas formales y materiales: las formales o directas nos proporcionarán las normas que nos servirán para establecer comparaciones y palpar triunfos o carencias del ordenamiento, y las materiales o indirectas para comprender el contenido de esas normas, pero sobre todo, para analizar y evaluar las propuestas que se hagan.

Es indispensable realzar la necesidad de recurrir en gran medida a la herramienta del internet, no sólo por representar un instrumento más que adecuado en el cotidiano vivir, sino también, por la escasez de jurisprudencia existente en nuestro ordenamiento sobre la materia, de manera que la posibilidad que nos brinda el internet para acercarnos al Derecho comparado y a instituciones en otros países, evidentemente completará aún más el resultado que de esta investigación se pueda obtener.

También es necesario para un mejor entendimiento del tema y sobre todo, de las situaciones que han atravesado muchas personas en nuestro país por su condición homosexual, recabar opiniones tanto de especialistas y conocedores del tema, como de personas que han sufrido en carne propia la carencia en nuestra legislación de una figura que proteja los intereses de las parejas homosexuales.

Se advierte al lector, que sobre el tema de parejas compuestas por personas del mismo sexo, al menos en lo que a esta Facultad respecta, existen únicamente dos trabajos finales de graduación, que son los mismos mencionados unas páginas atrás y que dicho sea de paso son de difícil acceso, ya que se cuenta con pocos ejemplares y generalmente están en préstamo.

---

<sup>2</sup> Véase a WITKER, Jorge. *Cómo elaborar una tesis de Derecho. Pautas Metodológicas y Técnicas para el Estudiante o Investigador del Derecho*. Editorial Civitas, S.A. Primera Edición. Reimpresión. Madrid, España, 1991.

Valga también resaltar, que uno de esos trabajos, el denominado “La tutela jurídica a las parejas formadas por personas del mismo sexo: uniones estables homoafectivas”, realizado en el año 2003, dirigido también por la Profesora Maxera, aborda el tema de una manera valiente y exhaustiva y será fundamental en la realización de este trabajo, ya que reúne una serie de información básica para cualquier investigación sobre el tópico de parejas formadas por personas del mismo sexo.

Sin embargo, como lo que se pretende es extender el tema a diferentes ámbitos, lo lógico es que se aborde desde otras perspectivas, por lo que nos interesa primordialmente plantear ejemplos de la vida cotidiana, con los que de alguna manera se logre sensibilizar al lector con relatos de situaciones relacionadas al Derecho, que atraviesan día a día esas parejas y proponer una solución inmediata al problema del vacío legal en esa materia.

La otra tesis mencionada es del año pasado, la dirigió don Marvin Carvajal –lector también de ésta– y se denomina “Estudio sobre la inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo”, cabe además recalcar la participación de doña Rita Maxera como lectora, lo que permitirá que ella como directora de esta investigación, la guíe tomando en cuenta la existencia de ambos trabajos.

Es necesario subrayar que a pesar de que esos trabajos de investigación, son bastante recientes, no agotan el tema que se pretende desarrollar en lo que a la unión de hecho respecta, ya que ninguno la plantea directamente desde su hipótesis como solución a la falta de tutela jurídica de las parejas del mismo sexo.

Se utilizarán, como es de suponer, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia sobre el tema, y se abarcarán de manera fundamental los diferentes proyectos de ley presentados por nuestros legisladores en los últimos años que se refieran a las parejas homosexuales. La idea es realizar un análisis minucioso de cada uno de ellos, analizando manifestaciones de los diferentes involucrados, como por ejemplo de los diputados que los han propuesto, o de los que los han rechazado, además de quienes se sienten afectados, o provean material serio para complemento de esta investigación como actores de nuestra sociedad.

Antes de iniciar, es preciso aclarar que a lo largo de este trabajo se utilizará el adjetivo “homosexual” para referirse a las personas cuya orientación sexual es hacia otras de su mismo sexo, a pesar de la discusión que ha existido sobre la exclusión que sienten las lesbianas al no



individualizarlas utilizando los términos “homosexuales y lesbianas” o “gays y lesbianas”, como en más de una ponencia lo ha resaltado doña Rose Mary Madden.<sup>3</sup>

Sin embargo, cabe destacar que nos referimos a ese término como derivado del griego “homo” que significa “igual”, y no del latín perteneciente a “hombre”, es decir que la palabra “homosexual” se utiliza acentuando la identidad de sexo de quienes participan en una relación sexual, como antítesis de “heterosexual” que se aplica a las relaciones entre individuos de diferente sexo.<sup>4</sup>

Se empleará entonces, el término homosexual, u homosexuales en plural, al referirse ya sea a hombres o mujeres cuya orientación sexual sea hacia personas de su mismo sexo. No se usarán otros vocablos, a pesar de su popularidad, como el caso de la palabra “gay” –anglicismo que en realidad tuvo un origen peyorativo, en razón de provenir de un término francés que significa “alegre”–, con el propósito de facilitar la lectura de este trabajo, y procurando evitar confusiones a quienes no estén muy familiarizados con la materia investigada.

Finalmente, en ese mismo sentido, no será la incapacidad de encontrar sinónimos lo que provocará la repetición de los términos “orientación sexual” (sólo sustituido por “identidad sexual”) y “homosexualidad”, sino su consideración como los adecuados.

## **Estructura de la investigación**

La estructura que se le pretende dar a esta investigación se compone de cinco capítulos:

I. Las uniones de hecho de parejas del mismo sexo como fuente de familia. → Este primer capítulo desarrollará el tema de la familia, su conceptualización, pero más que nada su evolución a través de la historia, con el propósito de demostrar que la determinación de la familia se basa en la experiencia de los actores sociales y que el vínculo afectivo entre dos personas homosexuales que cumpla con ciertas características, puede perfectamente calzar dentro de esa significación que tiene la sociedad de “familia”. Además, se analiza la protección que recibe la familia como base esencial de la sociedad y como derecho humano, que no gozan las uniones estables homosexuales por no ser todavía reconocidas jurídicamente como familia.

<sup>3</sup> Así lo planteó en el Foro: Reflexiones en torno al decreto del Día Nacional contra la Homofobia, el 26 de mayo del año 2008, en la Sala Joaquín Gutiérrez Monge de la Facultad de Letras de la Universidad de Costa Rica.

<sup>4</sup> *“Derived from the Greek root homo rather than from the Latin word for man, the term emphasizes the sameness of the two individuals who are involved in a sexual relation. The word is, of course, patterned after and intended to represent the antithesis of the word heterosexual, which applies to a relation between individual of different sexes.”* Parte de la definición que brinda William B. Rubenstein, Profesor de la Escuela de Leyes de Stanford en el libro *Cases and Materials on Sexual Orientation and the Law*. Segunda Edición, West Publishing Co., Minnesota, Estados Unidos, 1997, p. 2.

II. La homosexualidad en el derecho comparado. → Para este capítulo se utilizan fuentes internacionales, especialmente un informe de una organización sobresaliente en materia de derechos humanos, que permite hacer varias clasificaciones: En la primera se incluyen los países donde las relaciones homosexuales se consideran ilegales y se subdivide según la penalización. La segunda, se refiere a los países donde las relaciones homosexuales no son ilegales pero tampoco completamente legales. En la tercera clasificación, se tratan los países que permiten las relaciones homosexuales, y se hace una subdivisión, en la que se especifican los países que utilizan el matrimonio o figuras sustitutas para tutelar esas relaciones afectivas, además de incluir un listado de los países que permiten la adopción y algunas otras clasificaciones que nos parecieron pertinentes al tema e interesantes para nuestro lector.

III. Desarrollo de la homosexualidad en Costa Rica. → Inicia este tercer capítulo, con una breve referencia al Movimiento Homosexual y su lucha por ser visualizados como ciudadanos dignos de tutela jurídica. Seguidamente, se abordan las iniciativas en el ordenamiento jurídico pertinentes a las relaciones afectivas homosexuales, que se subdividen en dos apartados:

El primero se refiere a la acción de inconstitucionalidad planteada en el 2003 que promovía el matrimonio homosexual; se enfoca en el curso de la acción y en las posiciones de los magistrados en el voto 7262-06 de la Sala Constitucional que la declaró sin lugar y se analiza tanto el voto de mayoría, como los votos salvados de dos de los magistrados.

El segundo, expone las propuestas legislativas, que se examinaron en tres incisos: uno que contiene los proyectos de ley que procuran un beneficio para este grupo, otro que aborda un proyecto que promueve una prohibición para que personas homosexuales adopten menores y el último que se refiere a la propuesta de realizar un referéndum para decidir sobre la aprobación, o no, de la ley de unión civil de parejas del mismo sexo.

IV. Diferencias entre los efectos que generan la convivencia de parejas heterosexuales y la convivencia de parejas homosexuales en Costa Rica. → En el capítulo cuarto de este trabajo, se abordan los contrastes entre los efectos que producen las relaciones afectivas de parejas heterosexuales y las de parejas homosexuales, de esa manera el capítulo se desglosa en dos apartados, el primero enfocándose en los efectos patrimoniales y el segundo en los efectos personales. Se ejemplifican ambos, con una serie de derechos –en razón de esos efectos– que generan las uniones heterosexuales jurídicamente reconocidas y que no poseen las uniones de hecho homosexuales.

V. Modificación el artículo 242 del Código de Familia para abarcar las uniones de hecho homosexuales. → Para finalizar la investigación, en su último capítulo se propone el reconocimiento de la unión de hecho como una figura jurídica necesaria para tutelar las relaciones estables homosexuales. Primeramente se detalla la forma en que se aprobó la inclusión de la unión de hecho en el Código de Familia y después para terminar, se esbozan las razones por las que se considera el reconocimiento de la unión de hecho como la solución más inmediata, menos controversial y subsidiaria de cualquier otra forma de tutela jurídica que se apruebe posteriormente.

## CAPÍTULO I

---

### **Las uniones de hecho de parejas del mismo sexo como fuente de familia**

Cuando se inicia esta investigación, se da por entendido que pertenecerá al ámbito del Derecho de Familia. Al menos es así como se plantea el tema, que es aprobado por la Facultad clasificándolo desde un inicio como un tema propio de esta disciplina. Posteriormente desde esa misma óptica se plantea el anteproyecto, y como es de suponer a estas alturas del proceso, así mismo fue aprobado por la persona responsable de analizar los temas relacionados con la familia.

Lo anterior tiene trascendencia porque permite recalcar que se asumió desde un inicio, al igual que la Facultad, que un tema relacionado con las relaciones afectivas de las parejas formadas por personas del mismo sexo es uno relacionado al Derecho de Familia, de la misma forma que se consideraría dentro del Derecho de Familia, un tema relacionado con parejas heterosexuales.

Sin embargo, no hay duda alguna de que la anterior aseveración es la base para un interesante tema de discusión, al menos para quienes sienten cierta curiosidad por el desarrollo que ha tenido el Derecho hasta hoy: ¿Es familia una pareja?, ¿son los cónyuges familia? Pareciera que del diario vivir se podría deducir que se incluyen dentro del término “familia” porque crean familia.

Pero también se considera familia a los matrimonios que no conciben hijos, cuando en realidad no hay ningún lazo consanguíneo que los una, y con mayor frecuencia a las parejas con hijos que no han formalizado su relación por medio del matrimonio, y hasta cuando no los tienen, porque indudablemente se considera familia a la pareja que aún sin estar casada convive en su diario acontecer, de manera que es por esa misma razón que ahondaremos en el tema de “familia” al referirnos a la pareja de personas del mismo sexo que mantiene una relación estable de convivencia.

#### **1) La familia**

El concepto que se tenga de familia puede variar de una época a otra, de una cultura a otra cultura, incluso de una persona a otra persona, así que a lo primero que habría que referirse en un trabajo de investigación pertinente a ese tema, es a lo que se entiende por “familia”.

Según el diccionario de la Real Academia Española el término familia tiene diversas definiciones, la primera dice que es un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas, la

segunda la define como el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje, y una tercera dice que son los hijos o descendencia.<sup>5</sup>

Belluscio en su Manual de Derecho de Familia dice que: "No es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones: una amplia, otra restringida, y aun otra más, intermedia."<sup>6</sup>

De esa manera, procede a explicar que la familia "amplia" (Parentesco), comprende el conjunto de personas con las que existe algún vínculo jurídico de orden familiar, es decir con las que existe una relación de parentesco por consanguinidad o por afinidad y dice que:

*"Desde este punto de vista, cada individuo es el centro de una familia, diferente según la persona a quien se refiera... El expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el derecho de familia."*<sup>7</sup>

La "restringida" está compuesta únicamente por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos. Le denomina también Pequeña familia, Familia Conyugal, Parentesco Inmediato o Núcleo Paterno-Filial. Y al respecto dice:

*"A diferencia de la familia en sentido amplio, definida por la existencia de relaciones jurídicas familiares y que determina el campo del derecho de familia, la familia en sentido restringido asume mayor importancia social que jurídica. Es el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales del siglo XX, que tienden a imponer al Estado su defensa o protección."*<sup>8</sup>

La familia "intermedia" (como un orden jurídico autónomo) es "el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella."<sup>9</sup> Aquí se refiere el autor a la correspondencia de esa significación con la que tenía en el Derecho Romano.

Otros autores aprecian la familia, desde perspectivas más dependientes de las diversas etapas en el desarrollo del ser humano en sociedad.

*"La familia, dice Morgan, es el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo*

<sup>5</sup> Definición obtenida del Diccionario de la lengua española, de la página de Internet de la Real Academia Española en consulta del 10 de mayo del 2008, de [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=familia](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=familia)

<sup>6</sup> BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Tomo 1. Séptima Edición actualizada y ampliada. Primera Reimpresión. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires, Argentina, 2004, p.3.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 3 y 5.

<sup>8</sup> BELLUSCIO, Augusto César. *Op.cit.*, p. 5.

<sup>9</sup> *Ibid.*

*después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical sino cuando se ha modificado radicalmente la familia”.*<sup>10</sup>

También, la jurisprudencia puede ser fuente de conceptualizaciones, aun cuando algunos consideren que el hacer definiciones en las resoluciones acarrea confusiones y se recomienda no realizarlas, al menos en lo que a nuestro país respecta no ha faltado una que otra que defina a la familia.

Una tesis realizada en 1997, concluía que la Sala Constitucional en un afán por cumplir su función en el Derecho costarricense y al tener sus resoluciones un carácter vinculante, ha elaborado concepciones tácitas sobre familia, matrimonio y unión de hecho.

*“... la Sala Constitucional, al elaborar definiciones incurre en un grave error, pues aunque pretenda dar una definición amplia sobre cualquiera de las instituciones estudiadas, nunca podrá englobar dentro de ella la vasta gama de situaciones que puedan presentarse.”*<sup>11</sup>

Afirman las investigadoras que esas concepciones al ser realizadas por la Sala Constitucional, han sido aplicadas también por los Juzgados y el Tribunal Superior de Familia de manera que se vicia la actuación de estos últimos.

Sin embargo, las autoras antes citadas al referirse a la familia desde un enfoque jurídico dicen que ésta “constituye la célula del Estado y que es el centro más importante, funcionalmente hablando, de formación de ciudadanos.”<sup>12</sup>

*“... la familia es considerada como la célula elemental de la sociedad, como el elemento natural y fundamento de la sociedad, es decir, que es una institución social integrada por distintos elementos cuya posición y función se subordinan a un interés único, cual es el interés familiar.”*<sup>13</sup>

Igualmente Belluscio se refiere a otros conceptos de familia, por ejemplo habla de la familia Matrimonial y la Extramatrimonial:

*“El ideal jurídico y ético es y ha sido ordinariamente la organización de la familia sobre la base del matrimonio. Pero ello no implica que la unión de hecho y la procreación fuera del matrimonio no den lugar a vínculos que determinan también la existencia de una familia extramatrimonial (...) Tanto en la doctrina europea como en la nacional es motivo de*

<sup>10</sup> MORGAN, Lewis Henry, citado por ENGELS, Federico. El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. En relación con las investigaciones de L.H. Morgan. Editorial Nuevo Horizonte, Cali, Colombia, 1979, p. 30.

<sup>11</sup> BARBOZA TOPPING, Francine; LEÓN MORA, María Gabriela y SÁENZ UMAÑA, Sara. 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. Seminario de Graduación para optar por el grado de Licenciadas en Derecho. Campus Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica, 1997, p. 412.

<sup>12</sup> *Ibíd.*

<sup>13</sup> ODIO BENITO, Elizabeth, citada por BARBOZA TOPPING, Francine; LEÓN MORA, María Gabriela y SÁENZ UMAÑA, Sara. *Op. cit.*, p. 412.

*discusión la existencia de tal familia extramatrimonial (o natural, o ilegítima), pues mientras algunos autores sostienen que no existe más que una sola familia, la fundada en el matrimonio, otros afirman que tanto lo es ella como la constituida sin que medie entre los progenitores vínculo legal.”<sup>14</sup>*

Sin embargo él mismo aclara que esa diferenciación ya está superada, en razón de que las legislaciones se han ido modificando para eliminar la discriminación a causa de filiación.

A pesar de la relación tan implantada en nuestro pensamiento actual que tiene eco incluso en la normativa existente para regular la familia, entre matrimonio y familia, para muchos la palabra familia deriva de otro tipo de significaciones que eliminan cualquier aire de romanticismo achacado a la convivencia en matrimonio:

*“La palabra familia tiene su origen en la raíz latina “famulus” que significa sirviente o esclavo. De ahí que primitivamente, se entendiera por familia aquel conjunto de esclavos y criados de una persona.*

*Otros autores consideran que tiene su origen en la raíz latina, “fames” que significa hambre, dando a entender con esto, que ese primer grupo elemental de la humanidad se constituyó para atender con mayor facilidad las necesidades del estómago.”<sup>15</sup>*

También don Augusto César en su Manual de Derecho de Familia se refiere a nuevas formas de familia que han surgido de la evolución de las costumbres en la segunda mitad del siglo XX y que han permitido considerar otros tipos “frente al tipo clásico de familia (en sentido restringido), integrada por padre, madre e hijos”<sup>16</sup>, y que se producen por actos voluntarios, o, hasta como consecuencia de hechos fortuitos, y cita el autor como ejemplo la muerte de un miembro de la pareja.

Entre esas nuevas formas de familia ubica a la familia monoparental (la formada por una persona sola con hijos), la familia ensamblada (integrada por un soltero, viudo o divorciado con hijos que se casa nuevamente) y se refiere en un único párrafo a la familia homosexual:

*“Finalmente, se plantea la cuestión de si puede existir una familia homosexual, especialmente en los países que asignan efectos jurídicos a la unión entre dos personas del mismo sexo, atribuyéndole algunos de los que corresponden al matrimonio o aun equiparándola con éste. Máxime si, como se acepta en algunos y se vislumbra en otros, ese tipo de pareja puede llegar a adoptar o a tener descendencia por medio de técnicas de procreación asistida cuya evolución futura es difícil prever.”<sup>17</sup>*

---

<sup>14</sup> BELLUSCIO, Augusto César. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>15</sup> JARA MORÚA, Eugenia y ZAMORA BARRANTES, Adriana. Unión de hecho con impedimento: Necesidad de una regulación en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de Licenciadas en Derecho. Campus Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica, 2001, p.10.

<sup>16</sup> BELLUSCIO, Augusto César. *Op. cit.*, pp. 7 y 8.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 9.

Graciela Medina, doctrinaria reconocida en temas referentes a las uniones homosexuales, explica la razón por la que una pareja homosexual debe ser considerada familia:

*“Si aceptáramos que la familia sólo es el conjunto de personas unidas por lazos de parentesco o por nexos de matrimonio, deberíamos decir que la unión homosexual no constituye una familia.*

*Sin embargo, creemos que el concepto de familia en la actualidad no puede ser restringido al grupo humano que tiene en común vínculos parentales o matrimoniales, dado que ello excluiría la familia extramatrimonial sin hijos, es decir la relación concubinaria heterosexual sin descendientes, lo que constituye un despropósito porque la relación concubinaria desde hace largo tiempo ha sido aceptada como familia extramatrimonial, tanto jurisprudencial como legislativamente.”<sup>18</sup>*

Y finaliza el apartado de su libro referente al concepto de familia diciendo:

*“En conclusión, hoy la familia no se limita a los individuos que son parientes ni a los cónyuges, sino que incluye otras formas de relaciones humanas en las cuales sus miembros se encuentran unidos por lazos de solidaridad, convivencia, respeto y afecto. Como los que se dan en los concubinatos, en la familia ensamblada y en las relaciones homosexuales estables.”<sup>19</sup>*

Entonces, reafirmando esa posición, diremos que hoy en día se habla de una variedad extensa de tipos de familia, y no se puede pretender que el concepto de familia que tiene cada uno sea el que describa a esa institución, “la familia debe ser tratada y explicada con base en los datos empíricos existentes y no con base en el concepto de familia”.<sup>20</sup>

## **2) Evolución de la familia en la historia**

Al iniciar en la Facultad de Derecho, como es de suponer, una de las primeras materias que cursa el estudiante es Historia del Derecho, la cual tiene como objetivo primordial, comprender que el Derecho de hoy se entiende con base en sus antecedentes y su desenvolvimiento efectivo, ya que este se ve afectado por una serie de fenómenos y circunstancias que no siempre tienen naturaleza jurídica.<sup>21</sup>

En igual sentido decía un reconocido profesor en sus lecciones:

*“La Historia del Derecho es la disciplina de la historia en general dirigida al estudio de los hechos que tienen influencia en el nacimiento y desarrollo del derecho, y que sirve para*

<sup>18</sup> MEDINA, Graciela. Uniones de Hecho Homosexuales. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 23.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 24.

<sup>20</sup> MARX y ENGELS, citados por PÉREZ VARGAS, Víctor. Derecho de Familia: Matrimonio, Unión de Hecho, Divorcio, Patria potestad, Adopción, Alimentos. Editorial Duplicadoras de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1991, pp. 9 y 10.

<sup>21</sup> Al respecto véase SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. Elementos de Historia del Derecho. Ediciones Chico, Santo Domingo de Heredia, Costa Rica, 2003, pp. de la 11 a la 13.



*enseñar la dependencia del Derecho con otros órdenes de la sociedad y lo que lo ha inspirado; no sólo el estudio de las fuentes sino de las circunstancias que las rodean.”<sup>22</sup>*

Es por esa estrecha relación de la Historia con el Derecho, que para los efectos de esta investigación es primordial hacer un recorrido por la vida en convivencia que ha tenido el ser humano en esa figura denominada familia.

*“Las instituciones jurídicas no son estáticas, ni los conceptos tienen en Derecho significados unívocos. Una institución jurídica, aunque se llame igual, puede tener diferentes perfiles según la época, el lugar y los patrones culturales de que se trate. La familia constituye un claro ejemplo de esta pluralidad de significaciones.”<sup>23</sup>*

Aunque criticado por muchos estudiosos, Friedrich Engels planteó la hipótesis “de que, a partir de una época primigenia de plena comunidad sexual, el surgimiento de sucesivos tabúes hizo aparecer diferentes tipos de familia”<sup>24</sup>, los cuales denominó así: consanguínea, punalúa, sindiásmica y monogámica.<sup>25</sup>

Sus detractores aseguran que:

*“Semejante teoría se extendió por todas partes, encontrando desde luego entusiasta acogida entre los socialistas de la escuela de Carlos Marx, por cuanto ella venía a alentar sus tendencias encaminadas a la destrucción del orden social existente, y, en particular, de una de las grandes instituciones históricas: la familia.”<sup>26</sup>*

Y han apoyado tesis muy contrarias, que siguen más una línea de relación de la familia con el matrimonio desde sus inicios:

*“acentuando la probabilidad de que aunque la unión sexual fue entre los miembros de la especie humana con frecuencia transitoria, el matrimonio ha constituido siempre la forma típica de tal unión, desde la infancia de los pueblos que han hecho su aparición en la tierra”.<sup>27</sup>*

Sin embargo para efectos de esta investigación hemos optado por seguir la hipótesis planteada por Engels, en razón de merecernos credibilidad, al menos por ser lo estudiado en el curso de Historia del Derecho impartido en esta Facultad y por encontrarla más adecuada a nuestra

---

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ SILVA, Mario. Palabras dichas en una lección que impartía de Historia del Derecho, del 04 de marzo del año 2003 en la Facultad de Derecho de la Sede Rodrigo Facio de la Universidad de Costa Rica.

<sup>23</sup> SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. Elementos de Historia del Derecho. Ediciones Chico, Santo Domingo de Heredia, Costa Rica, 2003, p. 23.

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> La hipótesis que Engels plantea, está basada en las investigaciones realizadas por Lewis Henry Morgan, etnógrafo norteamericano, arqueólogo e historiador de la sociedad primitiva, que vivió de 1818 a 1881.

<sup>26</sup> BRENES CÓRDOBA, Alberto. Tratado de las Personas. Volumen II, Derecho de Familia. Cuarta Edición, refundida y actualizada por Gerardo Trejos. Editorial Juricentro, San José, 1984, p. 13.

<sup>27</sup> HOWARD, citado por BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Op. cit.*, pp. 13 y 14.

posición, amén de estar bastante respaldadas por autores de la actualidad que si bien no hacen una mención específica de los autores que se han servido para establecer la evolución de la familia en una línea similar a la de Engels, sus libros se refieren a esa misma evolución.

Así por ejemplo Bossert y Zannoni en su manual de Derecho de Familia hablan de un primer estadio en donde la relación sexual se daba indiscriminadamente entre todos los hombres y mujeres, después, haciendo alusión a las primeras manifestaciones del incesto explican un segundo estadio exogámico, para referirse entonces a la familia sindiásmica y finalizar exponiendo a la familia actual basada en relaciones de monogamia.<sup>28</sup>

Además aún cuando las teorías de Engels han sido bastante refutadas, se sabe que están basadas en otros investigadores que él analizó, y resultan útiles como instrumento de estudio, ya que muestran la evolución que presenta la humanidad en su vida en común.

*"En estos últimos tiempos se ha hecho moda negar ese período inicial en la vida sexual del hombre. Se quiere ahorrar esa "vergüenza" a la humanidad. Y para ello apóyanse, no sólo en la falta de pruebas directas, sino, sobre todo, en el ejemplo del resto del reino animal..."<sup>29</sup>*

Incluso el mismo Dr. Víctor Pérez, de reconocida reputación doctrinaria en nuestro país, utiliza a ese autor al abordar el tema de familia, cuando recalca la importancia de la perspectiva de Marx y Engels de hacer notar que la familia se debe analizar con base en datos empíricos y no con base en el concepto que de ella se tenga.<sup>30</sup>

Entonces, basándonos en la teoría esbozada por Engels, realizaremos una descripción de las etapas en la evolución de la familia:

#### **a) Plena comunidad sexual**

En realidad esta etapa es anterior al primer tipo de familia, es decir, no es conocido como un tipo propiamente.

El ser humano no poseía poder defensivo y debió acostumbrarse a vivir en comunidad, además de que esa comunidad le permitía cazar animales más grandes que él. En esa etapa, para

---

<sup>28</sup> BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. Manual de derecho de familia. 6ª Edición actualizada. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 1 - 4.

<sup>29</sup> ENGELS, Federico. El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. En relación con las investigaciones de L.H. Morgan. Editorial Nuevo Horizonte, Cali, Colombia, 1979, p. 31.

<sup>30</sup> Véase PÉREZ VARGAS, Víctor. Derecho de Familia. Matrimonio, Unión de Hecho, Divorcio, Patria Potestad, Adopción, Alimentos. Reimpresión. Editorial Duplicadoras de Costa Rica, San José, 1991, p. 9.

sobrevivir se "debieron erradicar los celos"<sup>31</sup>, ya que todos los varones pertenecían a todas las mujeres y viceversa.

*"Resulta razonable suponer que, en un primer estadio, el grupo familiar no se asentaba sobre relaciones individuales, de carácter exclusivo entre determinados sujetos, sino que la relación sexual, de la que en última instancia deriva la organización de la familia, existía indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que componían una tribu (endogamia)."*<sup>32</sup>

No había relaciones de parentesco, pero más que una comunidad libre era una comunidad sexual obligatoria, ya que no se podía rechazar a otros miembros aún cuando pudieran elegir sus compañeros sexuales, a tal punto que podían ser castigados o ser considerados inmorales si lo hacían, igual que si trataban de "monopolizar"<sup>33</sup> sexualmente a una persona.

*"Reconstituyendo retrospectivamente la historia de la familia, Morgan llega, de acuerdo con la mayor parte de sus colegas, a la conclusión de que existió un estadio primitivo en el cual imperaba en el seno de la tribu el comercio sexual promiscuo, de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres."*<sup>34</sup>

Es importante recalcar que al respecto Engels asegura en su libro que no existe evidencia sobre la existencia de esta etapa en el origen de la familia, pero igual defiende la tesis de Morgan sobre ésta, a pesar de la improbabilidad de encontrar las pruebas pertinentes.

*"Aquel estadio social primitivo, aún admitiendo que haya existido realmente, pertenece a una época tan remota, que de ningún modo podemos prometernos encontrar pruebas directas de su existencia, ni aun en los fósiles sociales, entre los salvajes más atrasados."*<sup>35</sup>

Y ante la insistencia de algunos por establecer la monogamia desde los inicios de la vida familiar del hombre, en contraposición con el comportamiento de especies inferiores a éste, continúa diciendo:

*"Pero de todos estos hechos yo no puedo inducir más conclusión que ésta: no prueban absolutamente nada respecto al hombre y a sus primitivas condiciones de existencia. El emparejamiento por largo plazo entre los vertebrados puede ser plenamente explicado por razones fisiológica; en las aves, por ejemplo, se debe a la necesidad de asistir a la hembra mientras incuba los huevos; los ejemplos de fiel monogamia que se encuentran en las aves no prueban nada respecto al hombre, puesto que éste no desciende precisamente del ave. Pero si nos limitamos a los mamíferos, encontramos en ellos todas las formas de la vida sexual: la*

<sup>31</sup> SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>32</sup> BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>33</sup> SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>34</sup> ENGELS, Federico. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>35</sup> *Ibíd.*

*promiscuidad, la unión por grupos, la poligamia, la monogamia; sólo falta la poliandria, a la cual nada más que seres humanos podían llegar. Hasta nuestros parientes más próximos, los cuadrumanos, presentan todas las variedades posibles de agrupamiento entre machos y hembras..."*<sup>36</sup>

Todo lo anterior, no pretende decir que dicha forma de vida fuese inmoral, o que no existiesen relaciones de pareja que se repetían, sino que esa plena comunidad sexual era la que imperaba en ese momento de la historia del hombre, ya se sabe que siempre habrá quien no viva de acuerdo a lo que una mayoría le impone.

### **b) La Familia Consanguínea**

Es en realidad el primer tipo de familia para Engels, surge con la aparición de un tabú en cuanto a las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes. Los grupos conyugales se clasificaban por generaciones, es decir que una misma generación eran considerados hermanos y esposos entre sí, cada generación se componía por hijos de la generación anterior y entre ellos procreaban a la siguiente generación.

### **c) La Familia Punalúa**

Las mujeres comenzaron a distinguir sus hijos biológicos, aunque seguía la comunidad sexual porque varias mujeres convivían con varios hombres, ya no eran hermanos sino punalúas (asociados), aparece un nuevo tabú en cuanto a las relaciones entre hermanos uterinos, que con el tiempo se extendió a todos los parientes por vía cognática y se prohibió la relación sexual entre personas que descendían de antepasadas comunes.

Es así como se desarrolla la Gens matriarcal o Gentes matriarcales en plural, que era el conjunto de descendientes de una antepasada común, el parentesco se establecía por la madre, no tenía importancia el padre biológico, ni se sabía muchas veces quién era por la comunidad sexual en la que vivían. Se desarrollan conceptos de tío materno, sobrino materno y primo materno, así los hijos de dos hermanas uterinas eran primos y pertenecía a la misma Gens, no así los hijos de dos hermanos uterinos.

Como el tabú excluía la relación sexual con otros miembros de la Gens, era difícil que las mujeres fueran fecundadas por la escasez de hombres, razón para que muchas veces las mujeres fueran ofrecidas a forasteros, costumbre que para algunos en épocas posteriores resultaría inmoral.

---

<sup>36</sup> ENGELS, Federico. *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

Igualmente la transmisión de herencia era por vía exclusiva cognática, al morir un hombre sus herederos eran sus hermanas o sobrinos, no sus hijos.

#### **d) La Familia Sindíasmica**

Al principio, cuando estaba la evolución de la familia en sus primeras etapas "posiblemente se formaban parejas de relativa estabilidad, una especie de "favoritos" o "favoritas" entre el numeroso grupo de cónyuges, pero sin que se alterase la obligatoriedad de la comunidad sexual entre los miembros del grupo cuya relación no era prohibida por los tabúes."<sup>37</sup>

Al crecer las comunidades la obligatoriedad sexual se hizo más difícil de cumplir, especialmente por los constantes embarazos y la incapacidad física para complacer a todos, por lo que se desarrollaron prácticas que permitían la convivencia exclusiva con una persona de su agrado y la liberación de sus obligaciones sexuales, especialmente a las mujeres. Nacieron rituales que permitían esa liberación como la "Prostitución Sagrada"<sup>38</sup> y el "Derecho de Pernada"<sup>39</sup>, que fueron muchas veces señalados como actos inmorales, por desconocimiento de su objetivo social.

Las parejas que se formaban una vez liberados de su obligatoriedad sexual iniciaban su convivencia por mutuo acuerdo de ellos o de sus familias, y no había necesidad de ningún rito especial, igual que hoy día la familia de hecho se disolvía fácilmente, por mutuo acuerdo, o por voluntad de uno, aunque lógicamente existían excepciones, como cuando escaseaban las mujeres y el hombre había comprado a su mujer.

Al disolverse la unión cada uno conservaba sus bienes personales y como todavía el parentesco era cognático los hijos se quedaban con la mujer, aún en parejas monogámicas los hijos legalmente eran sólo de la mujer.

*"En esta etapa un hombre vive con una mujer, pero de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres, aunque por causas*

<sup>37</sup> SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>38</sup> El Dr. Sáenz Carbonell explica en su libro que la práctica de ese rito se dio en ciudades de la antigüedad, especialmente en Babilonia, y consistía en que una mujer se presentaba en el templo de una diosa y tenía relaciones sexuales con un hombre cualquiera que entregaba una ofrenda al templo a cambio, de esa forma la mujer podía contraer matrimonio y quedaba libre de la obligación de tener relaciones sexuales con otros.

<sup>39</sup> El sitio web [www.significadolegal.com](http://www.significadolegal.com), diccionario jurídico en línea, lo define como "derecho que se ha atribuido al señor feudal, por el que este yacía con la esposa del vasallo recién casada", y cita como fuente, la cual fue debidamente comprobada, el Diccionario de la Real Academia Española. Según explican Bossert y Zanoni "Pernada" deriva de poner la pierna sobre el lecho del vasallo y de su esposa, y de la facultad del señor de sostener relaciones con la mujer de aquél, quien a cambio de ello obtenía determinados beneficios o derechos, tales como cazar en los bosques y en los cotos del señor, caso en el cual, para dar publicidad a ese derecho, el vasallo colocaba cuernos de ciervo sobre la puerta de su vivienda. Sáenz Carbonell, explica que ese ritual existió en comunidades de América y otros lugares de Europa, y consistía en la práctica de que la mujer antes de contraer matrimonio, debía tener relaciones sexuales con el cacique o el caudillo del grupo.

*económicas la poligamia se observa raramente; al mismo tiempo, se exige la más estricta fidelidad a las mujeres mientras dure la vida común, y su adulterio se castiga cruelmente. Sin embargo el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por una y otra parte, y después, como antes, los hijos sólo pertenecen a la madre.”<sup>40</sup>*

En cuanto a lo que la actividad económica respecta, la mujer tenía el mismo valor que el hombre, es decir, los roles que desempeñaban en la economía eran igual de significativos, por lo que como explica el Profesor Carbonell en su libro, es de suponer que la importancia que tuvo la mujer en las sociedades en que se desarrolló la familia sindiásmica era muy superior a la que tuvo en sociedades posteriores.

“La época de la Gens cognática ha sido llamada también época del Matriarcado, no porque la mujer tuviese más autoridad que el hombre, sino debido a que era la única transmisora de la sangre gentilicia.”<sup>41</sup>

### **e) La Familia Monogámica**

En esta etapa de la familia, aumenta la importancia económica del hombre con el desarrollo de la agricultura, la ganadería y la metalurgia, ya que él era el dueño de todo lo que permitía realizar dichas actividades como las herramientas, los animales y los esclavos, mientras que el papel de la mujer continuó siendo el mismo que tenía en la etapa anterior y más bien disminuía su importancia económica debido a que sus bienes seguían siendo los utensilios de cocina, los vestidos y por supuesto, los hijos.

Sin embargo como siempre se daba el parentesco cognático al fallecer un hombre sus herederos eran los hijos de sus hermanas y no sus hijos biológicos, ya que a pesar de que eran identificables, éstos pertenecían legalmente a otra Gens; en consecuencia, se desarrolla un sistema patriarcal y surge la Gens agnática, es decir por vía masculina.

*“Así, pues, las riquezas, a medida que iban en aumento, daban, por una parte, al hombre una posición más importante que a la mujer en la familia y por otra parte, hacían que naciera en él la idea de valerse de esta ventaja para modificar en provecho de sus hijos el orden de herencia establecido. Pero esto no podía hacerse mientras permaneciera vigente la filiación según el derecho materno. Este tenía que ser abolido, y lo fue.”<sup>42</sup>*

---

<sup>40</sup> ENGELS, Federico. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>41</sup> SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>42</sup> ENGELS, Federico. *Op. cit.*, pp. 52 y 53.

Igualmente, muchas de las Gentes agnáticas desarrollaron patrones matrimoniales exogámicos, además de imponerse la monogamia femenina ya que al hombre le interesaba que sus hijos biológicos fueran quienes heredaran su nombre y bienes.

*"En cuanto a la relación de parentesco, la aparición de las restricciones derivadas del parentesco agnático no hizo desaparecer los tabúes cognáticos, y en muchas sociedades terminaron combinándose, aunque usualmente reducidos a ascendientes, descendientes y hermanos."<sup>43</sup>*

Se toleraba el adulterio del hombre, es más algunas sociedades hasta lo autorizaban y se permitió así la poligamia, que por supuesto era posible para los ricos y poderosos por el costo que comprendía. Aún, hoy en día, la poligamia es permitida en países musulmanes, pero igualmente está estipulado en la Sharia, cuya principal fuente es el Corán, que se deben tener las esposas que se puedan mantener.

*"Dos casos de poligamia son especialmente conocidos por todo el mundo. Se trata de las formas familiares que recogen el Corán y el Antiguo Testamento. Tal forma matrimonial difería bastante de la actual forma católica. Según dicen estas escrituras sagradas, el patriarca podía disponer no sólo de una sino de varias esposas (el Corán dice que hasta cuatro; la Biblia no pone límites), esposas a las que dominaban en un régimen de cuasi-propiedad. Tanto Jehová como Alá consideraban que ésta era una forma natural, moral y legítima de matrimonio y familia."<sup>44</sup>*

Al desaparecer el matrimonio sindiásmico, nace la visión del matrimonio como un arreglo, la mayoría por parte de los padres, como en la China imperial. Es con la aparición del matrimonio monogámico que la mujer entonces se reduce.

*"Su padre primero y después su esposo la empezaron a ver como un objeto tan suyo como los esclavos o los hijos. Incluso en sociedades en las que se atribuía teóricamente una cierta consideración a la esposa, como ocurría en la Roma primitiva su papel se restringía casi exclusivamente al ámbito doméstico. Esta situación perduró a lo largo de los siglos en muchas sociedades: refiriéndose a la mujer casada de la Europa de su tiempo, Engels decía gráficamente que en la práctica era sólo "la criada principal".<sup>45</sup>*

Los lazos conyugales de la familia monogámica, a diferencia de la familia sindiásmica son más fuertes, y no pueden ser disueltos por el deseo de cualquiera de las partes, solamente el hombre puede hacerlo, repudiando a su mujer, lo que evidentemente lo favorece.

*"También se le otorga el derecho de infidelidad conyugal, sancionado, al menos, por la costumbre (el Código de Napoleón se lo concede expresamente, mientras no tenga la concubina*

<sup>43</sup> SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ de ROTA, Antón. Significado del matrimonio gay y de sus rechazos. Una aproximación antropológica. *Revista de Antropología Experimental de la Universidad de Jaén, España*, N°6, 2006, p. 260.

<sup>45</sup> SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Op. cit.*, p. 30.

*en el domicilio conyugal), y este derecho se ejerce cada vez más ampliamente, a medida que progresa la evolución social. Si la mujer se acuerda de las antiguas prácticas sexuales y quiere renovarlas, es castigada más rigurosamente que en ninguna época anterior.”<sup>46</sup>*

Lo anterior se ha mantenido hasta épocas más modernas, incluso en nuestro país, prueba de ello es que en la tarea de preparación del proyecto de Código de Familia y en las discusiones en el Plenario del congreso se analizó la posibilidad de considerar el adulterio de cualquiera de los cónyuges como causal de divorcio, pero la mayoría optó por mantener el privilegio masculino de los maridos para quienes la causal debía ser “concubinato escandaloso”<sup>47</sup> y no adulterio. Dichosamente en tiempos posteriores eso se corrigió.

*“En su origen, la palabra familia no significa el ideal, mezcla de sentimentalismos y de disensiones domésticas, del filisteo de nuestra época; al principio, entre los romanos, ni siquiera se aplica a la pareja conyugal y a sus hijos, sino tan sólo a los esclavos. Famulus quiere decir esclavo doméstico y familia es el conjunto de los esclavos pertenecientes a un mismo hombre... Esta expresión la inventaron los romanos para designar un nuevo organismo social, cuyo jefe tenía bajo su poder a la mujer, a los hijos y a cierto número de esclavos, con la patria potestad romana y el derecho de vida y muerte sobre todos ellos.”<sup>48</sup>*

## **f) La Familia en Roma**

Lo que los romanos llamaban familia es un cuerpo social totalmente diferente al de la sociedad actual o moderna. En Roma la familia se basaba en el sometimiento de sus miembros a la misma autoridad, a un jefe que era el *pater familias*, sinónimo de señor o soberano, no de padre de familia necesariamente.

Es decir que las personas se clasificaban en dos clases, las sometidas a la autoridad de otro (*alieni iuris*) y las libres (*sui iuris*, *pater familias*)<sup>49</sup>, sin embargo ambas se daban dentro de la familia, organización que alcanzó una gran importancia en los inicios de Roma, en razón de la debilidad estatal y como medio para proteger el patrimonio y la propiedad.

El jurista Henry Campos, en una aproximación con perspectiva de género a las “instituciones” romanas de Gayo, permite fundamentar en hechos históricos de la realidad jurídica romana la invisibilización de que fue objeto la vida y experiencias de las mujeres.

---

<sup>46</sup> ENGELS, Federico. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>47</sup> Al respecto véase TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Derecho de Familia Costarricense*, Tomo I, Quinta Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1999, p. 18.

<sup>48</sup> ENGELS, Federico. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>49</sup> Al respecto véase BARBOZA TOPPING, Francine; LEÓN MORA, María Gabriela y SÁENZ UMAÑA, Sara. *Op. cit.*, p. 2.



*“Sólo en una oportunidad y con ocasión de la tutela, se emplean nombres femeninos para mostrar relaciones jurídicas... la posición gramatical y sustantiva de la mujer es pasiva, ella se convierte en objeto de la acción del varón –esto resulta en perfecta coherencia con la óptica del pensamiento “binario-machista”... De ahí que instituciones romanas patriarcales como la “patria potestas”, “mancipio”, “manus” y “tutela” configuran la red que encerró legalmente a la mujer.”<sup>50</sup>*

Después de haber vivido la humanidad una época que algunos denominaron incluso de matriarcado, la mujer pierde importancia y con el Pater Familias en Roma inicia una era que ha marcado a las mujeres desde entonces. Referencias a la cultura romana y al trato discriminatorio que en ésta se daba a la mujer, nos permiten señalar el peso que tiene la cultura y la costumbre en la construcción de las relaciones entre géneros aún en la actualidad.

*“La preocupación por determinar la sucesión legítima dentro del “clan” en una sociedad patriarcal como la romana, ocupó en su doctrina y legislación sendos apartados. En el digesto, obra posterior a la de Gayo y principal legado a los estudios romanísticos son numerosas las páginas en las cuales se trata a la mujer, siempre en función de la definición de ciudadanía o no de sus hijos –no considerada en sí misma– en una palabra: en cuanto madre.”<sup>51</sup>*

Asimismo, la reproducción no se queda en el ámbito de la familia, sino que trasciende al Estado y a sus ciudadanos, y cobra entonces relevancia el ligamen de la institución del matrimonio con la maternidad. “De esta forma, maternidad y matrimonio configuraron en aquella época –y por qué no, en algunas sociedades actuales– un fenómeno inseparable frente a la sociedad, al derecho y la política.”<sup>52</sup>

La monogamia del pueblo romano se mezcló con la de otros pueblos, lo que según Engels, suavizó la supremacía masculina y generó una posición más considerada para con las mujeres, por ejemplo se dice que entre los germanos las mujeres eran más tomadas en cuenta, tenían una gran influencia hasta en asuntos públicos y aparentemente se les concedió más libertad. “Gracias a eso fue posible, partiendo de la monogamia, el progreso moral más grande que le debemos: el amor sexual individual moderno, desconocido anteriormente en el mundo.”<sup>53</sup>

### **g) La Familia en la Edad Media**

Una vez sometida la humanidad a las monarquías y al Feudalismo, según Engels es cuando se presenta la oportunidad para la familia de desarrollar el amor sexual moderno.

<sup>50</sup> CAMPOS, Henry. La Mujer en la literatura jurídica romana: una aproximación de género. Las Instituciones de Gayo. Pensamiento Jurídico Feminista, año I, N° 1, San José, Costa Rica, noviembre, 2004, pp.139 y 140.

<sup>51</sup> *Ibíd.*, p.140.

<sup>52</sup> CAMPOS, Henry. *Op. cit.*, pp. 139 y 140.

<sup>53</sup> ENGELS, Federico. *Op. cit.*, p. 64

*“Pero si la monarquía fue, de todas las formas de familia conocidas, la única en que pudo desarrollarse el amor sexual moderno, eso no quiere decir de ningún modo que se desarrollase exclusivamente, y aún de una manera preponderante, como amor mutuo de los cónyuges... En todas las clases históricas activas, es decir en todas las clases dominantes, el matrimonio siguió siendo lo que había sido desde el matrimonio sindiásmico: un trato cerrado por los padres. La primera forma del amor sexual aparecida en la historia, el amor sexual como pasión, y por cierto como pasión posible para cualquier hombre (por lo menos, de las clases dominantes), como pasión que es la forma superior de la atracción sexual (lo que constituye precisamente su carácter específico), esa primera forma, el amor caballeresco de la Edad Media, no fue de ningún modo, amor conyugal.”<sup>54</sup>*

Igualmente, en esta época la Iglesia Católica tuvo una gran influencia en diferentes aspectos de la sociedad, y siempre influyó para enaltecer la figura del matrimonio, aunque éste se realizara sin el deseo verdadero de los cónyuges, sobre otro tipo de convivencias como el concubinato, el cual prohibió y condenó, a diferencia de Roma donde el concubinato fue tolerado socialmente y hasta después considerado institución jurídica, en razón de las prohibiciones que existían para elegir la pareja.

## **h) La Familia Burguesa**

Al llegar la liberación de la monarquía, comienza la sociedad a estar liderada por la clase burguesa.

*“El matrimonio de la burguesía es de dos modos, en nuestros días. En los países católicos, ahora, como antes, los padres son quienes proporcionan al joven burgués la mujer que le conviene, de lo cual resulta naturalmente el más amplio desarrollo de la contradicción que encierra la monogamia; heterismo exuberante por parte del hombre y adulterio exuberante por parte de la mujer. Y si la Iglesia católica ha abolido el divorcio, es probable que sea porque habrá reconocido que para el adulterio, como contra la muerte, no hay remedio que valga. Por el contrario, en los países protestantes la regla general es conceder al hijo del burgués más o menos libertad para buscar mujer dentro de su clase; por ello el amor puede ser hasta cierto punto la base del matrimonio, y se supone siempre, para guardar las apariencias, que así es, lo que está muy en correspondencia con la hipocresía protestante... Pero, en ambos casos, el matrimonio se funda en la posición social de los contrayentes y, por tanto, siempre es un matrimonio de conveniencia.”<sup>55</sup>*

Engels escribió su libro en 1884, y es entonces que debe ubicarse el lector cuando éste habla de la familia moderna. En ese momento el autor explica como los jurisconsultos consideraban que las leyes iban mejorando la situación de las mujeres, ya que la modernidad impulsaba a los países civilizados, decía él, a un mayor reconocimiento del consentimiento de los dos miembros de la pareja para la validez del matrimonio:

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*, p. 65.

<sup>55</sup> ENGELS, Federico. *Op. cit.*, pp. 65 y 66.

*"... debe ser un contrato libremente consentido por ambas partes, y en segundo lugar, que durante el período de convivencia matrimonial ambas partes deben tener los mismos derechos y los mismos deberes."*<sup>56</sup>

Enfatizaba en el proceso que había recorrido el matrimonio tal y como se reconocía en su época, la que aquí hemos utilizado para la evolución de la familia con el término de Burguesa, resaltando que eran los padres la mayoría de las veces quienes arreglaban los matrimonios en lugar de los contrayentes, quienes asumían su función sin oponerse, calificando el amor conyugal como un deber objetivo y no una decisión subjetiva.

*"El amor, en el sentido moderno de la palabra, no se presenta en la antigüedad sino fuera de la sociedad oficial. Los pastores cuyas alegrías y penas de amor nos cantan Teócrito y Moscos o Longo en su "Dafnis y Cloe" son simples esclavos que no tienen participación en el Estado, esfera en que se mueve el ciudadano libre. Pero fuera de los esclavos no encontramos relaciones amorosas sino como un producto de la descomposición del mundo antiguo al declinar éste; por cierto, son relaciones mantenidas con mujeres que también viven fuera de la sociedad oficial, son heteras, es decir, extranjeras o libertas: en Atenas en vísperas de su caída y en Roma bajo los emperadores."*<sup>57</sup>

Y es en la continuación de esa explicación, que la obra de Engels que hemos utilizado a lo largo de este apartado, repercute directamente en esta investigación, cuando hace referencia a la situación de oscurantismo en la que permanecía la homosexualidad, no por la razón que algunos pretenden hacer creer, de su inexistencia, sino por la propia represión que vivían muchas minorías de la sociedad, esclavos, mujeres, negros y por supuesto, homosexuales.

*"Si había allí relaciones amorosas entre ciudadanos y ciudadanas libres, todas ellas eran mero adulterio. Y el amor sexual, tal como nosotros lo entendemos, era una cosa tan indiferente para el viejo Anacreonte, el cantor clásico del amor en la antigüedad, que ni siquiera le importaba el sexo mismo de la persona amada."*<sup>58</sup>

## **i) La Familia Moderna**

Son muchas las diferencias que se notan en el ámbito social que han repercutido en la familia moderna. Aquí nos referiremos específicamente a los cambios en la familia occidental. Concretamente abarcaremos el desarrollo normativo que ha experimentado la familia en el Derecho costarricense.

Con la conquista de América, fueron conformándose nuevas sociedades basadas en grupos familiares diferentes a los que habían existido hasta ese momento. La familia fue modificándose, en

<sup>56</sup> *Ibíd.*, p. 67.

<sup>57</sup> ENGELS, Federico. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>58</sup> *Ibíd.*

razón de una serie de circunstancias relacionadas a la desaparición de muchas personas por enfrentamientos y epidemias, a la mezcla de diferentes etnias, inclusive en razón de una evangelización implantada que modificó creencias relacionadas a instituciones como el matrimonio y dio pie para que se desarrollaran figuras de gran importancia para ciertas familias, como el compadrazgo.<sup>59</sup>

Posteriormente la necesidad de acumulación económica, y los pensamientos que promovieron las revoluciones en el viejo continente, afectaron nuestra sociedad, lo que llevó a una modificación en la familia. Así, todos hemos estudiado las composiciones de la familia durante el desarrollo cafetalero en Costa Rica, donde los hijos, además de no requerir del poder adquisitivo de la actualidad, fungían como peones en las plantaciones de nuestros campesinos, o, las que estos administraban.

Después con la implementación del modelo económico de sustitución de importaciones, que promueve la industrialización nacional, se da una fuerte inmigración a San José, situación que igualmente repercute en el vínculo familiar. Y es que lógicamente cualquier modelo económico repercute en la familia, ya que ésta depende directamente del medio por el cual obtiene su fuente de subsistencia.

Así por ejemplo, la incorporación de la mujer en el mercado laboral “repercute en el núcleo familiar, ya que la madre-esposa debe combinar este rol con el de trabajadora y dividir su tiempo para atender sus diferentes actividades en cada uno de ellos.”<sup>60</sup> Para muchos esa ha sido la razón de la pérdida de relevancia de la pareja conyugal.

## **I. La Familia en Costa Rica**

En nuestro Código Civil de 1888 el Libro I de las Personas regía el Derecho de Familia. Estaba en este código y en los latinoamericanos porque había estado en el Código Napoleónico, y en éste se incluyó porque había estado en el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.

Lo anterior respondía a razones históricas y económicas. Se incluía el tratamiento de la familia entre la regulación de las obligaciones reales y personales, porque la familia era una unidad

---

<sup>59</sup> Al respecto léase a BARBOZA TOPPING, Francine; LEÓN MORA, María Gabriela y SÁENZ UMAÑA, Sara. *Op. cit.*, pp. 39 y siguientes.

<sup>60</sup> BARBOZA TOPPING, Francine; LEÓN MORA, María Gabriela y SÁENZ UMAÑA, Sara. *Op. cit.*, p. 43.

de producción y consumo.<sup>61</sup> Como sabemos los fundamentos de nuestro Código Civil de 1888 se encuentran en el Código Civil Francés de 1808.

*“... reconoció capacidad jurídica a la mujer casada autorizándole la libre administración de sus bienes y consagró la posibilidad de decretar el divorcio con disolución del vínculo, instituciones éstas que le han costado muchos años alcanzar a otros países de nuestro hemisferio y aún a algunos europeos, que se han desarrollado dentro del modelo de familia burguesa y católica adoptado por Costa Rica. Pero, fiel a los criterios individualistas y de privilegio masculino imperantes, restringió las acciones de investigación de paternidad para los hijos adulterinos, sujetó el mantenimiento o pérdida de la patria potestad a la culpabilidad del cónyuge que hubiera dado origen a la acción de divorcio para hombres y mujeres, colocó a los hijos naturales en situación de ciudadanos de segunda clase e impidió a las mujeres el ejercicio de la tutela.”<sup>62</sup>*

La Constitución Política de 1949 consigna el principio de igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio (art. 52), el derecho de toda persona a saber quiénes son su padres (art. 54), la prohibición de calificar la filiación (art. 54) y el señalarle al Estado el deber de proteger a la familia y en especial, a la madre y los menores (art. 51 y art. 55). Lo que significó una revisión del Libro I del Código Civil. Pero como señalan Gerardo Trejos y Marina Ramírez no hubo voluntad en los órganos del Estado de avanzar en el Derecho de Familia.

## **1. Aparición del Código de Familia**

Tuvieron que transcurrir veinticinco años para que llegara el cambio en la legislación familiar. La comisión que participó en la elaboración del Código de Familia señaló el propósito de desarrollar el principio de igualdad entre los sexos, que tenía casi veinte años de estar consagrado en la Constitución. Los autores señalan la importancia de estar conformada dicha comisión por cuatro mujeres y seis hombres lo que incidió positivamente en los resultados.<sup>63</sup>

Además se agrega el divorcio por mutuo consentimiento; liberalizó las investigaciones por paternidad, e hizo posible el reconocimiento de hijos nacidos después de la separación de sus padres, producto de una unión extramatrimonial, suavizando la presunción absoluta de que cualquiera, hijo nacido de persona vinculada en matrimonio, debía tenerse como hijo también del otro cónyuge.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> Al respecto véase TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. Derecho de Familia Costarricense, Tomo I, Quinta Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1999, p. 20.

<sup>62</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. Derecho de Familia Costarricense, Tomo I, Quinta Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1999, p. 18.

<sup>63</sup> Véase TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, p. 31.

También es necesario recalcar la importancia de este impulso legislativo en cuanto a la finalidad del matrimonio, debido a que 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.”<sup>65</sup> En igual sentido opinó don Víctor Pérez:

*“El matrimonio está considerado como la base de la familia. La innovación en esta materia se refiere al tema de los fines del matrimonio. Establece el artículo 11 del Código de Familia: “El matrimonio es la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio”. Como puede observarse se elimina “la procreación”, como uno de los fines del matrimonio, el cual es concebido como “una forma de asociación inter-humana para la plena convivencia.”<sup>66</sup>*

De esa manera se incluyó de forma legítima a las parejas sin hijos dentro del término familia, lo que conlleva a la protección de este tipo de familias, que según nuestra consideración incluiría igualmente a parejas homosexuales. Sin embargo don Víctor Pérez explica lo contrario cuando prosigue en su comentario: “Se mantiene la diversidad de sexos como requisito del matrimonio, no ya en función de la procreación, sino en función de la mejor complementación intersubjetiva”. Como resulta también coincidir el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia que impide el matrimonio entre personas del mismo sexo.

## **2. Inclusión de la unión de hecho al Código de Familia**

En el período legislativo entre 1986 y 1990, el diputado Luis Fishman Zonzinski, impulsó el proyecto de ley N° 10.644, que promovía el reconocimiento de la unión de hecho en nuestro país.

Cuando se presentó el proyecto se esbozaron muchas opiniones en la sociedad costarricense, especialmente cuando abarcaba un tema invisibilizado en Costa Rica hasta ese momento. A algunos hasta les fastidiaba el descaro al que había llegado el país. Pero, dichosamente el campo del derecho triunfó sobre la moral y la religión.

*“Con la presentación de este proyecto, la sociedad costarricense se vio azotada por diversas corrientes de pensamiento. Unas buscaban la protección de las mujeres y los hijos, y aun del hombre que convivía en unión de hecho, por medio de la equiparación de la normativa a la realidad existente. Otros grupos se escandalizaron por la propuesta, levantando las banderas de la moral, las costumbres y la religión, para oponerse a lo que ellos consideraban “una descabellada idea”.<sup>67</sup>*

<sup>65</sup> 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, 2003, p. 18.

<sup>66</sup> PÉREZ VARGAS, Víctor. Derecho de Familia: Matrimonio, Unión de Hecho, Divorcio, Patria potestad, Adopción, Alimentos. Editorial Duplicadoras de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1991, p. 25.

<sup>67</sup> AGUILAR SANDÍ, Evelyn Priscila. Las uniones de hecho, su legislación y la violación de los Derechos Humanos de las lesbianas. Trabajo final de graduación para optar al grado de Magister en Derechos Humanos. Universidad Nacional, Heredia, 2004, p. 5.

Con respecto a este proyecto y a la figura de la unión de hecho como tal, nos referiremos en el último capítulo de este trabajo, ya que es ahí donde ahondaremos en esta institución, que a pesar de ser una figura de hecho, está contenida en el Código de Familia, sin embargo es necesario en esta evolución de la historia de la familia, mencionarla, ya que su reconocimiento en Costa Rica, representó la línea entre un antes y un después.

*“Es interesante denotar que este tema ha sido todo un proceso en el que las estadísticas, que reflejan la realidad dentro del tejido social, evidenciaban un desfase con la regulación jurídica, por lo que para evitar injusticias se fueron reconociendo y tutelando legalmente, poco a poco algunas situaciones.”<sup>68</sup>*

Es importante subrayar que la participación consciente de los actores políticos es crucial para la sociedad, es primordial que nuestros legisladores se interesen y formen parte activa en la adecuación de las normas jurídicas con los procesos dinámicos de la vida social.<sup>69</sup>

Fue hasta 1995 que entró en vigencia la Ley número 7532, que introdujo el Título VII, Capítulo Único, denominado “De la Unión de Hecho” al Código de Familia. Después de esa reforma, nuestro código no ha sufrido cambios significativos y más bien el ámbito de familia ha permanecido indiferente a las circunstancias en que viven algunas familias que no concuerdan con el modelo de familia que presupone ese cuerpo normativo.

Por la evolución que ha tenido la humanidad contamos con una sociedad mucho más desarrollada en ámbitos primordiales para la familia, íntimamente relacionados con el ámbito de los derechos humanos, tema que ha alcanzado una relevancia claramente superior en el acontecer mundial.

A través de un mayor acceso a la educación y a la actualización constante que permite la tecnología, algunas sociedades han alcanzado altos niveles de tolerancia ante la diversidad familiar, envidiable en otras épocas.

Nunca antes el mundo tuvo acceso a tanta información con la inmediatez de hoy día, las sociedades que nos antecedieron no contaron con la poderosa herramienta de la comunicación que tenemos en el presente, pero tampoco nunca antes tuvimos la gran responsabilidad de utilizarla adecuadamente.

---

<sup>68</sup> BENAVIDES SANTOS, Diego. Código de Familia Concordado y comentado con jurisprudencia constitucional y de casación, 3ª Edición, Editorial Juritexto, S.A., San José, Costa Rica, 2006, p. 491.

<sup>69</sup> Véase TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 34.

El ser humano ha evolucionado por medio del estudio, de la investigación, de la comparación de diferentes comportamientos de la sociedad, el Derecho no es la excepción a esa forma de evolucionar. El concepto de familia que tengan las sociedades futuras no cabe duda que será diferente al que poseemos hoy, de la misma forma que el de hoy es diferente al de siglos pasados, pero de todos nosotros depende que a pesar de su constante cambio, siempre goce de protección y alta estima.

Muchos campos de la ciencia han estudiado a la familia desde enfoques propios, y fácilmente se pueden obtener en la actualidad diferentes categorizaciones de familia, para finalizar este segundo apartado queremos por medio del enfoque de un psicólogo, mostrar tan solo una de las muchas clasificaciones que se pueden hacer de la familia. La que presentamos a continuación hace una breve descripción según el comportamiento de sus miembros:

**Familias rígidas:** No permite la flexibilidad, se establecen reglas que no se modifican.

**Familias psicossomáticas:** Se protegen a tal grado sus miembros que se les facilita todo sin medida.

**Familias amalgamadas:** Realizan todas las actividades juntos y no permiten la individualización.

**Familias negadoras:** Tienen baja tolerancia al conflicto, sus miembros adolecen de autocrítica.

**Familias acordeón:** El padre o la madre se ausentan temporadas prolongadas, la pareja y los hijos descalifican al padre ausente, quien pierde su autoridad.

**Familias con un padrastro:** El padrastro o madrastra ve anulada su autoridad por la pareja y los hijos lo ven como el enemigo.

**Familias con un fantasma:** Las que han perdido algún miembro y se les dificulta continuar su vida cotidiana.

**Familias centradas en los hijos:** La pareja no puede enfrentar sus propios conflictos y centra su atención en los problemas de los hijos para evadir el conflicto original.

**Familias con un sólo padre:** Los hijos asumen el papel del padre ausente, no viven su infancia y se comportan como adultos.



Familia extremadamente flexible: Tiene dificultad para establecer límites. La autoridad es confusa y los límites difusos, los hijos manifiestan competitividad desmedida y destructiva.

Familia de tres generaciones: Comprende a los padres, hijos y abuelos, tres generaciones en la misma casa; las fronteras se encuentran fusionadas y se confunden los roles familiares de cada miembro.<sup>70</sup>

El proceso para reconocer esa diversidad en el concepto de familia ha sido largo y escabroso, sin embargo se ha dado casi de manera imperceptible al individuo, quien en su constante desenvolvimiento en su "familia", difícilmente se percata de los progresos o de las carencias que ha tenido esa organización en el tiempo.

En esa misma condición se encuentran muchos homosexuales, quienes en el afán de la sociedad por invisibilizarlos han optado por minimizar su condición de discriminados, al igual que otras minorías lo han hecho a través de la historia. Cambiar el sistema jurídico para que nos cubra igualmente, es un asunto de todos, no sólo de quienes se encuentran afectados en determinado momento, ya que la vida en sociedad es tan incierta que no se sabe en qué momento el destino podría llevarnos a formar parte de alguna minoría.

La legitimación de las uniones de hecho heterosexuales –incluyendo las sin hijos–, abrió la posibilidad de incluir también dentro de nuestro ordenamiento a las uniones de hecho homosexuales, un tratamiento diferente para ese tipo de relaciones sería inconsecuente con nuestras fuentes del derecho.

### **3) Protección de la familia de parejas del mismo sexo como derecho humano**

La necesidad de proteger a las parejas formadas por personas del mismo sexo en nuestro ordenamiento surge precisamente de la conclusión que se da en los apartados anteriores, es decir, del reconocimiento de ese tipo de parejas como un vínculo familiar.

En realidad en esa aseveración radica el desarrollo de este trabajo, porque es a través de ese reconocimiento de la familia que forman dos personas que conviven bajo un mismo techo que se puede comprender la importancia de trabajos como éste. Es hasta que se entiende el significado de

---

<sup>70</sup> ESPINO GONZÁLEZ, Gilberto. (2003). Comunicación Familiar y Adicción. Artículo publicado en la Revista *LiberAddictus*. Tomado del portal de Internet de la Fundación de Investigaciones Sociales A. C. En consulta realizada el 22 de agosto del 2008, de <http://www.alcoholinformate.org.mx/familia.cfm?articulo=f3>

ese término “familia” de manera adecuada a la diversidad que vivimos hoy en día, que podemos como usuarios y servidores del Derecho, desarrollarlo de una manera concienzuda y óptima.

*“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.”<sup>71</sup>*

Porque si lo analizamos detenidamente, el vínculo familiar existente en una pareja en matrimonio, en realidad no es familiar si de lazos de sangre hablamos, sin embargo se reconoce como familia y las diferentes sociedades se valen del Derecho para protegerla. Igual sucede por ende al incluirse en el Código de Familia –al menos en Costa Rica– a las parejas en unión de hecho.

Físicamente dos personas que se unen para construir un proyecto de vida juntos no son familia, se les considera familia por una serie de condicionantes sociales pero no porque en realidad exista entre ellos un parentesco. Sin embargo, esa protección que brinda el Derecho a esas parejas, es inexistente para las parejas del mismo sexo que deciden unirse y desarrollar un proyecto de vida juntos, al menos en el ordenamiento costarricense.

Son varios los trabajos que respecto a este tema hacen un desglose de la normativa existente para fundamentar la necesidad de proteger a las parejas formadas por personas del mismo sexo reconocidas como un vínculo familiar, aquí se hará un esbozo de esa normativa para ilustrar al lector sobre el asunto.

Sin embargo, nos vemos en la necesidad de aclarar que no es nuestro objetivo primordial realizar un análisis profundo de los derechos humanos afectados por la carencia de dicha protección, en cuanto a ese respecto nuestro interés es más práctico, ya que nos incumbe presentar casos en los que se visibilice a las personas que han padecido por esa laguna jurídica y más bien desglosar la normativa de donde surge la protección a esa familia.

La protección a la familia es uno de los derechos fundamentales<sup>72</sup> de segunda generación, precisamente los propiciados por las revoluciones sociales, el hito de esa segunda generación de derechos fundamentales es la expansión del socialismo, en la cual la Iglesia jugó un papel preponderante al promover cambios sociales que no modificaran de manera abrupta la situación de la burguesía, que fue la que inició la revolución, que dio origen a los derechos de primera

---

<sup>71</sup> DIAS, María Berenice, citada por MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>72</sup> Es pertinente recordar que cuando se habla de Derechos Fundamentales, generalmente se hace referencia a la positivización de los Derechos Humanos.

generación, los derechos individuales de libertad e igualdad, surgidos después de la Revolución Francesa.

Valga de paso mencionar que el derecho a la libre preferencia sexual, está reconocido como derecho fundamental de tercera generación, aquellos llamados “derechos difusos o derechos de solidaridad”<sup>73</sup>, y que brindan reconocimiento a los derechos de los pueblos.

Es necesario primero que todo, establecer al mejor estilo kelseniano el orden que tienen en este asunto las fuentes de derecho; es decir, antes de proseguir es preciso recordar que por la trascendencia que tiene el tema de la protección de la familia en el ordenamiento jurídico, debemos respetar ese orden, así tenemos primero que todo la Constitución Política, segundo los tratados internacionales<sup>74</sup>, después las leyes, seguidas por reglamentos y decretos, hasta llegar a los principios generales del derecho y la costumbre.

Sin embargo, también es importante recalcar que en lo que a derechos humanos se refiere, los tratados internacionales ratificados por nuestro país, sí están por encima de la constitución, más bien, se debe decir que frente a dos normas de derechos humanos se considera la norma que más los favorezca; o lo que es lo mismo, en materia de protección de derechos humanos los tratados internacionales tienen eficacia similar a la de la Constitución Política. En aquellos casos en que el tratado en cuanto a derechos humanos sea más amplio que el de la Constitución Política el tratado prima, o sea, que se aplicaría primeramente la norma internacional.

Además, cabe mencionar que en el caso de que un país no haya ratificado un tratado pero actúe como si lo hubiera hecho, se debe aceptar su aplicación sin ratificar, por la primacía del principio internacional consuetudinario.

*“Se debe recordar, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la infracción a una norma contenida en un tratado internacional suscrito por Costa Rica también es motivo de inconstitucionalidad”<sup>75</sup>*

Prosiguiendo, la protección a la familia se encuentra en toda la normativa aplicada, tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

---

<sup>73</sup> Así denominados por el Dr. Marvin Carvajal en lecciones de Derecho Constitucional III del 12 de octubre del 2004.

<sup>74</sup> A este respecto véase el primer párrafo del artículo 7 de la Constitución Política: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes...”

<sup>75</sup> HERNÁNDEZ LEIVA, Mónica y VALVERDE PHILLIPS, Carmen Laura. Estudio sobre la Inconstitucionalidad de la Prohibición del Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo. Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, 2007, p. 44.

En cuanto a los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica, en materia de derechos humanos, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice:

*“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.”<sup>76</sup>*

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también se refiere a la protección de la familia, al establecer que se le debe “conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.”<sup>77</sup>

Igualmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se refiere al derecho que tiene toda persona “a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”<sup>78</sup>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el inciso primero del artículo 17 dice también que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”<sup>79</sup>

Por supuesto nuestra Constitución Política afirma que: “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.”<sup>80</sup>

Además agrega que el matrimonio “es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.”<sup>81</sup> Nótese, que no establece la constitución que el matrimonio deba ser

<sup>76</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Del 10 de diciembre de 1948. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 16.

<sup>77</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Del 16 de diciembre de 1966. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 10.

<sup>78</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. De 1948. Obtenida del portal de internet de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 6.

<sup>79</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 17, inciso 1.

<sup>80</sup> Constitución Política de la República de Costa Rica. Del 7 de noviembre de 1949. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 51.

<sup>81</sup> Constitución Política de la República de Costa Rica. *Op. cit.*, artículo 52.

entre un hombre y una mujer, a pesar de la insistente afirmación de que nuestros constituyentes originarios así lo pensaron, la constitución no lo dice expresamente. Y más bien es una norma posterior que debería supeditarse a la constitución la que así lo establece<sup>82</sup>, sin embargo ya ese tema ha sido bastante discutido en razón del voto 7262 del año 2006, que también se analizará más adelante.

Continuando con el orden arriba esbozado, corresponde el turno al Código de Familia, Ley N°5476, que en su artículo 1 dice: "Es obligación del Estado costarricense proteger a la familia."<sup>83</sup>

*"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."*<sup>84</sup>

Se debe reconocer que todos los tratados o acuerdos internacionales además de la normativa nacional antes mencionados, hacen referencia al matrimonio entre un hombre y una mujer, al referirse a éste.

*"No podemos encontrar que exista una especie de derecho humano esencial a contraer el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero estoy refiriéndome exclusivamente al uso de la designación de la palabra matrimonio. Ya ha habido diferentes resoluciones de organismos internacionales de las Naciones Unidas particularmente del Comité de Derechos Humanos de esa entidad, en las cuales señalan que el derecho contemplado en los instrumentos internacionales de contraer matrimonio es un derecho conceptualizado entre personas de diferente sexo."*<sup>85</sup>

Pero también se hace necesario considerar que esa percepción no socavó para que igualmente en otros países donde también han sido ratificados esos instrumentos internacionales, se aceptara el matrimonio u otras figuras menos formales para reconocer el vínculo de las parejas del mismo sexo.

*"Sin embargo nada obsta, han dicho los mismos instrumentos internacionales, para que cada uno de los países considerando la necesidad de avanzar progresivamente hacia esquemas de mayor cobertura en materia de derechos humanos y combatiendo todo forma de discriminación, puedan legalizar las uniones de carácter civil que establezcan personas del mismo sexo. En general esta es una temática que va a hablar muy bien o muy mal de la calidad*

<sup>82</sup> Es el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia el que establece el impedimento para casarse a parejas del mismo sexo.

<sup>83</sup> Código de Familia. Ley N° 5476 del 2 de diciembre de 1973. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 1.

<sup>84</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>85</sup> URQUILLA, Carlos, Experto en Derechos Humanos. Programa radial Nuestra Voz. Tema: Unión civil para gays ¿sí o no? Radio Monumental. Del 25 de setiembre del 2008, se puede encontrar un resumen de las posiciones de los panelista en el portal de internet <http://www.ameliarueda.com/nuestra-voz/2008/09/25/uni%C3%B3n-civil-gay>

*de nuestras democracias, si las democracias se perciben como sistemas de inclusión de tolerancia y respeto, la posibilidad de existencia de las uniones civiles entre personas del mismo sexo lo único que podría redundar es en fortalecimiento del sistema democrático costarricense.”<sup>86</sup>*

O sea, que a pesar de que se han ratificado esos tratados que se refieren a la pareja de hombre y mujer y a pesar de que hasta sus cartas magnas hicieran énfasis en ese tipo de pareja, igualmente han incluido las parejas de personas del mismo sexo. Demostrando así que no es suficiente enlistar todos los convenios internacionales, también esbozados en este apartado, como hizo la Procuraduría General de la República en su informe brindado ante el proceso de inconstitucionalidad planteado en el año 2003 contra el inciso 6, artículo 14 del Código de Familia, para decir que:

*“... el matrimonio a que se refiere el Derecho de la Constitución es aquel formado por un hombre y una mujer, el cual, como se indicó atrás, tiene exclusividad en la sociedad costarricense, lo que impide tutelar bajo este instituto socio-jurídico otro tipo de relaciones inter-personales distintas a las heterosexuales y monogámicas.”<sup>87</sup>*

Más bien, dado el imperativo de proteger a la familia y la relación que con ésta tiene el matrimonio como derecho fundamental así reconocido por toda la normativa pertinente, incluyendo nuestra constitución que lo plantea como la base esencial de la familia, y sabiendo del impedimento existente para las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio, no queda más que reconocer la necesidad de abarcar a las familias conformadas por parejas homosexuales, dentro del Derecho de Familia.

Si existe una gran promoción en aras de conseguir un mejor desarrollo del ser humano, por la no discriminación en razón de género, de raza, de religión, ¿por qué no promover la no discriminación en razón de la orientación sexual de las personas? ¿Acaso se nos pregunta nuestra orientación sexual en una entrevista de trabajo?, precisamente no se hace o está mal visto que se haga, porque se reconoce que ese tipo de cuestionamientos son demostradores de discriminación y hasta se prohíben expresamente en la Ley General sobre el VIH-SIDA.

Decía un protagonista del Derecho de Familia costarricense, en un artículo de opinión en el que criticaba la intención del proyecto de ley sobre la unión civil de personas del mismo sexo:

---

<sup>86</sup> *Ibíd.*

<sup>87</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

*“... la Sala Constitucional acepta que no es contrario a nuestra Constitución Política la prohibición para que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Si no pueden contraer matrimonio, con más razón no podría “legalizarse” la unión civil entre ellos. Lo dicho no significa que esa “familia de hecho” no sea aceptada socialmente. ¿Cuántas “familias” de esa naturaleza existen en Costa Rica sin discriminación alguna, que forman parte de nuestro diario vivir? No se trata de religión, ni de salud pública, ni de derechos. Es un tema de sentido común, de la misma naturaleza humana, de equilibrio, de armonía, de saber qué se quiere para la institución conocida como FAMILIA en nuestro país.”<sup>88</sup>*

Lo extraño, es que si en ese mismo párrafo reconoce que hay “familia de hecho”, cómo es que entonces no se les puede reconocer como “FAMILIA” por un tema de sentido común, será que aquí se cumple aquello de que el sentido común es el menos común de los sentidos, porque no se le encuentra lógica a esa fundamentación, si el mismo escritor dice que se trata de una familia de hecho que es aceptada socialmente, y hasta resalta el número de éstas que tenemos en nuestro país.

Igualmente insiste como lo ha venido haciendo a través de su campaña contra ese proyecto – que subrayamos no es nuestro objetivo promover, como sí lo es el demostrar la necesidad de ampliar el reconocimiento de la unión de hecho para parejas homosexuales–, que lo único que se requiere es hacer algunas reformas a las leyes ya existentes para cubrir los derechos de los homosexuales y cita un caso concreto:

*“Derecho Sucesorio: Dos personas del mismo sexo que convivan bajo el mismo techo, como pareja, no tienen impedimento alguno para heredarse recíprocamente a través del correspondiente TESTAMENTO. En esa dirección, reformar el artículo 572 del Código Civil sería suficiente para indicar que son “herederos legítimos” los hijos, los padres, el consorte o “en las uniones de hecho debidamente comprobadas, incluyendo aquellas homosexuales” la pareja supérstite. Y punto. No hay que hacer toda UNA LEY IGUAL AL CÓDIGO DE FAMILIA para que tengan ese derecho.”<sup>89</sup>*

Lo anterior, nos conduce a la conclusión –seguramente equivocada– de que dicho especialista en Derecho de Familia estaría de acuerdo con nuestra teoría de ampliar el reconocimiento de unión de hecho a las parejas homosexuales, que indudablemente repercutiría en el Código de Familia al modificarse el artículo 242 que establece la figura únicamente entre un hombre y una mujer, para que así la modificación del artículo 572 del Código Civil, tal y como él la plantea, no contradiga ese cuerpo legal que regula de manera específica las relaciones de familia.

---

<sup>88</sup> BEIRUTE RODRÍGUEZ, Pedro. Especialista en Derecho de Familia. Hay otro camino legal. Tomado de la Sección de Opinión del Periódico La Nación del 1 de junio del 2008.

<sup>89</sup> *Ibíd.*

En días pasados, una persona opinaba en un programa radial, la inexistencia de razones *“para perder el tiempo con estos temas, cuando hay tanto a nivel político que hacer”*,<sup>90</sup> lo que desalienta impulsos como éste, porque si perder el tiempo para algunos miembros de nuestra sociedad, es preocuparse por temas de familia, un ámbito tan primordial para el ser humano, ¿qué probabilidades de mejora tendrá la humanidad?

El ejemplo empieza por casa, a ese pensamiento están recurriendo las autoridades para combatir la violencia, están promoviendo una defensa a través de la comunicación en la familia, en el vecindario, en la comunidad, utilizando a los padres de familia como agentes multiplicadores de respeto por la vida de los demás, los cambios en el mundo indudablemente comienzan en el núcleo familiar, esencia de la sociedad.

Lejos de considerar este tema, superficial o banal, en razón de la trascendencia que tiene el vínculo familiar en cualquier sociedad, es primordial su abordaje, máxime cuando se trata de personas, que desde el descubrimiento de su homosexualidad, por vivir en una sociedad en su mayoría heterosexual, podrían haber enfrentado dificultades en su desarrollo social, que han distorsionado su realidad y afectado su percepción de la vida.

*“Una persona que sufre problemas de autoestima y que no se sienta aceptada socialmente, no será capaz de tomar decisiones que beneficien su vida y su entorno. No tomará parte en la lucha por reivindicar los derechos de sus comunidades, no será capaz de brindar ayuda para la construcción de un mundo mejor, es posible que los problemas en sus hogares se acrecienten, y en el caso de la salud física, se dará un incremento en el deterioro de esta.”<sup>91</sup>*

---

<sup>90</sup> Opinión de radioroyente sin identificarse del Programa Pelando el Ojo, del 2 de octubre del 2008, en el que se trataba el tema sobre el referéndum que promueve el diputado Guyón Massey para decidir sobre el proyecto de ley 16.390 de las uniones civiles homosexuales.

<sup>91</sup> AGUILAR SANDÍ, Evelyn Priscila. *Op. cit.*, p. 24.



## CAPÍTULO II

---

### La homosexualidad en el derecho comparado

El carácter “indolente” es propio de la sociedad actual, que se preocupa cada vez más por lo que atañe a cada uno en particular, y desatiende las cuestiones que tienen relevancia para la colectividad. Por ejemplo, se critica el entorno electoral y el castigo que se utiliza paradójicamente es el abstencionismo; es decir, como método de protesta contra quienes gobiernan, los gobernados se rehúsan a elegir a quienes al final del proceso electoral terminarán gobernándolos.

Se asiste a manifestaciones de protesta, pero no interesa verdaderamente si contra lo que se protesta podría perjudicar o beneficiar a un mayor número de personas, simplemente basta con que nos afecte individualmente. Se vota en un referéndum para aceptar un tratado de libre comercio, pero se desconocen las verdaderas consecuencias que esa decisión traerá en el futuro. Todo el mundo opina, mucha gente se contenta con pensar que “ahora sí van a funcionar los celulares en cualquier lugar”, pero casi nadie se preocupa por estudiar lo que contempla ese tratado, y hasta parece irrelevante si a cambio de la comodidad de unos cuantos se perjudica a otros más vulnerables.

Decía un profesor de esta Facultad que *“el conocimiento es la mejor arma para vencer en una discusión”*, pero al costarricense generalmente eso no le preocupa, porque igual siempre cree tener la razón a pesar de carecer del conocimiento; la mayoría de la veces la pasión por sobresalir es la que guía las discusiones, y difícilmente surgen soluciones de esas controversias, porque usualmente éstas se llevan a cabo con gran desconocimiento.

Asimismo, se profesa una religión sin saber realmente por qué se hace, o sin estar conscientes de lo que se cree, y el problema no son las creencias, cuando éstas constituyen el centro de la existencia del ser humano, y éste es capaz de oponerse al mundo entero de ser necesario para defenderlas; el problema es cuando se actúa pretendiendo creer en algo sólo para complacer a la sociedad cruel ante lo diferente e insensible al dolor ajeno. “La valentía huyó de nuestra raza. Tal vez nunca la tuvimos. El terror a la sociedad, que es la base de la moral, el terror a Dios, que es el secreto de la religión, estas son las dos cosas que nos gobiernan.”<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> Palabras que dice Lord Henry Wotton a Dorian Gray en un diálogo que tienen en *“The picture of Dorian Gray”*, novela controversial de Oscar Wilde.

Nuestra sociedad se ha convertido en un modelo “subjetivista”, porque únicamente al preguntarnos “¿y si fuera yo quien atraviesa por esa situación?”, se diversifican las respuestas, y es que bien decía Wilde que “las tragedias de los otros son siempre de una banalidad exasperante.”

La homosexualidad es uno de los temas que más polémica ha generado en los últimos meses por un proyecto de ley de uniones civiles entre personas del mismo sexo que se discute en la Asamblea Legislativa, y al igual que temas como la eutanasia y el aborto, deberían ser asuntos bien tratados, cuestiones estudiadas a fondo, en las que se tomen en cuenta las experiencias del Derecho comparado, sus progresos y sus retrocesos, deberíamos involucrarnos todos, pensando como actores activos de una sociedad en la que cualquier tipo de legislación con respecto a esos temas, en algún momento podría afectarnos.

Es decir, convendría colocarnos en una posición como cuando se estudia Derecho Penal en esta Facultad –acusada a veces de ser abolicionista–, analizando esos asuntos como si fuéramos nosotros los que estamos necesitados. El Derecho Penal existe para el imputado, para contener el poder del Estado, y la mayoría de las veces no lo entendemos porque nos encontramos en el papel de víctimas, pero lo entenderíamos a cabalidad si fuéramos los imputados.

Igualmente sucede con temas escabrosos como los antes mencionados. Acaso ¿no nos gustaría poder decidir si nos realizamos un aborto, en caso de violación, o incluso en caso de que no queramos tener hijos? ¿No nos gustaría poder escoger morir después de estar viviendo por años en una cama sin posibilidades de mejorar para dejar de sufrir y hacer sufrir a nuestros seres queridos?

Para recaer en nuestro tema, si fuésemos homosexuales, o no pensemos en nosotros, porque podría ser que usted lector no lo sea y se le dificulte ubicarse como uno, pero pensemos que nuestro hijo sea homosexual, ¿no le gustaría que el sistema le proveyera de protección en cuanto a su seguridad social, o para adquirir un préstamo con su pareja, o simplemente que no lo persiguiera, ni lo señalara?

En este capítulo nos referiremos a la situación jurídica que tienen las parejas homosexuales en el Derecho comparado, lo que para nuestro análisis tiene especial importancia porque como se dijo anteriormente, es fundamental aprender de las experiencias de los otros ordenamientos; además de que consideramos que las leyes de un país están íntimamente ligadas con su desarrollo, ya que el Derecho es un espejo de su sociedad.

*“Desde los albores de la humanidad han debido existir ciertas reglas de conducta en sociedad, idea que expresaban gráficamente los juristas romanos con la frase ubi societas, ubi ius: donde hay sociedad, hay Derecho. Empero, es muy poco lo que se sabe de su surgimiento, y esto*

*deducido, no siempre con acierto, de los mudos descubrimientos arqueológicos y de la conducta en sociedad de los grupos de cultura rudimentaria que aún subsisten, que podría reflejar costumbres originadas en épocas primitivas y transmitidas de generación en generación hasta nuestros días.*"<sup>93</sup>

Indudablemente, siempre habrá quienes consideren que la homosexualidad es un asunto indiscutible, por ser una práctica inmoral, en contra de los principios cristianos; y quienes creen que nunca padecerán por causa de esa identidad sexual. Sin embargo, para no ir muy lejos, ¿cuál de nosotros no tiene un familiar, un amigo, o al menos un conocido homosexual?

Es claro que la posición actual de nuestro país es, según veremos adelante, de desinterés por el tema, ya que no existe protección alguna para la pareja formada por personas del mismo sexo. De la misma manera que no se persigue a los homosexuales y según algunos "no se les discrimina", tampoco se les brinda protección, como es de esperarse de cualquier país que tenga como religión oficial la católica.<sup>94</sup>

En Costa Rica los homosexuales son vistos con recelo por la mayoría, y es que cómo no, si cada domingo en las misas se habla en contra de esas uniones, la Iglesia en este país tiene una arma poderosísima en sus homilías. Además, de que para cada discusión importante que se realiza sobre temas espinosos, se le consulta su posición.

En realidad que la Iglesia tenga tanta influencia en nuestra legislación no es de sorprender, porque nos acostumbramos tan fácilmente a las cosas, que no criticamos ni meditamos lo que desde hace tanto tiempo señalan otros que se han interesado más por la libertad y el estudio del comportamiento de las sociedades. Las ideas que plantearon Hobbes, Montesquieu y Rousseau en Francia, son fundamentales para refrescar la memoria.

Hobbes, por ejemplo, aseguraba que el derecho no es expresión de la razón, sino más bien la voluntad soberana. Montesquieu criticó en una forma severa los abusos de la Iglesia y del Estado, cuando se refirió a las instituciones y costumbres francesas, acabó teóricamente con la concentración del poder en una misma persona, "el monarca", lo que también acababa con los abusos y atropellos que durante siglos había provocado la demasía del poder de éste, y además ofreció la forma para lograr desde entonces la teoría del gobierno democrático separándolo en tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial. Para Rousseau la sociedad política organizada (voluntad

---

<sup>93</sup> SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>94</sup> Constitución Política de la República de Costa Rica. *Op. Cit.*, artículo 75: "La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres."

general), se opone a las voluntades particulares de los ciudadanos y decide sobre lo justo y lo injusto.<sup>95</sup>

Rousseau, denunció vigorosamente las injusticias y miserias resultantes de la desigualdad social de su época, propugnó la idea de una sociedad basada en igualdad absoluta, en la que cada miembro, a la vez que se somete a las decisiones de la colectividad, es al mismo tiempo parte del pueblo soberano, cuya voluntad general constituye la ley. Estas ideas de Rousseau favorecieron a la elaboración del concepto de los derechos humanos al plantear la necesidad de la existencia de una igualdad entre los hombres.

Es indudable que el derecho vigente, al menos en el mundo donde nosotros nos desenvolvemos, se nutre de los preceptos anteriormente esbozados y que el cristianismo al proclamar la igualdad entre los seres humanos y al rechazar la violencia, dio origen a una nueva etapa en el desarrollo histórico de los derechos humanos en los que se basan hoy nuestros principales conjuntos normativos.

Todo ello contribuyó a la aceptación de principios, especialmente entre los pueblos oprimidos y los esclavos. El desarrollo conceptual de los derechos humanos individuales alcanzó su mayor riqueza en las ideas liberales de la Revolución Francesa, en momentos en que millones de personas eran objeto de opresión.

Tampoco podemos olvidar la segunda guerra mundial, hecho histórico que motivó a que los derechos humanos se consideraran como parte esencial de muchas legislaciones, pues sus secuelas contribuyeron a que la comunidad internacional dirigiera su interés hacia el establecimiento de derechos en declaraciones y pactos internacionales, lo que permitió el reconocimiento y supervisión de los mismos, más allá del ámbito interno de cada Estado.

En este capítulo, es imprescindible señalar la importancia que ha tenido el internet como herramienta primordial para la obtención de información, ya que su uso ha mitigado la dificultad en la recolección de datos actualizados sobre el tema en el Derecho comparado. En el siglo que vivimos este instrumento bien utilizado nos puede proveer de información veraz y de última mano, que claro está siempre es indispensable analizar, contemplando las fuentes manejadas y la credibilidad que en ellas se pueda tener.

---

<sup>95</sup> PERELMAN, Chain. *La Lógica Jurídica y la nueva retórica*, traducción de Díez-Picazo. *Antología de textos para el Curso Metodología Jurídica II*. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2003, pp. 23 - 28.

Aclarado lo anterior podemos entrar en materia, existen, como ya se ha dicho, dos trabajos finales de graduación también de esta Facultad en los que se hace un esbozo de la situación de las parejas homosexuales en el Derecho comparado, básicamente lo que se pretende entonces es actualizar el escenario mundial, profundizando en el tratamiento de las *relaciones* homosexuales.

Hemos decidido incluir este capítulo sobre el derecho comparado en esta investigación y correr el riesgo de ser repetitivos ya que se han dado modificaciones en el último año resultados de la dinámica que ha tenido el tema en el mundo y serán rescatables algunas novedades, además de que nos pareció necesario buscar información más completa y especificar más las fuentes.

Sin embargo, queremos aclarar que no profundizaremos en el modo en que algunos países llegaron a obtener figuras que amparan a las parejas homosexuales por haber sido en su mayoría explicados en las tesis anteriores, y porque más bien se pretende enlistar de forma práctica a los países según las diferentes clasificaciones, para mantener el interés de nuestro lector.

A continuación se presenta un esbozo de la situación en materia de legislación que tienen las relaciones homosexuales en el mundo, hemos decidido utilizar como principal fuente de información la página en internet de la ILGA; de especial interés nos pareció un mapa<sup>96</sup> en el que dicha asociación encuadró la situación de los homosexuales que podría facilitar la visualización del panorama mundial, y que hemos incluido como anexo para comodidad de nuestro lector.

También, nos servimos de un documento de esa misma asociación realizado por Daniel Ottosson titulado "Homofobia de Estado. Un informe mundial de las leyes que prohíben la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas"<sup>97</sup>, el cual es una investigación anual que fue lanzada el 17 de mayo del presente año, el Día Internacional contra la Homofobia, y que pretende demostrar la homofobia de la que todavía son víctimas los homosexuales en ciertos Estados, además de llamar la atención sobre una realidad que permanece desconocida a la inmensa mayoría de la población.

La Asociación Internacional de Gays y Lesbianas, conocida como ILGA por sus siglas en inglés que representan *International Lesbian and Gay Association* es **"una federación mundial de**

---

<sup>96</sup> Dicho mapa se encuentra en el portal de Internet de la ILGA (International Lesbian and Gay Association) y fue realizado de acuerdo al Informe Homofobia de Estado, realizado por Daniel Ottosson, se denomina Derechos LGBTI en el mundo y fue localizado en una consulta del 22 de julio, 2008, de [http://www.ilga.org/map/Derechos\\_LGBTI.jpg](http://www.ilga.org/map/Derechos_LGBTI.jpg)

<sup>97</sup> Obtenido de la página en Internet de la Asociación Internacional de Gays y Lesbianas, en consulta del 22 de julio del 2008, de [http://www.ilga.org/statehomophobia/ILGA\\_Homofobia\\_de\\_estado\\_Mayo\\_2008.pdf](http://www.ilga.org/statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_estado_Mayo_2008.pdf)

**grupos nacionales y locales dedicados a lograr la igualdad de derechos para las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans y intersex (LGBTI) en todo el mundo.”<sup>98</sup>**

Fue fundada desde 1978, y tiene más de seiscientas organizaciones afiliadas en el orbe, es una federación no gubernamental, sin fines de lucro y la razón para que se tome en cuenta en este trabajo es debido a que se considera que los más interesados en denunciar el irrespeto o anunciar felizmente los avances en lo que a este tema se refiere, son los afectados directos, y después de un análisis serio de esta organización, se llegó a la conclusión de que brinda información fidedigna, generalmente complementada con estudios de la Organización de Naciones Unidas, y seriamente fundamentada.

Como anticipamos, además de incluir los países que ya cuentan con una figura jurídica que protege de alguna manera las relaciones homosexuales de pareja, se quiso complementar este capítulo con información sobre los países donde se castiga la homosexualidad, tema central en el informe utilizado que más bien pretende llamar la atención sobre la situación de la homofobia en el mundo. Ese abordaje permite la visualización de ambos extremos, de manera que el lector pueda hacer una comparación de la situación de Costa Rica, con el resto de los países en el mundo.

El abarcar todos los Estados cuyas legislaciones repercuten en los homosexuales, permite tener una rápida visión mundial del derecho comparado, que va desde los países que castigan la actividad homosexual con la pena de muerte, hasta los que permiten la adopción conjunta de menores por parte de parejas del mismo sexo. De esta manera, a lo mejor, se manifieste la costumbre que tenemos de querer imitar a los países desarrollados que idealizamos, y de no querer, parecernos a los menos desarrollados.

Según la ILGA, para el 2008, son al menos ochenta y seis los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas que todavía criminalizan los actos sexuales consensuados entre personas adultas del mismo sexo. Entre ellos, siete prescriben como castigo la pena de muerte. Además de esos ochenta y seis Estados hay seis provincias o entidades territoriales que también castigan la homosexualidad con prisión.

Una aclaración importante que hacen al inicio del informe, es que dicha investigación sólo se refiere a las legislaciones que criminalizan las relaciones sexuales consensuadas entre personas del mismo sexo en el ámbito privado y dentro de la mayoría de edad. Es decir, que **no** se incluyen aquellas legislaciones que se refieren a dichos actos sexuales realizados en público, o con personas

---

<sup>98</sup> ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE GAYS Y LESBIANAS (2008). *Trabajando para lograr igualdad de derechos a escala mundial desde 1978*. Consulta del 10 de junio, 2008, de <http://www.ilga.org/aboutilga.asp?LanguageID=2>

menores de edad, o realizadas por la fuerza o sin consentimiento, lo que a nuestro entender, obviamente si representaría un delito.

Según Rosanna Flamer-Caldera, de Sri Lanka y Co-secretaria General de ILGA:

*“Aunque muchos de los países de la lista no aplican sistemáticamente estas leyes, su mera existencia refuerza una cultura donde una significativa parte de la ciudadanía necesita esconderse del resto de la población, por miedo. Una cultura en la que el Estado justifica el odio y la violencia y que fuerza a las personas a la invisibilidad y a negar quiénes son realmente.”<sup>99</sup>*

## **1) Países donde las relaciones homosexuales son ilegales**

Se incluye en esta sección los países que sancionan los actos homosexuales con castigos que van desde un la pena de muerte hasta períodos cortos de prisión.

### **a) Países que castigan con Pena de Muerte los actos homosexuales**

Los países que según el informen castigan con muerte los actos homosexuales son: Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos, Irán, Mauritania, algunos lugares de Nigeria, Sudán y Yemen.

La generalidad que se presenta en esos países, es que se rigen por la ley islámica *Sharia*, y cualquier acto homosexual va en contra del Corán, libro que inspira dicha ley.

Llama la atención que se hacen diferenciaciones por ejemplo en el castigo para el sujeto activo y el sujeto pasivo, o entre el hombre casado y el soltero.

Los actos homosexuales generalmente se reconocen en la ley de estos países regulados por la *Sharia* como “sodomía”, así sucede en Arabia Saudita donde ese delito se prueba por “la confesión del culpable por cuatro veces, o “el testimonio de cuatro hombres musulmanes honorables”. Además, todas las relaciones sexuales fuera del matrimonio son ilegales en Arabia Saudita, de acuerdo con la *Sharia*, incluidas las relaciones sexuales entre mujeres.”<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> ILGA. Homofobia de Estado. Un informe mundial de las leyes que prohíben la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas. Bruselas, Bélgica, mayo, 2008, p.4.

<sup>100</sup> OTTOSSON, Daniel. Homofobia de Estado. Un informe mundial de las leyes que prohíben la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas. ILGA, Bruselas, Bélgica, mayo, 2008, p. 10.

En Emiratos Árabes Unidos “los actos sexuales entre mujeres no están prohibidos como tales, pero el adulterio sí lo está así como todos los demás contactos sexuales fuera de un matrimonio heterosexual”<sup>101</sup>

Aquí vale aclarar que en muchas legislaciones no se hace referencia a las lesbianas, no porque no se considere reprochable su comportamiento, sino más bien, por la doble discriminación que viven las mujeres lesbianas al no incluirse a la mujer en las leyes de esos ordenamientos.

*“Las manifestaciones de ser lesbianas generan en las familias reacciones de dolor, de evitar la situación y de culpa. Estas reacciones dadas en el seno familiar se expanden por la sociedad y generan cadenas de agresión, de discriminación e invisibilización. La historia de las lesbianas ha sido borrada, como mujeres son doblemente invisibilizadas.”<sup>102</sup>*

En Irán la legislación detalla minuciosamente cada castigo, lo que no sorprende si recordamos las palabras de su presidente, Mahmud Ahmadinejad, en el discurso que dio en una visita a la Universidad de Columbia en Nueva York donde aseguraba que en su país no hay homosexuales: “no tenemos ese fenómeno.”<sup>103</sup>

*“Artículo 108: Sodomía es la relación sexual con un hombre.*

*Artículo 109: En caso de sodomía, tanto el sujeto activo como el pasivo serán condenados al castigo.*

*Artículo 110: El castigo para la sodomía es la muerte; el juez de la Sharia decide como se procederá a dar muerte a los culpables.*

*Artículo 111: La sodomía será castigada con la muerte si ambos sujetos, el activo y el pasivo son maduros, mentalmente saludables y capaces de decidir por sí mismos...*

*Artículo 127: Mosaheqeh (lesbianismo) es la homosexualidad de quienes son genitualmente mujeres...*

*Artículo 129: El castigo por lesbianismo es de 100 latigazos a cada parte involucrada...*

*Artículo 131: Si el acto de lesbianismo se realiza tres veces y ha habido castigo en esas tres ocasiones, en la cuarta ocasión el castigo será la muerte.”<sup>104</sup>*

Mauritania diferencia el castigo entre hombres y mujeres, estableciendo para los hombres que comentan actos “impúdicos o contra natura” la muerte por lapidación pública.<sup>105</sup>

Algunos estados del norte de Nigeria han adoptado la ley islámica y castigan con pena de muerte los actos homosexuales (sodomía), sin embargo hacen una diferencia entre el hombre y la

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>102</sup> AGUILAR SANDÍ, Evelyn Priscila. *Op. cit.*, p. 25

<sup>103</sup> Información de AFP, citada por el periódico La Nación, en su sección El Mundo, del 24 de setiembre del año 2007.

<sup>104</sup> Código Penal Islámico de Irán, citado por OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, pp. 20 y 21.

<sup>105</sup> OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, pp. 29 y 30.



mujer, ya que a éste se le castiga con la muerte, mientras que a la mujer con azotamiento y/o cárcel, sin embargo en cuanto a la ley federal también se prohíbe los actos sexuales entre mujeres.<sup>106</sup>

En Sudán también se definen los actos homosexuales como sodomía y se da una diferenciación en la penas según las veces que haya sido condenado o condenada, la tercera vez que se es convicto se castiga con pena de muerte o cadena perpetua.<sup>107</sup>

El Código Penal de Yemen además de definir la homosexualidad hace diferenciaciones en el castigo según el hombre sea casado o soltero y según el género:

*“Artículo 264. “La homosexualidad entre varones se define como la penetración anal. Los varones solteros serán castigados con 100 latigazos o un máximo de un año de prisión, los varones casados con la muerte por lapidación”.*

*Artículo 268. “La homosexualidad entre mujeres se define como la estimulación sexual por fricción. La pena para los actos premeditados será de hasta tres años de prisión; cuando el delito sea cometido bajo coacción, se castigará a éste con una pena de hasta siete años de prisión”.*<sup>108</sup>

## **b) Países que castigan con prisión los actos homosexuales**

En esta sección se abarcan los países que castigan con prisión las relaciones homosexuales y se hacen tres clasificaciones: La primera es la de los países en donde **no** se sabe con certeza el tiempo que deben permanecer sin libertad, la segunda abarca desde once años de prisión hasta cadena perpetua y la tercera de un mes a diez años de prisión.

### **I. Sin indicación precisa del tiempo en prisión**

Entre los países que castigan con prisión, pero que no tienen indicación de la duración se encuentran: Angola, Guinea Bissau, Lesoto, Mozambique, Namibia, Santo Tomé y Príncipe, Suazilandia y Yibuti.

Según los artículos 70 y 71 del Código Penal de Mozambique “es preciso aplicar medidas de seguridad a las personas que se entreguen habitualmente a actos contra natura, afirmando que dichas personas deberían ser enviadas a campos de trabajo.”<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> *Ibíd.*, pp. 34-36.

<sup>107</sup> OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, pp. 44 y 45

<sup>108</sup> Código Penal de Yemen, citado por OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>109</sup> Código Penal de Mozambique, citado por OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, p.30

Igualmente, Angola, Guinea Bissau y Santo Tomé y Príncipe, heredaron el Código Penal de la época colonial portuguesa y refieren a lo mismo.<sup>110</sup>

En cuanto a Namibia, el informe dice: “La sodomía o “delito sexual contra natura” está prohibida como delito de derecho común. Parece cubrir sólo los actos sexuales entre hombres.”<sup>111</sup>

En lo que respecta a Lesoto y Suazilandia, ambos refieren a la relación sexual entre dos varones por el ano, por lo que no está clara la información sobre el delito por relaciones sexuales entre mujeres.<sup>112</sup>

Para concluir “diversas fuentes verifican que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son ilegales en Yibuti.”<sup>113</sup>

## **II. Prisión desde once años a cadena perpetua**

Los países que castigan con prisión que va desde once años a cadena perpetua, son: Antigua y Barbuda, Bangladés, Barbados, Gambia, Guyana, India, Islas Salomón, Kenia, Kiribati, Malasia, Malawi, Nauru, el resto de Nigeria donde no se castiga con muerte, Nueva Guinea, Pakistán, Papúa, República Turca del Norte de Chipre, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Tanzania, Tuvalu, Uganda y Zambia.

Se pueden hacer algunos comentarios sobre puntos de interés en esta clasificación, máxime por tratarse en algunos casos de países ubicados en nuestro mismo continente, lo que los hace más tangibles como ejemplo.

En Antigua y Barbuda, se dice que es delito la sodomía, y la definen como “coito anal de un hombre con un hombre o de un hombre con una mujer”<sup>114</sup>, pero la pena es de cadena perpetua sólo si es cometida por un adulto contra un menor, no así en Barbados y Guyana, donde el delito de sodomía se castiga con cadena perpetua.<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> Al respecto véase OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, pp. 7, 19 y 41.

<sup>111</sup> OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, p.33

<sup>112</sup> Véase OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, pp. 26 y 44.

<sup>113</sup> OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>114</sup> Ley de Delitos Sexuales de 1995 de Antigua y Barbuda, citada por OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>115</sup> Al respecto véase OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, pp. 11 y 19.

En Trinidad y Tobago, la sodomía se castiga con prisión por veinticinco años al hombre y los actos sexuales entre mujeres, tipificados bajo el delito de “secuestro de una mujer”, con prisión por diez años en la primera condena y quince en la segunda.<sup>116</sup>

Además en cuanto a las legislaciones de los países mencionados en esta categoría, vale recalcar que la mayoría de ellas refieren a actos “antinaturales” o “en contra de natura”. En Gambia por ejemplo se refieren a delitos antinaturales, y ellos no sólo comprenden los actos homosexuales, sino que enlistan otra serie más:

*“En este capítulo, la “relación carnal de una persona en contra del orden natural” incluye:*  
*(a) el acceso carnal de una persona por el ano o la boca de la otra*  
*(b) la inserción de un objeto o cosa por la vagina o el ano de una persona con la intención de simular el sexo; y*  
*(c) la comisión de cualquier otro acto homosexual con una persona.”<sup>117</sup>*

### III. Prisión de un mes a diez años

La otra clasificación sería la de los países que castigan con prisión de un mes a diez años, en ella encontramos a: Aceh, Afganistán, Argelia, Bahreín, Belice, Benín, Bután, Botsuana, Brunei, Camerún, Islas Comoras, Islas Cook (Asoc. Nueva Zelanda), Dominica, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gaza (Autoridad Palestina), Ghana, Grenada, Guinea, Guinea Ecuatorial, Jamaica, Kuwait, Líbano, Liberia, Libia, Maldivas, Mauricio, Marruecos, Myanmar/Birmania, Nepal, Níger, Niue (Asoc. Nueva Zelanda), Omán, Palau, Panamá, Qatar, República Democrática del Congo, Sáhara Occidental, Samoa Occidental, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y Granadinas, Arabia Saudita, Senegal, Somalia, Sri Lanka, Siria, Togo, Tokelau (Asoc. Nueva Zelanda), Tonga, Túnez, Turkmenistán, Uzbekistán, Zimbabue.

Aceh, Guinea Ecuatorial y Sáhara Occidental no aparecen en el informe, pero sí en el mapa, asignándoles el color utilizado para la categoría de países con “prisión de 1 mes a 10 años.”<sup>118</sup>

Según el informe en algunos de estos países pareciera que los actos homosexuales entre mujeres no son ilegales, sin embargo repetimos que esa diferenciación más bien podría deberse a que las leyes ni siquiera las contemplan.

<sup>116</sup> Así lo estipula la Ley de Infracciones Sexuales, N° 27 de 1986 (modificada por la enmienda N° 31 a esa misma ley) de Trinidad y Tobago citada por OTTOSSON, Daniel. (2008). *Op. cit.*, p. 47.

<sup>117</sup> Artículo 144 del Código Penal de Gambia, citado por OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, p. 17

<sup>118</sup> ILGA. Mapa sobre Derechos LGBTI en el mundo. Bruselas, Bélgica, mayo, 2008.

## 2) Países donde las relaciones homosexuales no son ilegales como tal pero tampoco completamente legales

Burkina Faso, Egipto, Níger, República Democrática del Congo, aparecen en el mapa con el color que representa un período de prisión de un mes a diez años. Sin embargo, en el informe se enlistan como “Países en que las relaciones homosexuales no son ilegales como tal, pero tampoco completamente legales”, y es que si se hace una lectura detenida del informe, en el caso de esos países, pareciera que se viste la homosexualidad con otro tipo de delitos para ser perseguida:

### ***Burkina Faso***

***Hombre/Hombre No ilegal como tal Mujer/mujer No ilegal como tal***  
Código Penal de 1996

*Artículo 410: “...Todo acto deliberado que sea contrario a la buena moral y que sea cometido en público o en un lugar privado visible para el público y que pueda ofender el sentido de la decencia de terceras personas que lo presenciaren de manera involuntaria, constituirá una molestia pública...”*

*Artículo 411: “Todo acto de naturaleza sexual que sea contrario a la moral y que sea cometido directa y deliberadamente sobre otra persona, con o sin utilizar la fuerza, coacción o sorpresa, constituirá un delito contra la decencia (pública)”...*

### ***Egipto***

***Hombre/Hombre No ilegal como tal Mujer/Mujer No ilegal como tal***

*Las relaciones sexuales entre personas adultas del mismo sexo con consentimiento y en privado no están prohibidas como tales. Sin embargo, la Ley 10/1961, sobre lucha contra la prostitución así como, por ejemplo, el artículo 98 W del Código Penal, “Desprecio a la religión”, y el artículo 278, sobre “Escándalo Público” ha sido recientemente utilizada contra hombres gais para arrestarlos, perseguirlos y condenarlos...*

### ***Niger***

***Hombre/Hombre No ilegal como tal Mujer/Mujer No ilegal como tal***  
Código penal de 1961, según modificación de 1993

*Artículo 275: “Se causa molestia pública por cualquier acto material contrario a la buena moral cometido en una situación que haya sido presenciada por alguien o que haya podido ser presenciada por un tercero que pudiera sentirse ofendido por él”...*

### ***República Democrática del Congo***

***Hombre/Hombre No ilegal como tal Mujer/Mujer No ilegal como tal***  
Código Penal de 1940, según modificación del año 2006

*Los actos homosexuales no están prohibidos como tales, pero el artículo 172 que castiga los delitos contra la moral puede ser utilizado contra los contactos entre personas del mismo sexo. La pena puede oscilar entre los tres meses y los cinco años de prisión y una multa...”<sup>119</sup>*

Es necesario recalcar que entre las fuentes utilizadas que menciona el informe de la ILGA se encuentran entidades del calibre de la Oficina del Alto Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, o el periódico del Parlamento Alemán, además de las propias leyes vigentes de

<sup>119</sup> OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, pp. 14, 15, 33 y 38.

cada país, lo que nos demuestra que el análisis ha sido concienzudo y se acerca más que cualquier otro a la realidad.

El caso de Burkina Faso es especial, ya que según el estudio se encontraría dentro de la clasificación de los países donde la homosexualidad puede ser perseguida encubriéndolo con otro tipo de delito, pero según el mapa carece de legislación específica. Creemos que esa diferencia se debe a un error en la actualización del mapa, igual que debió haber sucedido con las Islas Comoras, ya que "son nuevas en este informe las secciones sobre Comores, Burkina Faso y Níger."<sup>120</sup>

De la misma manera Indonesia e Iraq están dentro de esa categoría, pero en el mapa aparecen como países donde no hay ninguna legislación específica. En el caso de Indonesia por tener la excepción de Aceh que como se dijo unos párrafos atrás se encuentra señalado en el mapa entre los países con prisión de un mes a diez años, y en el caso de Iraq, porque como se verá con la transcripción del informe sobre esos países, se tiene la ley pero no es la que se cumple.

#### ***"Indonesia***

##### ***Hombre/Hombre Legal\* Mujer/Mujer Legal\****

*Las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo no están prohibidas por el Código Penal. La única previsión respecto tales relaciones es el art. 292, que prohíbe los actos sexuales entre personas del mismo sexo, si se cometen con una persona menor de edad. Sin embargo, en 2002, se aprobó una ley en el parlamento nacional que daba el derecho a la provincia de Aceh a instaurar la Sharia islámica. Esta ley se aplica solo a los musulmanes. Desde entonces, la ciudad de Palembang, por ejemplo, en Sumatra del Sur, ha impuesto penas de prisión y multas para castigar los actos homosexuales...*

#### ***Iraq***

##### ***Hombre/Hombre Legal\* Mujer/Mujer Legal\****

*Irak ha reinstaurado el Código Penal de 1969 tras la invasión americana del 2003. El Código Penal no prohíbe las actividades sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo. De todos modos, ya que el país está en guerra y la aplicación de la ley no funciona adecuadamente, hay escuadrones de la muerte que operan en el país matando homosexuales."<sup>121</sup>*

Quisimos agregar a este trabajo la descripción específica que utilizan todos esos países, en razón de que en esa misma categoría que hizo el informe sobre "Países en que las relaciones homosexuales no son ilegales como tal, pero tampoco completamente legales" se encuentra Costa Rica, que se describe así:

#### ***"Costa Rica***

##### ***Hombre/Hombre No ilegal como tal Mujer/Mujer No ilegal como tal***

***Código Penal, Ley Nº 4573 y sus reformas, del 4 Marzo de 1970***

***Artículo 382.- Se impondrá de dos a treinta días multa:***

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 7

<sup>121</sup> OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, pp. 14, 20 y 22.

*...15) Al que practicar la sodomía en forma escandalosa.”<sup>122</sup>*

La sodomía en Costa Rica ya no está tipificada en el Código Penal, sin embargo la fuente utilizada por el investigador que realizó el informe para la ILGA erróneamente la contenía. Quisiéramos recalcar que con la finalidad de comprobar las versiones de nuestro Código Penal que aparecen en internet y no subestimar, al igual que lo podrían hacer nuestros lectores, el valor de ese informe, comprobamos que esa versión es la que aparece en la mayoría de las páginas localizadas por el buscador Google.

Es decir, que la versión del Código Penal que tenía el artículo 382, donde el inciso 15 refiere a la sodomía, es el que apareció en la mayoría de los sitios con los que conectaba el buscador, así pues apareció en sitios meritorios de credibilidad a nivel internacional como por ejemplo los de la OEA<sup>123</sup>, la Universidad Freiburg<sup>124</sup>, que por cierto es la fuente en la que se sustenta ese informe del que se ha nutrido este capítulo. Valga decir que aparecía la opción de localizar el código en la página de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, que se supondría más certera, sin embargo el sitio raramente nos funcionó, y cuando lo hizo el Código Penal no aparecía<sup>125</sup>.

También nos dimos a la tarea de indagar un poco sobre la reforma que eliminó ese artículo del Código Penal y nos explicó don Ricardo Salas, Juez de la Sala Tercera, que efectivamente, ese artículo había desaparecido del Código Penal, pero por un “accidente legislativo, ya que de haberse tenido que decidir, aún estaría ahí”<sup>126</sup>, prueba de ello es que el Código Penal todavía se refiere a la sodomía, de manera que quizás verdaderamente no fue la intención del legislador desaparecer ese delito de nuestro ordenamiento:

*“Artículo 81 Bis.- Delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada  
(Son delitos de acción pública y perseguibles sólo a instancia privada:  
a) El estupro, **la sodomía**, el contagio venéreo y la violación, en ésta cuando la persona ofendida sea mayor de quince años y no se trate de uno de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 156.”<sup>127</sup> (El resaltado es nuestro).*

Algunos todavía podrían dudar de la información que brinda la ILGA en su informe, aduciendo que igual que con el caso de Costa Rica podrían presentarse algunas diferencias con la

<sup>122</sup> *Ibid.*, p.15

<sup>123</sup> Consulta del 14 de junio del 2008 en [http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/cri/sp\\_cri-int-text-cpenal.pdf](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/cri/sp_cri-int-text-cpenal.pdf)

<sup>124</sup> Consulta del 14 de junio del 2008 en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/cr/cpcr10.htm#4>

<sup>125</sup> Se consultó durante junio y julio del 2008 en [http://asamblea.racsa.co.cr/ley/leyes\\_nombre.htm](http://asamblea.racsa.co.cr/ley/leyes_nombre.htm)

<sup>126</sup> SALAS, Ricardo. Palabras dichas ante consulta realizada sobre el artículo 382 del Código Penal que prohibía la sodomía, el 22 de agosto del 2008, en la Sede Rodrigo Facio de la Universidad de Costa Rica.

<sup>127</sup> Código Penal. Ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 81bis.

realidad, sin embargo también es lógico pensar que su aproximación sea bastante fiable si se considera las fuentes utilizadas al realizarse y la inclusión de Costa Rica también dentro de la agrupación de “Países que prohíben la discriminación en el empleo basada en la orientación sexual”<sup>128</sup>.

Además, de que no hemos encontrado en nuestra investigación otra fuente con ese nivel de seriedad y detalle, el propio autor señala en el informe que la mayoría de información fue obtenida por medio del internet en razón de la capacidad de actualización que esa herramienta brinda:

*“El informe que presentamos está basado en macro y micro estudios objetivos sobre los sistemas legales y la legislación específica, o en fuentes indirectas en los casos en los que no ha sido posible obtener los textos legales correspondientes. Debido a que el Informe tiene como objetivo presentar la información más actualizada, la mayoría de las fuentes empleadas no proceden de libros sino de páginas web tanto gubernamentales como no gubernamentales.”<sup>129</sup>*

En todo caso, si se tratara de buscar responsables en cuanto a la legislación errada que sobre Costa Rica se menciona, señalaríamos a las asociaciones costarricenses miembros de la ILGA, o a los mismos usuarios de ese documento, conocedores de la actualidad normativa costarricense, que no nos hemos tomado la molestia de corregir al investigador, como él mismo sugiere que se haga.

De igual importancia se considera el hecho de que en el mapa diseñado a partir del informe, nuestro país aparezca coloreado en amarillo lo que representa “Protección - países que introducen leyes que prohíben la discriminación por motivos de orientación sexual (en algunos países, tales prohibiciones incluidas en las constituciones nacionales o en otras leyes; áreas de protección por discriminaciones varias)”<sup>130</sup>.

### **3) Países que permiten las relaciones homosexuales**

En esta sección, como lo anuncia su título, esbozaremos una serie de listados de países donde no sólo no se castigan los actos homosexuales, sino que además quienes decidan convivir en pareja y que tienen una orientación homosexual cuentan con el reconocimiento del ordenamiento jurídico de su país.

---

<sup>128</sup> OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>130</sup> ILGA. Mapa sobre Derechos LGBTI en el mundo. Bruselas, Bélgica, mayo, 2008.

Antes de continuar, es preciso aclarar que cuando se dice que se permiten esas relaciones, nos estamos refiriendo a relaciones consentidas y entre mayores de edad, alguna opuesta a esas condiciones, lógicamente tendría razón de estar penalizada.

Sobre los países que se mencionarán no se hace ninguna descripción detallada en el informe de la ILGA, ya que su objetivo era más bien llamar la atención sobre la dimensión de la homofobia en el mundo por medio de una recopilación de leyes de los países miembros de la Organización de Naciones Unidas y se refería a los países que de alguna forma prohíben, como dice su título, la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas. Es por esa razón que se utilizarán otras fuentes bibliográficas para complementar la información.

### **a) Países con figuras sustitutas del matrimonio**

En este apartado se hará referencia a los países que cuentan con una figura diferente al matrimonio para regular a las parejas formadas por personas del mismo sexo. El informe de la ILGA y el mapa que lo representa, hacen dos diferenciaciones dentro de esta clasificación:

1. **“Países con leyes de Uniones Civiles que ofrecen a las parejas del mismo sexo algunos de los derechos del matrimonio”**<sup>131</sup>, que el mapa representativo del informe los califica como **“sustituto claramente inferior al matrimonio”**<sup>132</sup>, donde se encuentran: Andorra, Buenos Aires de Argentina, Eslovenia, Estados Unidos (Distrito de Columbia, Hawaii, Maine y Washington, así como alrededor de 100 municipios<sup>133</sup>), Francia, Luxemburgo, México (Distrito Federal y Coahuila), República Checa y Uruguay.
  
2. **“Países con leyes de Uniones Civiles que ofrecen a las parejas del mismo sexo muchos o todos los derechos del matrimonio”**<sup>134</sup> y que el mapa distingue como **“sustituto casi igual al matrimonio”**<sup>135</sup>, entre los que están: Alemania, Australia (Tasmania y en Territorio de la capital), Dinamarca, Estados Unidos (California, Connecticut, New Jersey, Oregon, New Hampshire y Vermont), Finlandia, Groenlandia, Islandia, Noruega, Nueva Zelanda, Reino Unido, Suecia y Suiza.

---

<sup>131</sup> OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>132</sup> Véase ILGA. Mapa sobre Derechos LGBTI en el mundo. Bruselas, Bélgica, mayo, 2008.

<sup>133</sup> Así dice específicamente el informe en mención en la página 56.

<sup>134</sup> OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>135</sup> Véase ILGA. Mapa sobre Derechos LGBTI en el mundo. Bruselas, Bélgica, mayo, 2008.



Esa clasificación que hace el informe la única duda que plantea es en cuanto a la delimitación entre el ofrecimiento de “algunos derechos del matrimonio” y “muchos o todos los derechos del matrimonio” ya que lo que sí está claro es que en ambas se refieren a uniones civiles.

*“Tampoco deben confundirse el matrimonio y las uniones libres de naturaleza concubinaria con las uniones civiles que, desde hace algunos años, algunas legislaciones reconocen con mayor o menor amplitud. Se trata de uniones constituidas por personas de distinto o de igual sexo -parejas heterosexuales u homosexuales- que conviven maritalmente en forma estable y que han formalizado y registrado esa unión, y a quienes se les confieren derechos y deberes recíprocos.”<sup>136</sup>*

Primero que todo, se debe llamar la atención sobre ciertos países que menciona el informe dentro de esas clasificaciones, que presentan características importantes, así por ejemplo el caso de Argentina, que sabemos que sólo Buenos Aires reconoce la unión civil, tal y como lo explican Bossert y Zannoni en su Manual de Derecho de Familia:

*“El reconocimiento de tales uniones civiles responde a la idea de promover la igualdad y de no discriminar a las personas en razón de su orientación sexual, como lo recomendó en Europa una resolución del Parlamento Europeo de 1994. Entre nosotros, las uniones civiles han sido reconocidas por la ley 1004 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con vigencia local en su jurisdicción.”<sup>137</sup>*

El caso de Washington sobresale, porque en el mapa aparece clasificado dentro de la categoría de “sustituto claramente inferior al matrimonio”, pero el informe lo menciona dentro de la categoría de “Países con leyes de Uniones Civiles que ofrecen a las parejas del mismo sexo muchos o todos los derechos del matrimonio”.

Belluscio en su Manual de Derecho de Familia explica que en 1989 Dinamarca fue el primer país en establecer el “partenariado” registrado, el cual define como “unión de dos personas del mismo sexo a la cual son aplicables las normas legales del matrimonio, con excepción de la posibilidad de adoptar.”<sup>138</sup> Sin embargo, agrega que en 1999 se permitió que uno de los miembros de la pareja adoptara a los hijos del otro miembro.

*“La ley danesa de 1989 fue seguida por Noruega en 1993. Suecia en 1994, Islandia en 1996 y Holanda en 1998. En este mismo año, Bélgica instituyó la “cohabitación legal”. En España, Cataluña dictó la ley sobre uniones estables heterosexuales y homosexuales en 1998, seguida por Aragón un año más tarde... En Francia, una ley de 1999 creó el “pacto civil de solidaridad” (PACS), definido por el nuevo art. 515-1 como el “contrato concluido entre dos personas físicas mayores, de sexo diferente o*

---

<sup>136</sup> BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Op. cit.*, p. 74.

<sup>137</sup> *Ibíd.*

<sup>138</sup> BELLUSCIO, Augusto César. *Op. cit.*, p. 178.

*del mismo sexo, para organizar su vida en común". Consagra así una suerte de vínculo inferior al matrimonio, que a diferencia de éste puede ligar no sólo a un hombre y una mujer sino también a dos personas del mismo sexo, y al cual reconoce algunos efectos similares a los de aquél.*"<sup>139</sup>

A partir del 1 de agosto del año 2001 entró en vigencia en Alemania "una ley que permite el registro en las alcaldías municipales de las uniones homosexuales, a las cuales confiere efectos civiles similares a los del matrimonio en materia de nombre y de herencia, a más de derechos previsionales (seguros de enfermedad y de desempleo)."<sup>140</sup>

Groenlandia se incluyó en ese listado a pesar de no aparecer en el informe, debido a que el mapa lo muestra con el color correspondiente a los lugares con sustituto casi igual al matrimonio.

Mención aparte merece una lista que brinda el informe titulada "**Países en que las leyes o las sentencias judiciales ofrecen a las parejas del mismo sexo algunos de los derechos del Matrimonio, sin necesidad de registrarse**"<sup>141</sup>, en la cual coloca a: Austria, Colombia, Croacia, Hungría, Israel, Portugal, Australia (Territorio de la Capital, Nueva Gales del Sur, Isla de Norfolk, Territorio del Norte, Queensland, Australia del Sur, Victoria y Australia Occidental). Y se incluye esta información en esta parte del capítulo en razón de que se podría considerar a estos países entonces dentro de la categoría de países con figuras sustitutas del matrimonio, claro está que no necesariamente siempre tendrán el mismo resultado las sentencias, por lo que cabe abarcarlos con las precauciones del caso.

## **b) Países donde se acepta el matrimonio**

Los países que permiten el matrimonio para parejas compuestas por personas del mismo sexo son: Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos (Massachusetts y Connecticut), Países Bajos (Holanda) y Sudáfrica.

*"En Holanda, una ley de septiembre de 2001, en vigencia desde el 1° de abril de 2001, permite el matrimonio homosexual con la única limitación de que sólo permite la adopción de menores de nacionalidad holandesa."*<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> *Ibíd.*

<sup>140</sup> BELLUSCIO, Augusto César. *Op. cit.*, p. 179.

<sup>141</sup> OTTOSSON, Daniel. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>142</sup> BELLUSCIO, Augusto César. *Op. cit.*, p. 179.

En cuanto a los Estados Unidos, es preciso aclarar, que la lista de los estados se modificó varias veces durante la terminación de esta investigación. Primero, se agregó Connecticut, en octubre de este año.

*“The ruling, which cannot be appealed and is to take effect on Oct. 28, held that a state law limiting marriage to heterosexual couples, and a civil union law intended to provide all the rights and privileges of marriage to same-sex couples, violated the constitutional guarantees of equal protection under the law.”<sup>143</sup>*

Además, en cuanto a ese estado, también se debe resaltar que permanece en la lista de “Países con leyes de Uniones Civiles que ofrecen a las parejas del mismo sexo muchos o todos los derechos del matrimonio”, porque todavía no se sabe si verdaderamente se eliminará ese tipo de unión civil, ahora que les es permitido casarse.<sup>144</sup>

En esa misma lista se encuentra California, a pesar, de que en mayo de este año se había considerado discriminatoria la prohibición de casarse a parejas del mismo sexo, y por unos meses estuvo también en la lista de los países donde se acepta el matrimonio. Sin embargo, después de un referéndum, que se realizó tan sólo unos días antes de presentar este trabajo, se aprobó la “Proposition 8”, que agregó la frase “sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido o reconocido en California” en la constitución estatal.<sup>145</sup>

### **c) Países que permiten la adopción por parejas del mismo sexo**

Países que permiten la adopción conjunta de menores por parejas del mismo sexo: Andorra, Australia (Territorio de la capital y Australia Occidental), Bélgica, Canadá (Columbia Británica, Manitoba, New Brunswick, Newfoundland y Labrador, Ontario, Quebec, Saskatchewan), Estados Unidos (la adopción conjunta por parejas del mismo sexo está prohibida en Florida, Mississippi y Utah, los demás estados les permiten adoptar individualmente y algunos de ellos también conjuntamente), Islandia, Israel, Países Bajos, Reino Unido, Suecia y Sudáfrica.

Nótese, que contrariamente a lo que se piensa, no hay una coincidencia exacta, entre los países que permiten el matrimonio y los que permiten la adopción.

---

<sup>143</sup> MCFADDEN, ROBERT D. Gay Marriage is Ruled Legal in Connecticut. New York / Region. The New York Times del 11 de octubre del 2008. En consulta del 25 de octubre del 2008 de: <http://www.nytimes.com/2008/10/11/nyregion/11marriage.html>

<sup>144</sup> Mara Tencer, es una abogada de la ciudad de Chicago, que elaboró un trabajo de finalización de estudios sobre la situación de los inmigrantes homosexuales en Estados Unidos. Trabaja para una ONG brindando asesoría legal especialmente a la población latina, y ha sido una valiosa fuente de información para este trabajo de investigación.

<sup>145</sup> *Ibíd.*

#### d) Otras clasificaciones

El mapa producido en base al informe de la ILGA, presenta el color amarillo para distinguir la categoría de “Protección - países que introducen leyes que prohíben la discriminación por motivos de orientación sexual (en algunos países, tales prohibiciones incluidas en las constituciones nacionales o en otras leyes; áreas de protección por discriminaciones varias)”<sup>146</sup> y repetimos, es el color que exhibe Costa Rica. Esa categoría está compuesta por clasificaciones específicas que favorecen a los homosexuales, por estar dirigidas a combatir la discriminación de la que son víctimas, a continuación se mencionan:

❖ **Países que prohíben la discriminación en el empleo basada en la orientación sexual:** Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia-Herz, Bulgaria, Canadá, Colombia, Costa Rica, Croacia, Chipre, Rep. Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Kosovo, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Mozambique, Países Bajos, Nueva Zelanda, Nicaragua, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Suráfrica, España, Suecia, Taiwán, Reino Unido, Venezuela, Australia (Territorio de la capital, Nueva Gales del Sur, Territorio del Norte, Queensland, Australia del Sur, Tasmania, Victoria y Australia Occidental), Brasil (en Bahía, Distrito Federal, Mina Gerais, Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande del Sur, Santa Catarina y Sao Paulo), en Estados Unidos (California, Colorado, Connecticut, Distrito de Columbia, Hawaii, Illinois, Iowa, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Nuevo Mexico, Nueva York, Oregon, Rhode Island, Vermont, Washington, Wisconsin, así como en otras ciudades de otros estados), además en algunas ciudades de Argentina, Bolivia y Japón.

❖ **Países que prohíben la discriminación en el empleo basada en la identidad de género:** Finlandia, Alemania, Reino Unido, en ciertos lugares de Australia (Queensland y Victoria, todos los demás estados prohíben la discriminación basada en la transexualidad), en territorios del noroeste de Canadá, en algunos estados de Estados Unidos (California, Colorado, Distrito de Columbia, Illinois, Iowa, Maine, Minnesota, New Jersey, Nuevo México, Oregon, Rhode Island, Vermont, Washington).

❖ **Países que tienen una prohibición de rango constitucional de discriminación basada en la orientación sexual:** Canadá, Ecuador, Fiji, Portugal, Suráfrica, Suecia, Suiza, y en Alagoas, Distrito Federal, Mato Grosso, Pará y Sergipe (Brasil).

---

<sup>146</sup> Así tomado textualmente del mapa realizado por ILGA, que como se dijo, se encuentra en los anexos de esta investigación.

- ❖ **Países en que los crímenes de odio basados en la orientación sexual son considerados como una circunstancia agravante:** Andorra, Bélgica, Canadá, Croacia, Estonia, Francia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Nueva Zelanda, Nicaragua, Portugal, Puerto Rico, España, Suecia, Reino Unido, Uruguay y en algunos estados de Estados Unidos (Arizona, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Distrito de Columbia, Florida, Hawaii, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Missouri, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Nuevo Mexico, Nueva York, Oregon, Rhode Island, Tennessee, Texas, Vermont, Washington, Wisconsin).
- ❖ **Países en que los crímenes de odio basados en la identidad de género son considerados como una circunstancia agravante:** Estados Unidos (California, Colorado, Connecticut, District of Columbia, Hawaii, Maryland, Missouri, Nuevo México y Vermont).
- ❖ **Países con legislaciones específicas en materia de reconocimiento del género tras un tratamiento de reasignación de género:** Alemania, Bélgica, España, Finlandia, Italia, Japón, Países Bajos, Nueva Zelanda, Rumanía, Suráfrica, Suecia, Turquía, Reino Unido, en Australia en Territorio de la Capital, Nueva Gales del Sur, Territorio del Norte, Queensland, Australia del Sur, Tasmania, Victoria y Australia Occidental. Además, numerosos países más, incluidos Estados Unidos, Canadá y la mayoría de los países europeos reconocen el “nuevo” género después del tratamiento, bien a través de la ley, o por vía judicial.

## CAPÍTULO III

### La homosexualidad en Costa Rica

El capítulo que se inicia, consta básicamente de dos partes: La primera se encargará de esbozar brevemente el desarrollo que ha tenido en nuestro país la comunidad homosexual. La segunda, tratará las propuestas que se han planteado a nivel jurídico que repercuten en ese grupo minoritario, tanto en el plano positivo como negativo; es decir, que esta parte de la investigación expone el asunto de la acción de inconstitucionalidad referente al matrimonio homosexual, algunos proyectos de ley y la cuestión del referéndum sobre la unión civil de parejas del mismo sexo, tan ampliamente discutidos.

#### 1) Antecedentes históricos del Movimiento Homosexual

A pesar de la creencia generalizada, de la tolerancia que existe en nuestro país para temas de este tipo, los homosexuales han pagado un alto precio por su orientación sexual, consistente incluso en una serie de abusos por parte de las autoridades, además de la discriminación social de la que son víctimas en su vida diaria.

Resumía un artículo realizado para La Nación en el año 2003 un poco las batallas libradas por los homosexuales en busca de sus derechos, con el siguiente orden cronológico:

*"1991: Se realiza en el país el Primer Encuentro Latinoamericano de Mujeres Lesbianas Feministas.*

*1995: Se instaura la Asociación Triángulo Rosa, primera organización gay-lésbica del país legalmente constituida.*

*1998: Al aprobarse la ley 7771 (Ley general del sida) se indica, en el artículo 48, que no debe hacerse discriminación por la opción sexual de las personas.*

*Ese mismo año se denuncia al presidente Miguel Ángel Rodríguez ante la Defensoría de los Habitantes por sus declaraciones discriminatorias contra la población gay-lésbica a raíz del Festival Internacional Gay que iba a realizarse en Manuel Antonio. La actividad se canceló.*

*1999: Nace el CIPAC, un proyecto de defensa y promoción de los derechos humanos de gays y lesbianas en el área centroamericana, con sede en Costa Rica.*

*Mayo 2003: 2° Encuentro de la Red Regional Lésbica en Heredia.*

*Junio 2003: 1° "Festival del orgullo por la diversidad sexual".*

*Recientemente: La comunidad homosexual celebró el pronunciamiento del PANI para que el travesti Mairena pueda adoptar al niño que cuida desde hace diez años.*

*Además, se festejó una resolución del INS en la cual se acepta que cualquier persona pueda poner como beneficiario de las pólizas de vida a su pareja del mismo sexo.*

*La semana pasada, el abogado Yashín Castrillo interpuso un recurso de inconstitucionalidad para que se acepten en el país los matrimonios entre homosexuales.”<sup>147</sup>*

Hoy en día esa lista se ha extendido como resultado de una serie de intentos de índole legislativa que se han presentado, incluyendo el tan discutido proyecto de ley sobre la unión civil de de personas del mismo sexo. Claro está, que el avance de la sociedad en cuanto a temas de derechos humanos ha repercutido en la decisión de muchos homosexuales de exponer su situación y tratar junto a heterosexuales visionarios, de implementar cambios en el ordenamiento para que se les reconozcan sus derechos de la misma forma que se les reconocen a las demás personas.

Como se ha demostrado a lo largo de la historia, las relaciones sociales van modificándose con el paso del tiempo y el Derecho se ve en la obligación de permanecer en constante dinámica para por lo menos tratar de alcanzar la realidad.

*“... el orden social es una producción humana constante, realizada por el hombre en el curso de su continua externalización (...) El orden social no forma parte de la 'naturaleza de las cosas' y no puede derivar de las 'leyes de la naturaleza'. Existe solamente como producto de la actividad humana. No se le puede atribuir ningún otro status ontológico sin confundir irremediamente sus manifestaciones empíricas. Tanto por su génesis (el orden social es resultado de la actividad humana pasada), como por su existencia en cualquier momento del tiempo (el orden social solo existe en tanto que la actividad humana siga produciéndolo), es un producto humano.”<sup>148</sup>*

Conforme nuestras relaciones se tornan complejas, surge la necesidad de crear instrumentos legales que también brinden seguridad a quienes en este momento son minoría, pero que con el constante cambio social pueda que se conviertan en la “regularidad” del futuro.

## **2) Iniciativas en el Ordenamiento Jurídico Costarricense**

En lo que respecta al material bibliográfico para utilizar en este capítulo que aborda el desarrollo del tema en Costa Rica, cabe destacar que no existe realmente legislación vigente que abarque los vínculos creados por una pareja del mismo sexo. La tendencia más bien ha sido la de disimular las relaciones de este tipo en lo que a nuestro ordenamiento respecta, recurriendo a la utilización de figuras jurídicas que se transfiguran para ser ajustadas a las diferentes situaciones que presenta la realidad.

---

<sup>147</sup> JIMÉNEZ, Yuri y VARELA, Ivannia. La Escalada Homosexual. Revista Dominical del Periódico La Nación, del 24 de agosto del año 2003.

<sup>148</sup> BERGER y LUCKMANN, citados por ROSÉS HERNÁNDEZ, Patricia. Familia y Paternidad en Costa Rica. Una aproximación desde la Perspectiva de Padres y Madres Jóvenes. Tesis sometida a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Sociología para optar al grado de Magister Scientiae en Sociología, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica, San José, 2005, pp. 26 y 27.

Así por ejemplo, las parejas homosexuales se han visto en la necesidad de usar la sociedad anónima para proteger el patrimonio que es conformado por su esfuerzo, una figura exclusivamente comercial, que de más está decir dista mucho de ser la ideal para reconocer un vínculo familiar, no sólo porque al utilizarla se desnaturaliza ese vínculo, sino porque no se dignifica considerándolo dentro del campo de familia, como sí se hace con cualquier pareja de hombre y mujer.

También muchos han hablado de la sociedad de hecho, que igualmente es una figura, meramente comercial, regulada en el Código de Comercio, que no tiene nada que ver con las relaciones familiares. Este tema fue abordado ampliamente en la tesis de Murillo Rodríguez en dos de sus apartados, primero en el denominado *“Relación entre sociedad de hecho y unión de hecho”*, que apoya nuestra tesis:

*“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.”<sup>149</sup>*

El otro apartado es uno en el cual ejemplifica con el trato que el tema ha tenido en Brasil, basándose en la autora Maria Berenice Dias y que tituló *“Las uniones estables homoafectivas no son sociedades de hecho”*, de manera que no parece necesario ahondar aquí en esa materia, ya que nuestro lector puede recurrir a ese trabajo, que repetimos consideramos de gran aporte, sin embargo, a manera de ilustración reiteramos que:

*“...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.”<sup>150</sup>*

Las parejas heterosexuales pueden optar por una serie de privilegios, que aunque a veces los demos por sentado y no parezcan nada especial, las parejas homosexuales no tienen. Si una pareja está casada, o si no lo está pero cumple con los requisitos legales para que se reconozca su unión de hecho, goza de una serie de derechos específicamente basados en los fines de vida en común, cooperación y mutuo auxilio.

*“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*

<sup>149</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 104.

<sup>150</sup> DIAS, Maria Berenice, citada por MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 160.



*consecuencias jurídicas a su relación dentro del marco de las uniones de hecho, tendrán que arriesgarse a presentar sus pretensiones en la vía civil...”<sup>151</sup>*

La familia se dignifica al tratarse en un código diferente del civil, la cuestión de fondo nuevamente nos lleva al punto clave de esta investigación, si “la familia” es un concepto dinámico que se va modificando en el tiempo, y el derecho nace como resultado de la convivencia social, por qué no tratar el vínculo de la pareja homosexual como familia, de la misma manera que se trata el de la pareja heterosexual, si ambos tienen como finalidad la convivencia, la cooperación y el mutuo auxilio.

En este segundo apartado se analizará todo lo referente a los diferentes intentos por regular las relaciones de parejas compuestas por personas del mismo sexo en nuestro país, desde la acción de inconstitucionalidad planteada para combatir la prohibición de matrimonio, hasta la intención de realizar un referéndum para decidir sobre la aprobación, o no, de un proyecto de ley que está proponiendo la unión civil de parejas del mismo sexo.

#### **a) Acción de Inconstitucionalidad que promovía el matrimonio**

Quizás la primera institución que viene a la mente en lo que al tema del reconocimiento de la pareja homosexual se refiere, ya sea porque se esté en total acuerdo, o absoluto desacuerdo, incluso porque se tengan dudas al respecto, es el matrimonio.

En nuestro país, ya se han dado intentos a nivel jurídico para que las parejas formadas por personas del mismo sexo puedan casarse. De hecho es importante recalcar, que los mayores conatos de reconocimiento de uniones homosexuales que se han producido en Costa Rica en lo que al ordenamiento jurídico se refiere, inician hace aproximadamente cinco años, precisamente relacionándolo directamente con la posibilidad de matrimonio.

El 29 de julio del 2003 el Licenciado Yashín Castrillo Fernández promovió una Acción de Inconstitucionalidad, contra los artículos 14 inciso 6 del Código de Familia y 176 del Código Penal, alegando que dichas disposiciones son contrarias al principio de igualdad, presente en el artículo 33 de la Constitución Política<sup>152</sup> y al principio de libertad plasmado en el artículo 28 de la Constitución Política<sup>153</sup>, fundamentándose “en el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, ya que por

---

<sup>151</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 109.

<sup>152</sup> “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.”

<sup>153</sup> “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin

resolución de las ocho horas del veintidós de julio del dos mil tres, el Juzgado de Familia de Alajuela le denegó la solicitud de celebración de matrimonio civil entre dos personas del mismo sexo, basándose en el artículo 14 inciso 6 del Código de Familia,<sup>154</sup>

El artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, utilizado como fundamento, establece la necesidad de tener un asunto pendiente de resolver en los tribunales para interponer la acción de inconstitucionalidad, pero su segundo párrafo dice que: "No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto..."<sup>155</sup>

El accionante alegaba entre otras cosas, que el artículo 176 del Código Penal que castiga con prisión a quienes contraigan matrimonio conociendo del impedimento que causa nulidad absoluta:

*"... quebranta el principio de culpabilidad, por cuanto el constituyente optó en el artículo 39 por un derecho penal de culpabilidad; lo cual significa que la culpabilidad se constituye en un límite infranqueable de la reacción penal estatal más allá de la cual no se pueden imponer sanciones basadas en la forma de ser de las personas. La prohibición contenida en la normativa citada obliga a un gran sector de la población a modificar sus sentimientos, pensamientos, forma de vida y su propia naturaleza a la de los demás, bajo la grave amenaza de que si no lo hace será objeto de la reacción penal estatal."*<sup>156</sup>

Con la resolución N° 9237 del veintinueve de agosto del dos mil tres, la Sala Constitucional rechazó de plano el recurso en lo referente al artículo 176 del Código Penal:

*"... es requisito indispensable contar con un asunto pendiente de resolver, ya sea en la fase de agotamiento de la vía administrativa o en sede judicial, donde se hubiere invocado la inconstitucionalidad de la norma como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado... Dicha norma no es susceptible de aplicación en el asunto base, pues no se trata de un proceso penal donde eventualmente se sancione la conducta ahí tipificada; sino que se trata de una gestión o solicitud de autorización planteada ante un Juez de Familia para que celebre un matrimonio entre personas del mismo sexo."*<sup>157</sup>

Ahora bien, en cuanto al rechazó de plano la Sala Constitucional aclaró primero que:

*"El artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a la Sala a rechazar de plano o por el fondo, en cualquier momento, incluso desde su presentación, cualquier gestión que se*

---

embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas."

<sup>154</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

<sup>155</sup> Ley de Jurisdicción Constitucional. Ley N° 7135 del 11 de octubre de 1989. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 75.

<sup>156</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 9237 de las once horas trece minutos del veintinueve de agosto del dos mil tres.

<sup>157</sup> *Ibíd.*

*presente a su conocimiento que resulte ser manifiestamente improcedente, o cuando considere que existen elementos de juicio suficientes para rechazarla, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada.”<sup>158</sup>*

La duda que permanece –quizás por desconocimiento en la materia– es en cuanto a la razón para no implementar en ese caso el segundo párrafo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que pareciera pudo haberse utilizado para abordar la (in)constitucionalidad del artículo 176 del Código Penal. De todas formas, es de imaginar que al no plantearlo así el accionante, el tribunal se apegó al Principio de Congruencia.

Con todo, posteriormente a esa resolución se continuó con el proceso únicamente analizando el asunto de la inconstitucionalidad del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, que establece que es legalmente imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo.

## **I. Curso de la Acción**

Una vez que se le dio curso a la acción, se le confirió audiencia a la Procuraduría General de la República, la cual rindió un informe de más de 30 páginas, en el que señala que no existe una vulneración al principio de igualdad, localizado en el artículo 33 de la Constitución Política:

*“... cuando se invoca una violación a dicho principio, se debe determinar si las personas se encuentran en la misma situación o en situaciones similares. Lo anterior, aunado al hecho de que no siempre que se da una diferenciación de trato se produce la violación al principio de igualdad (...) “la igualdad sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable” (...) la realidad demuestra que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las parejas homosexuales, razón por la cual el legislador se encuentra legitimado para dar, en estos casos, un trato diferenciador (...) la norma legal persigue un fin constitucional legítimo, ya que protege el tipo de matrimonio adoptado por el constituyente originario (...) la Sala no podría declarar la norma en cuestión inconstitucional, debido a que modificar dicha concepción, significaría una extralimitación en sus atribuciones (...) cuando existe un desfase profundo entre los valores subyacentes en la sociedad y los recogidos en el texto constitucional, el llamado a realizar el ajuste, en vista de que goza de una competencia exclusiva y prevalente, es el poder constituyente, nunca el Tribunal Constitucional,...”<sup>159</sup>*

Sin embargo, la posición antes transcrita de la Procuraduría, sobre todo en lo que a los últimos párrafos respecta, encontró detractores en la misma Sala Constitucional, que lejos de evadir el tema, lo abordaron vehementemente, como fue el caso de los dos magistrados que salvaron su voto.

<sup>158</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 9237 de las once horas trece minutos del veintinueve de agosto del dos mil tres.

<sup>159</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

*“Aun cuando la Procuraduría General de la República y la mayoría de la Sala consideran que la norma persigue un fin legítimo que es proteger el tipo de matrimonio adoptado por el Constituyente originario, reitero mi oposición a este argumento, pues bajo esa perspectiva, la Sala no podría declarar nunca la inconstitucionalidad de una norma que deviene inconstitucional por el pasar del tiempo. Dicha tesis negaría la existencia del instituto de la inconstitucionalidad sobreviniente, ya ampliamente reconocida en la jurisprudencia constitucional.”<sup>160</sup>*

De la misma manera, el magistrado recalcó la función de la Sala Constitucional de interpretar las normas adecuándose **no** únicamente a la intención que tenía el constituyente original, sino también de acuerdo con la dinámica social, subrayando las características de la época en que el Código de Familia prohibió el matrimonio entre personas del mismo sexo, en las cuales resaltaba una gran influencia de la Iglesia Católica, situaciones que hoy en día han variado.

*“... Si esto fuera así en todos los casos, la Sala se convertiría en una simple “vocera” de la voluntad del Constituyente originario, sin tener posibilidad alguna de “actualizar” el sentido de las normas constitucionales, intentando dilucidar su sentido actual, tal como lo ha hecho en otras oportunidades. Ejemplo de ello, es el reconocimiento que la Sala hizo de la unión de hecho, aun cuando la voluntad del Constituyente originario no fue proteger este tipo de familias.”<sup>161</sup>*

Así, don Adrián Vargas dijo no compartir el criterio de la mayoría de la Sala ni de la Procuraduría “en el sentido de que la protección a las parejas homosexuales es materia que debe ser reservada al legislador. Esto no es más que negar la importancia de los principios y derechos constitucionales que están en juego en este caso.”<sup>162</sup>

Igualmente disidió don Ernesto Jinesta en cuanto a la imposibilidad de la Sala Constitucional de modificar la norma en cuestión:

*“La interpretación evolutiva de la norma constitucional a la luz de la realidad o del contexto social imperante en un momento histórico determinado, se impone con mayor fuerza, dada, en la mayoría de las ocasiones, su textura abierta e indeterminada, lo cual facilita la solución de diversas controversias de interés en vista de la vocación de permanencia relativa de todo texto fundamental.”<sup>163</sup>*

Continuando con la posición de la Procuraduría, sus representantes hicieron énfasis en lo que muchos han alegado, cuando dicen que la Constitución Política no hace referencia específica a la pareja heterosexual, al referirse al matrimonio:

---

<sup>160</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. Voto salvado del Magistrado en resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

<sup>161</sup> *Ibíd.*

<sup>162</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

<sup>163</sup> JINESTA LOBO, Ernesto. Voto salvado del Magistrado en resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

*"... algunos incurren en el error de interpretar en forma aislada el Derecho de la Constitución, indicando que el numeral 52 constitucional no habla de matrimonio heterosexual, sino únicamente de matrimonio, por lo que tal concepto constituiría una especie de "cajón de sastre" donde es posible subsumir diversas modalidades de éste (...) los preceptos constitucionales no pueden interpretarse en forma aislada, sino de manera conjunta para evitar que se den contradicciones insalvables entre ellos, ya que se está en presencia de un texto armonioso y coherente (principio de la unidad de la Constitución), se tiene que el Derecho de la Constitución se refiere, con exclusividad, a un matrimonio heterosexual monogámico."<sup>164</sup>*

El 4 de mayo del año 2006, se realizó una vista oral y pública, donde el accionante y varios coadyuvantes<sup>165</sup> fundamentaron sus argumentos, basándose en diversos tratados internacionales que prohíben actos discriminatorios en cuanto a las preferencias sexuales.

Castrillo Fernández afirmó en esa comparecencia que la sociedad costarricense se niega a aceptar los derechos de las personas homosexuales. Asimismo expuso actos administrativos emitidos por jerarcas estatales y algunas empresas privadas que son discriminatorios y que violentan los derechos de las personas homosexuales: Prohibiciones de las Municipalidades de realizar actividades organizadas por personas homosexuales, incluyó una directriz que les prohibía a los ayuntamientos a autorizar actividades de la población homosexual, un decreto ejecutivo de 1987 que exigió a los funcionarios públicos hacerse el examen del VIH y el caso de una universidad privada que en 1993 prohibió el ingreso de estudiantes que aparentaran ser homosexuales.

El abogado Marvin Castillo, coadyuvante activo, dijo en esa misma vista que si de aplicar principios inspirados en la doctrina del cristianismo se trataba, habría que señalar el divorcio como inconstitucional, y afirmó que de ser así, estaríamos pasando de una democracia a una teocracia. Agregó que las circunstancias de las parejas heterosexuales y homosexuales son las mismas, sobre la base del respeto, solidaridad y cooperación mutua, pero que en lo que a derechos civiles se refiere, distan mucho de parecerse, e hizo referencia a la pensión alimentaria y a los bienes gananciales. Finalizó su intervención explicando el principio de jurisprudencia progresiva pues hay otros países que ya han enfrentado el reto de legalizar las uniones homosexuales.

Otra coadyuvante activa y también abogada, que asistió a la audiencia fue Rose Mary Madden, quien explicó que este tema se resuelve aplicando los instrumentos internacionales de derechos humanos y la pregunta por responder sería: si el matrimonio es una institución de derechos humanos, de manera que si lo es, no se trata entonces de un privilegio para los heterosexuales, negar ese derecho a los homosexuales es negar su condición de humanos.

<sup>164</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

<sup>165</sup> El artículo 83 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, faculta a apersonarse también a quienes tengan un interés legítimo en el asunto como coadyuvantes.

El punto antes mencionado nos remite nuevamente al informe que diera según la resolución de la Sala Constitucional, la Procuraduría General de la República:

*"... se podría argumentar que la concepción del Derecho de la Constitución en relación con el matrimonio, la cual se expresa en la norma impugnada, vulnera los derechos que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos le reconocen a las minorías, sin embargo, debe tenerse presente que de ninguna manera se le puede dar supremacía al instrumento internacional en contra de lo que dispone un precepto legal (norma eco) que, en forma clara y expresa, constituye un desarrollo de una concepción muy concreta del Derecho de la Constitución."<sup>166</sup>*

Sin embargo, la supraconstitucionalidad de las normas de Derechos Humanos es por todos entendida, al menos por estudiosos del Derecho Constitucional. La propia Sala Constitucional ha dicho que "los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93)."<sup>167</sup>

Igualmente en esa vista comparecieron diferentes coadyuvantes pasivos. Don Jorge Fischer, insistió en que el desarrollo constitucional de Costa Rica está inspirado en principios cristianos desde la primera Carta Fundamental promulgada en 1821, razón que imposibilita aceptar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Asimismo la Licenciada Alejandra Loría, como coadyuvante pasiva, expuso su criterio sobre la unión de un hombre y una mujer de acuerdo a la doctrina cristiana, como forma de mantener la especie y el auxilio de los progenitores a sus hijos.

*"El artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que en los quince días posteriores a la primera publicación del aviso a que alude el párrafo segundo del artículo 81, las partes que figuren con asuntos pendientes a la fecha de interposición de la acción, o aquellos que cuenten con un interés legítimo en la definición del objeto en disputa, podrán apersonarse para coadyuvar con cualquiera de las dos posiciones objeto de la discusión, en el caso de las acciones de inconstitucionalidad, básicamente el coadyuvante acude a defender la pretensión anulatoria del actor o a respaldar la validez del acto impugnado."<sup>168</sup>*

Los Licenciados Farid Beirute y Fernando Castillo, estuvieron como representantes de la Procuraduría General de la República y explicaron su posición técnica y señalaron que la

<sup>166</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

<sup>167</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 2313 de las dieciséis horas dieciocho minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

<sup>168</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

Constitución Política recoge un concepto de matrimonio específico que es heterosexual y monogámico. Además afirmaron que permitir en el país el matrimonio entre homosexuales no es competencia de la Sala Constitucional sino del legislador constituyente pues de lo contrario es variar el espíritu de la Carta Magna.<sup>169</sup>

Es también en ese mismo año 2003, cuando una tesis, ya mencionada como de relevante importancia para complemento de esta investigación, aborda por primera vez el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo, básicamente lo hace relacionándolo con la unión de hecho, específicamente, para justificar que la protección constitucional de los cónyuges es la misma que se debe aplicar a los convivientes en unión de hecho, y se refiere nuevamente al tema del matrimonio al explicar brevemente que se estaba presentando una acción de inconstitucionalidad impulsada por un abogado y que como era de esperarse estaba generando una gran polémica sobre el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo, la misma polémica que se mantiene hoy en día.

Es de imaginar que la razón para que el Licenciado Luis Guillermo Murillo Rodríguez, autor de esa tesis denominada "La tutela jurídica a las parejas formadas por personas del mismo sexo: uniones estables homoafectivas", apenas abordara el tema en su publicación, ha de ser que dicha acción de inconstitucionalidad fue presentada sólo unos meses antes de que él terminara su proyecto de graduación, el cual como se dijo antes, es un trabajo valiente y muy completo sobre las relaciones de parejas compuestas por personas del mismo sexo, que desarrolla una serie de temas base para cualquier interesado en adentrarse en él y que por las implicaciones morales que conlleva es tan controversial en nuestra sociedad.

En cuanto al matrimonio entre personas del mismo sexo, el tema se trató exhaustivamente, en un análisis sobre la constitucionalidad del artículo 14, inciso 6, del Código de Familia, de otra tesis realizada el año pasado, titulada "Estudio sobre la Inconstitucionalidad de la Prohibición del Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo", y que fue elaborada por las estudiantes, Mónica Hernández Leiva y Carmen Laura Valverde Phillips quienes con ella pretendían:

*"... demostrar que la prohibición contenida en el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia de Costa Rica es inconstitucional, pues a la luz de nuestra Constitución Política, así como de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que han sido ratificados por nuestro país, dicha prohibición es violatoria de los derechos fundamentales de los que gozan todas las personas, principalmente el derecho humano a la igualdad y al matrimonio."<sup>170</sup>*

---

<sup>169</sup> Al respecto véase el Expediente N° 03-008127-0007 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>170</sup> HERNÁNDEZ LEIVA, Mónica y VALVERDE PHILLIPS, Carmen Laura. *Op. cit.*, p. 9.

Evidentemente la hipótesis del trabajo de graduación antes mencionado, está muy relacionada con la acción de inconstitucionalidad presentada por el abogado Castrillo Fernández el 29 de julio del 2003, ya que en ambos casos se hace referencia a la misma norma contenida en el Código de Familia sobre el impedimento para casarse que tienen los homosexuales.

## **II. Posiciones de los Magistrados**

Finalmente, con la resolución número 7262 de las catorce horas y cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis con un voto de mayoría la Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad sin lugar.

La mayoría de los magistrados: Luis Fernando Solano Carrera, Luis Paulino Mora Mora, Ana Virginia Calzada Miranda, Gilbert Armijo Sancho y Fernando Cruz Castro concluyeron que la imposibilidad legal para que personas del mismo sexo contraigan matrimonio, no lesiona el principio señalado en el artículo 28, ni el contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, ya que las parejas heterosexuales no están en la misma situación que las parejas homosexuales, por lo que no procede la aplicación de la normativa desarrollada para el matrimonio, en los términos en que está actualmente concebido en nuestro ordenamiento constitucional.

Básicamente esa posición sobre la no lesión a los principios de igualdad y de libertad son los temas desplegados en la sentencia que aquí se comenta, ya que igualmente son centrales en la acción planteada. Lo que hacen los señores Magistrados es un desarrollo de ambos principios y su aplicación para justificar la decisión esbozada en la sentencia.

El magistrado Fernando Cruz Castro a pesar de reafirmar su voto, realizó una nota aparte en la que hace una reseña histórica del matrimonio, que llama a meditar en las implicaciones que tiene el uso de esta institución como la ideal para absorber las relaciones de parejas del mismo sexo.

Dos magistrados salvaron su voto, adelante nos referiremos específicamente a ambos votos, al de don Ernesto Jinesta Lobo quien declaró con lugar la acción, admitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, con la salvedad de algunos efectos jurídicos, tales como la adopción de menores de edad y la patria potestad compartida de estos; y al de don Adrián Vargas Benavides quien declaró con lugar la acción con sus consecuencias. Sin embargo aclaramos que para comodidad del lector y con el propósito de poder hacer comparaciones, se irán introduciendo sus posiciones a lo largo de la explicación de la posición de la mayoría.



## 1. Voto de Mayoría

El Considerando, redactado por la Magistrada Calzada Miranda inicia con un análisis de la procedencia etimológica de la palabra “matrimonio”, además transcribieron la definiciones que este instituto brinda la Real Academia Española, la que hiciera Modestino en Roma, la de Alberto Brenes Córdoba, la que hace la sociología y hasta se refieren al análisis que de esa institución ha hecho la antropología:

*“... cuando la antropología efectúa un análisis relativo al ámbito del matrimonio a través de la historia humana y la experiencia hasta el presente, uno de los puntos principales que concluye es que el matrimonio y la familia siempre han tenido una proposición heterosexual en todas las civilizaciones humanas.”<sup>171</sup>*

Y es que la antropología explica un experto en el campo, ha considerado como una trinidad sucesiva el nacimiento, el matrimonio y la muerte en el centro del curso de la vida del ser humano.

*“In one respect, however, contemporary anthropologists have shown solidarity with their immediate predecessors in presuming that birth, marriage, and death constitute a serial trinity at the center of the human life course. And, with very few exceptions, they have analyzed marriage only in its relation to birth or life despite the nearly universal cross-cultural associations between marriage and death.”<sup>172</sup>*

El artículo citado es muy interesante porque además de esbozar el tratamiento del matrimonio como un derecho humano, nos refiere al tratamiento del análisis de esa institución, siempre relacionado, con algunas excepciones, al nacimiento o la vida y no con la muerte, a pesar de la costumbre de presentarse como antítesis de ésta, es decir como escape de asuntos relacionados con la muerte, y nos enseña como se ha utilizado al matrimonio para evitar asuntos relacionados más bien a la muerte, o sea, siempre como figura para evitar el caos, la soledad, el celibato, y hasta el SIDA en nuestra época.

Continuando con el voto de la mayoría, lógicamente el abordaje que hacen los magistrados, no sorprende; cualquier análisis concienzudo de temas jurídicos se inicia de esa manera, definiendo el instituto que se cuestiona o comenta, así se inició esta investigación, y es el formato que se observa en la mayoría de trabajos de exploración. Claro está que lo que buscaban los magistrados es fundamentar la noción de pareja de hombre y mujer como base del matrimonio.

---

<sup>171</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

<sup>172</sup> BORNEMAN, John. Until Death Do Us Part: Marriage/Death in Anthropological Discourse. *American Ethnologist*, Vol. 23, N° 2: 215-235, mayo, 1996. American Anthropological Association. Blackwell Publishing, p. 216.

Sin embargo, también es lógico pensar que a lo largo de la historia el matrimonio haya estado fundamentado en la unión de un hombre y una mujer, ya que si no fuera de esa manera, ni siquiera hubiese existido la familia, por una razón muy simple, no hay procreación donde no hay una unión de un hombre y una mujer, al menos en lo que a reproducción natural se refiere, sin olvidar que en ocasiones la realidad supera a la ficción.

Entonces, sin la unión de un hombre y una mujer no habría procreación y sin procreación no se hubiese desarrollado “la familia” de la forma como hasta hoy la conocemos. No obstante, la diversidad de la familia no se puede ignorar. ¿No estaremos llegando a tal avance o desarrollo de esa institución, de la misma manera que en cuestiones por ejemplo de comercio, hemos llegado a cuestiones otrora inimaginables? ¿No debería el desarrollo al que ha llegado la humanidad en materia de derechos humanos permitir que se reconozca las relaciones que las personas desean?

*“El artículo 51 constitucional determina que la familia es el elemento natural y fundamento de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección especial del Estado. De dicho artículo no se desprende cuál es la definición del concepto de familia de la cual se debe partir (...) Es claro que ya se encuentra superada la concepción de la familia basada sólo en la capacidad de procreación y de asistencia de los hijos, pues bajo ese supuesto tendría que entenderse que los matrimonios donde no existen hijos no pueden ser englobados dentro del concepto de familia. De igual forma, existen familias compuestas por abuelos, sobrinos, primos, tíos, e inclusive personas que no están unidas por un vínculo de parentesco, pero que han decidido llevar una convivencia común.”<sup>173</sup>*

Así, la columna vertebral de la resolución según se manifiesta, es entonces el concepto que se ha tenido hasta el momento del matrimonio, tomando en cuenta que este se considera base esencial de la familia, de esa forma lo impone al menos el voto de mayoría de la Sala Constitucional:

*“Aún cuando este Tribunal no desconoce que dos personas del mismo sexo están en posibilidad de mantener una relación sentimental -situación que nuestro ordenamiento jurídico no veda-, el término matrimonio -como concepto jurídico, antropológico y religioso- está reservado exclusivamente a la unión heterosexual monogámica, y así está desarrollado en toda la normativa referente a las relaciones familiares.”<sup>174</sup>*

No se puede ignorar el hecho de que esa forma de pensar está muy enraizada en nuestra conciencia social lo que conlleva a dificultar el abordaje del tema y permite hasta justificar la dificultad, para que una sociedad en su mayoría heterosexual, entienda la intención de casarse de los homosexuales.

---

<sup>173</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

<sup>174</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

*“Aún cuando resulta del todo respetable la opinión de algunos sectores de la sociedad costarricense que rechazan la posibilidad de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y entiendo la polémica y divergencia de criterios que un tema como éste puede ocasionar, considero que la dignidad e igualdad humanas no dependen del consenso social, pues se trata de valores inherentes a la condición humana, sin excepciones. La historia de la humanidad ha estado plagada de injusticias infligidas por mayorías a grupos disidentes o simplemente diversos. Basta mirar la historia de comunidades enteras que han sido oprimidas y discriminadas, y las consecuencias que ello ha ocasionado en la paz de los pueblos, para concluir que es hora de una apertura que permita la inserción completa e igualitaria de la minoría homosexual en la sociedad, con todos sus derechos y todas sus obligaciones.”<sup>175</sup>*

Los magistrados en su voto de mayoría aducen que “la mayoría de los antropólogos afirman que una familia homosexual no tiene precedentes dentro de la experiencia humana, y el desarrollo jurídico de la figura del matrimonio está sostenida sobre la estructura de una relación heterosexual.”<sup>176</sup>

Sin embargo, también hay antropólogos que han escrito acerca de la homosexualidad, y es de suponer además que si la sociedad siempre ha tenido una serie de tabúes acerca de este tema, probablemente las relaciones homosexuales, siempre habrán existido en la clandestinidad. Se preguntaba José Ramón Enríquez al comentar el libro de Xabier Lizárraga, titulado *Una Historia Sociocultural de la Homosexualidad*: “¿cómo no sentir miedo si estamos ante una historia de odios que desde hace milenios han entrado en las venas y en la médula de todas las víctimas?”<sup>177</sup>

*“Además, no debe dejarse de lado que la progresividad es una cualidad inherente a los derechos fundamentales, consagrada positivamente en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que ha sido reconocida por la Sala en varias oportunidades, por lo que resulta necesario interpretar las normas que reconocen derechos fundamentales en forma amplia y prospectiva, sin que en esta materia se permitan los retrocesos. En ese contexto, los derechos a la igualdad, a la libertad y a la posibilidad de formar una familia a partir de un vínculo matrimonial, deben ser reconocidos por igual a todas las personas, sin importar su orientación sexual.”<sup>178</sup>*

En cuanto al principio de igualdad la Sala Constitucional dice en la resolución:

*“...se puede afirmar que la norma impugnada no quebranta el principio de igualdad. En primer lugar, porque la realidad demuestra que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las parejas homosexuales; consecuentemente, el legislador se encuentra legitimado para dar, en estos casos, un trato diferenciador (...) En segundo término, la norma legal persigue un fin constitucional legítimo: proteger el tipo de matrimonio aceptado por el*

<sup>175</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

<sup>176</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

<sup>177</sup> ENRÍQUEZ, José Ramón, citado por LIZÁRRAGA CRUCHAGA, Xabier. *Una Historia Sociocultural de la Homosexualidad*. Tomado del blog de Movimiento Diversidad Sexual, en consulta del 2 de setiembre del 2008, de <http://librosigbth.blogspot.com/2005/01/una-historia-sociocultural-de-la.html>

<sup>178</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

*constituyente originario, sin que ello implique que los diferentes tipos de uniones nuevas de la sociedad moderna no puedan tener regulaciones jurídicas para organizar sus propias circunstancias.”<sup>179</sup>*

El magistrado Vargas ante esa afirmación de la mayoría sobre el principio de igualdad, nos presenta otra posición en el asunto:

*“...no existe ningún argumento jurídico legítimo que me permita justificar una diferencia de trato como la que hace la norma impugnada. Por el contrario, la sentencia no explica en forma alguna en qué radica esa diferencia, por lo que considero que hacer tal afirmación sin un respaldo jurídico que lo complementa, evidencia que en realidad no existen motivos de fondo más allá de los prejuicios sociales o convicciones ideológicas ajenas al orden jurídico para no permitir que una pareja del mismo sexo tenga la posibilidad de contraer matrimonio, tal y como lo puede hacer cualquier persona heterosexual. Tanto hombres como mujeres, jóvenes como adultos mayores, personas sanas o discapacitadas, de un origen étnico o de otro, son seres humanos, por lo que realizar una diferencia basada únicamente en sus preferencias sexuales, resulta a todas luces discriminatorio y contrario a la dignidad humana. Se trata de una medida irracional, desprovista de cualquier justificación objetiva y razonable.”<sup>180</sup>*

Además presenta la otra cara de la moneda al analizar la afectación al principio de igualdad y no discriminación contraria a la dignidad humana y nos dice que “debe tenerse en cuenta como premisa fundamental, que todo ser humano es digno en sí mismo y en consecuencia, es merecedor de respeto, sin importar su raza, religión, costumbres, orientación sexual, entre otros”.<sup>181</sup>

Y ejemplifica la inherencia de la dignidad a la condición de ser humano por su misma naturaleza y no por consenso social con el hecho de que aún cuando alguien está encerrado en un campo de concentración, es perseguido o se le trata de manera indigna, su valor como ser humano no se degrada.

*“La dignidad humana no puede violentarse a través de normas legales que no respeten el derecho inalienable que tiene cada persona a la diversidad, tal como sucede con la norma que se impugna en la presente acción, la cual establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva, pues se basa en criterios de orientación sexual, discriminando ilegítimamente a quienes tienen preferencias distintas de las de la mayoría, cuyos derechos o intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos.”<sup>182</sup>*

Llama la atención como a veces la jurisprudencia en nuestro país se contradice, y no es que se pretenda que toda sea consecuente, se sabe que nuestro Derecho se basa en el sistema civil y no

---

<sup>179</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

<sup>180</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

<sup>181</sup> *Ibíd.*

<sup>182</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

en el de "*Common Law*". Sin embargo, siempre es un desafío para el operador del Derecho aceptar la diferencia de posiciones entre un tribunal y otro; por suerte se creó la Sala Constitucional que ha venido a uniformar un tanto el Derecho costarricense, a pesar de que a veces eso perjudique la lógica jurídica, al evitar el análisis de muchos otros baluartes de la justicia.

Cuando analizábamos las causales de divorcio para compararlas con las causales de rescisión que presenta el proyecto de ley de unión civil, y a lo cual nos referiremos más adelante, encontramos en un código comentado y con jurisprudencia, una sentencia del año 1994 que resolvía en casación un asunto de divorcio en el que la mujer fue infiel con otra mujer y la discusión se centraba en si esa infidelidad se trataba de adulterio (causal de divorcio) o si se trataba de ofensas graves (causal de separación judicial).

La Sala Segunda explicaba que la doctrina presentaba dos posiciones, una que considera adulterio solamente el que se da con persona del sexo opuesto, y cita entre sus defensores a Cabanellas, Zannoni, Mateo Goldstein y Fernando Morduchowicz; la otra posición es la que sostiene una tesis más amplia que incluye las relaciones con personas del mismo sexo, en razón de considerar adulterio cualquier violación al deber de fidelidad reservado éste a la unión sexual y que apoyan por sus definiciones de adulterio Belluscio y Borda.

*"En nuestro criterio, debe entenderse que el adulterio es la relación amorosa con persona extraña al cónyuge, lo cual no conlleva necesariamente la cópula, sino que involucra otras conductas libidinosas que atentan de frente contra la exclusividad y la mutua lealtad entre los cónyuges. De conformidad con lo expuesto, este Tribunal considera que la relación de doña... es constitutiva de la causal de adulterio y no de la de ofensas graves, porque violó su deber de fidelidad."<sup>183</sup>*

Quisimos mencionar esta resolución para evidenciar que en ocasiones se trata a las parejas homosexuales como iguales a las heterosexuales, muy a pesar de la posición de la Sala Constitucional, que enfatiza que su situación no es de igual a igual.

Retomando el voto de mayoría, también se descartó el roce constitucional por no existir impedimento legal para la convivencia entre homosexuales y porque la prohibición contenida en la normativa cuestionada hace referencia específicamente a la institución del "matrimonio".

Aquí, vale la pena hacer notar el progreso que ha tenido el matrimonio en la sociedad, por ejemplo en cuestiones de discriminación racial: En 1958 en Estados Unidos, una mujer negra y un hombre blanco residentes de Virginia, se casaron conforme a la ley en el Distrito de Columbia. Al

---

<sup>183</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 372 de las quince horas veinte minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, citada por BENAVIDES SANTOS, Diego. *Op. cit.*, p. 205.

poco tiempo regresaron y se establecieron en Virginia, pero unos meses después fueron acusados y condenados a un año de prisión por violación a la prohibición de matrimonio interracial de su estado.

La sentencia les fue suspendida por un período de 25 años con la condición de que dejaran el Estado y no volvieran juntos a Virginia durante ese tiempo. El juez al razonar su actuación y justificar la prohibición, apoyó su decisión en la intención que había tenido Dios de que las razas no se mezclaran al colocarlas en continentes separados:

*“Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and He placed them on separate continents. And but for the interference with His arrangement there would be no cause for such marriages. The fact that He separated the races shows that He did not intend for the races to mix.”<sup>184</sup>*

Afortunadamente nuestros magistrados no han basado su resolución en la creación de Adán y Eva, aunque sí han hecho referencia al matrimonio reconocido por la Iglesia. Pero también parece evidente que tienen pleno conocimiento de la situación que viven los homosexuales en nuestro país.

Sin embargo, se han enfrascado en la circunstancia de que en Costa Rica no se prohíbe las relaciones homosexuales, a pesar de que se sabe, tal y como se explicó en el capítulo sobre Derecho comparado, que la sodomía como delito se eliminó del Código Penal por un accidente legislativo.

Decía el español Antón Fernández, en una revista de antropología, cuando se refería al sentimiento de los homosexuales durante el proceso de aprobación de la ley para poder casarse en España que “negar el derecho a casarse y a formar una familia a los homosexuales no era para ellos defender la familia y el matrimonio, sino defender solamente una forma determinada de familia y matrimonio, sancionando el resto.”<sup>185</sup>

En este asunto, apoyamos la tesis de don Adrián Vargas que expone una posición contraria a la del voto de mayoría y dice considerar que al prohibirse el matrimonio entre personas del mismo sexo, el Estado se inmiscuye en la esfera inalienable de la libertad de cada persona.

*“...la potestad regulatoria del Estado no puede menoscabar el régimen de libertad de los individuos, por lo que ante cualquier medida restrictiva, debe sopesarse el perjuicio que genera en el titular de la libertad y el beneficio que la colectividad obtiene a partir de ello, para determinar si existe una justificación objetiva y razonable (...) con dicha prohibición se está produciendo un perjuicio evidente a las minorías homosexuales, sin que se esté protegiendo*

---

<sup>184</sup> Loving vs. Virginia. Jurisprudencia citada por RUBENSTEIN, William B. Cases and Materials on Sexual Orientation and the Law. Segunda Edición, West Publishing Co., Minnesota, Estados Unidos, 1997, p. 709.

<sup>185</sup> FERNÁNDEZ de ROTA, Antón. *Op. cit.*, p. 258.

*derechos de terceros o generando algún beneficio para la colectividad, toda vez que el vínculo matrimonial de las personas heterosexuales en nada se refuerza o se debilita por el hecho de que se permita a las personas del mismo sexo contraer matrimonio.”<sup>186</sup>*

Lo primordial de la resolución que planteó el voto de mayoría fue la necesidad de regulación que reflejan las uniones de hecho de personas homosexuales, y la obligación que designó a los legisladores de abarcarlas dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

*“A pesar de lo dicho en el considerando III de esta sentencia en cuanto a la naturaleza y evolución histórica del matrimonio (que permite llegar a la conclusión contraria a las pretensiones del accionante), esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello, se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario.”<sup>187</sup>*

Los magistrados recurren al término de “*lege ferenda*”<sup>188</sup> para decir que esa es la situación ante la que se encuentran las relaciones de parejas del mismo sexo, y excusan la circunstancia, al decir que así ocurre, pero no, por “omisión ilegítima del Estado”<sup>189</sup>.

*“Esto se indica, además, porque en la documentación que corre agregada en autos, y según lo expresado en la audiencia oral llevada a cabo durante la sustanciación de este proceso, algunos países han ido promulgando leyes (en sentido formal) que han dotado de un marco jurídico y ciertas formalidades a estas uniones, con el propósito de que tengan efectos jurídicos específicos en relación a las personas que las llevan a cabo. Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales.”<sup>190</sup>*

El párrafo anterior tendrá especial importancia más adelante, cuando se exponga el Proyecto de Ley N° 16.399, sobre las Uniones Civiles de personas del mismo sexo, ya que la anterior fue una de las razones esbozadas al presentarse el proyecto.

---

<sup>186</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

<sup>187</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

<sup>188</sup> Término que según el Diccionario de Latín Jurídico, de Valleta Ediciones SRL, en página 42, significa: “De acuerdo con la ley que debe dictarse”.

<sup>189</sup> Así indicado textualmente en la sentencia en cuestión, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

<sup>190</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

El magistrado Fernando Cruz Castro hizo una nota aparte que inicia asegurando coincidir con el criterio de la mayoría, sin embargo manifiesta su deseo de destacar algunos de sus puntos de vista.

Explica entonces el origen del matrimonio, su concepción durante las revoluciones norteamericana y francesa, como institución que requería las diferencias de sexo en los cónyuges, y recalca que dicho concepto precede el surgimiento de los derechos fundamentales. Apunta el origen de esa concepción a una perspectiva ética religiosa pero también a la necesidad de fungir como “poderoso instrumento de control de la sociedad patriarcal sobre la mujer.”<sup>191</sup>

“El matrimonio suponía la existencia de una persona que se sometía a la voluntad y el control de la otra, en este caso, las mujeres debían acatar la voluntad del marido.”<sup>192</sup> Reforzando esa posición, don Fernando hace un recorrido a través de la historia del papel de la mujer en el matrimonio, de la misma forma que se hizo en esta investigación en el capítulo referente a la familia, porque no cabe duda que la evolución que ha tenido la sociedad en cuanto a la discriminación de la mujer sienta un excelente precedente de los cambios en la convivencia de las personas. Pero más bien, ese abordaje refleja la forma como el Derecho se va adecuando conforme evoluciona la sociedad a las diferentes concepciones del matrimonio.

Por ejemplo, dice don Fernando que “no es casual que hace quince años se admitía en muchos países, que la mujer podía ser sometida sexualmente mediante violencia por su marido, sin que cometiera el delito de violación.”<sup>193</sup> Sin embargo, pareciera que más bien esa posición sirve de justificación, para hacer notar la necesidad de que el Derecho alcance las relaciones sociales y propicie así un convivio más equitativo y justo de la humanidad.

Don Fernando además niega que el matrimonio sea un derecho fundamental:

*“La historia de la institución matrimonial demuestra poca compatibilidad con los derechos fundamentales; se ha tenido que hacer un gran esfuerzo, que todavía no ha concluido, para que el matrimonio sea compatible con las libertades fundamentales. No ha sido una institución que haya propiciado la dignidad y la autonomía de las mujeres; su historia es constitucionalmente impresentable, por esta razón estimo que el matrimonio no es un derecho humano fundamental.”<sup>194</sup>*

---

<sup>191</sup> CRUZ CASTRO, Fernando. Nota del Magistrado en resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

<sup>192</sup> *Ibid.*

<sup>193</sup> CRUZ CASTRO, Fernando. *Op. cit.*

<sup>194</sup> *Ibid.*



Sin embargo, la propia Sala Constitucional en sus votos 3693-94 y 7521-01, ambos resoluciones de consulta, la primera legislativa y la segunda judicial, ha dicho lo contrario:

*“Además, es también entendido que existe un derecho fundamental de las personas a contraer matrimonio, que se consagra tanto en el artículo 52 Constitucional, como en los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), sin que ello obste para que, en ejercicio de la libertad individual, las personas opten por fundar una familia sin cumplir con las formalidades del matrimonio.”<sup>195</sup>*

Asimismo, muchos consideran el matrimonio un derecho fundamental, notorio en nuestro ordenamiento –como dice la resolución anterior– por la estrecha relación con la familia, evidenciada en el artículo 52 de la Constitución Política que lo establece como la base esencial de ésta, pero también manifiesto en otras latitudes.

*“Since World War II, “marriage,” defined as the “right to found a family,” has become global ideology and is explicitly protected in the constitutions of most countries throughout the world. The relentless debate about “families” in both anthropology and popular culture tends to disguise what is actually at stake: social and legal recognition and protection of marriage. In the United States, for instance, marriage is often claimed as a universal human right, more basic to “life, liberty, and the pursuit of happiness” than meeting other human needs, such as, for example, the need to eat, work, or love. Indeed, marriage today is one of the few positive rights that has attained nearly universal consensus.”<sup>196</sup>*

Además, es necesario agregar que también existen otros derechos fundamentales que todavía requieren de esfuerzo para ser compatibles con las libertades fundamentales, pero eso no quiere decir que dejen de ser derechos fundamentales, si el matrimonio se establece como un derecho por una serie de instrumentos internacionales pertinentes a los derechos humanos, ¿no hace esa única razón un derecho fundamental? Y si se considera derecho fundamental para parejas heterosexuales, ¿por qué no para homosexuales?

Continúa don Fernando su opinión refiriéndose nuevamente a la inexistencia de impedimento para que se establezcan relaciones afectivas homosexuales y pareciera además apoyar la utilización de la unión de hecho como figura alterna para éstas.

*“El reconocimiento constitucional del matrimonio que contiene el artículo cincuenta y dos, responde a una tradición socio-cultural que tiene poca relación con la historia política de la libertad. Esta es la razón por la que se reconoció la unión de hecho, como una manifestación alternativa de la forma en que las personas consideran que deben expresar su afecto, sin necesidad que exista una intervención estatal. Los efectos de las uniones sí tienen*

---

<sup>195</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 3693 de las nueve horas dieciocho minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y cuatro

<sup>196</sup> BORNEMAN, John. *Op. cit.*, p. 216.

*trascendencia constitucional respecto de la descendencia, los bienes y la ayuda económica solidaria. Empero, respecto a la legitimidad y pertinencia de una relación afectiva entre dos personas, la intervención del Estado no es determinante ni constitucionalmente trascendente. Si se impidiera la convivencia de ciudadanos del mismo sexo o se criminalizara la homosexualidad, sí se estarían conculcando derechos tan importantes como la intimidad y la dignidad.”<sup>197</sup>*

Seguidamente hace don Fernando una recriminación a la intolerancia de nuestra sociedad, cruel ante lo diferente y hace una transcripción de una obra de Oscar Wilde –que cae como brisa fresca en la larga sentencia, y hasta provoca complacencia al compartirnos su gusto por el autor irlandés–, que utiliza para reforzar su posición en cuanto a la responsabilidad de los legisladores de resolver la laguna jurídica existente en la materia.

*“La jurisdicción constitucional abre espacios de libertad y puede ampliar, en algunas ocasiones, el contenido y alcance de los valores democráticos, pero en este caso, el activismo judicial no puede exceder una clara y definida tradición socio-histórica que ha determinado que el matrimonio es una institución aplicable a los heterosexuales. Esta autocontención de la jurisdicción constitucional no excluye, de ninguna manera, la actividad del parlamento, como expresión directa de la voluntad popular, para que adopte las medidas que estime pertinentes a favor de las personas del mismo sexo que conviven en una unión estable y que enfrentan imprecisiones normativas respecto de los bienes en común o el auxilio que debe brindar la seguridad social y otras instancias de vocación solidaria, cuando fallece alguno de sus integrantes o se produce la ruptura.”<sup>198</sup>*

## 2. Votos Salvados

Como se ha venido exponiendo a lo largo del capítulo, se dieron en esta sentencia dos votos salvados. Quisimos ir complementando algunas posiciones del voto de mayoría con las disidencias que presentaban los magistrados que salvaron su voto, con la intención de brindar al lector las contraposiciones de una forma que facilitara la comparación entre ambas posturas, sin embargo a continuación realizaremos un breve esbozo de las justificaciones que hizo cada uno de los magistrados que salvaron su voto.

Quizás la posición en cuanto al matrimonio entre personas del mismo sexo se refiere que más complace los fines de esta investigación, es la que redacta en el voto salvado don Adrián Vargas Benavides, quien por considerar “contrario a las normas y principios que informan nuestra Constitución Política, así como de Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos

---

<sup>197</sup> CRUZ CASTRO, Fernando. *Op. cit.*

<sup>198</sup> *Ibid.*

ratificados por nuestro país”<sup>199</sup> el impedimento de casarse entre personas del mismo sexo, declara con lugar con todas sus consecuencias la acción de inconstitucionalidad.

*“Considero indispensable tomar como punto de partida la diferencia que existe entre el matrimonio desde la óptica religiosa y el matrimonio como acto jurídico reconocido por el Estado como institución base de la familia”.*<sup>200</sup>

Básicamente nos recuerda el magistrado Vargas en su voto salvado la necesidad de separar el ordenamiento jurídico de las reglas seguidas por muchos de nosotros –nótese que así se incluye el magistrado al exponer su punto–, que implanta la Iglesia, y como ejemplo de esa disidencia expone el caso del matrimonio civil, que por diferentes necesidades se ha utilizado en nuestro país para resolver las situaciones de personas que no profesan el catolicismo, pero que como cualquier pareja requieren amparar su unión. Por supuesto, también recurre al divorcio para reforzar su posición diciendo que “la Iglesia no reconoce el divorcio, más bien lo censura. Ello no ocurre frente al Estado”.

Hace un recorrido por la historia de la secularización en Costa Rica, para afianzar la idea de la necesidad de separar el ámbito religioso del legal. Tal y como hace siglos lo hacía ese personaje tan mal querido por muchos, Maquiavelo, quien en su genialidad, ante la anarquía y la erosión de las instituciones tradicionales como la iglesia, recurre al tema del orden y detecta dos sistemas paralelos de principios morales.

Maquiavelo nos explica que no es cierto que aplicando la moral cristiana vayamos a lograr un éxito de modelo ideal y apela al adjetivo “ideal” porque dice que siempre nos preguntamos cómo debería ser el ser humano, y no, cómo es. La política según ese autor, no debería construir instituciones sobre la base de lo que los hombres deberían ser, sino sobre la base de lo que son. Para Maquiavelo debemos resignarnos a que la moral pagana coexista con la moral cristiana.<sup>201</sup>

Claramente don Adrián realiza una separación de Iglesia y Estado en aras de ajustar nuestro ordenamiento jurídico a la realidad que vivimos, y a la vez defiende la figura que ha representado la Sala Constitucional en Costa Rica desde su creación:

*“No puedo negar que la norma del Código de Familia que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo fue emitida en un contexto donde la Iglesia Católica tenía una fuerte*

---

<sup>199</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> Comentario relacionado al Libro El Príncipe, utilizado por una gran diversidad de educadores, desde profesores de Teoría del Estado, como en nuestro caso lo expuso don Kevin Casas en sus lecciones en esta facultad, hasta los profesores de Administración, materia en que frecuentemente se recurre a dicho texto para ilustrar temas de gerencia.

*influencia, que trascendía incluso al ámbito temporal, así como tampoco desconozco que el Constituyente de 1949 al hablar del matrimonio tuvo en su mente el matrimonio "heterosexual y monogámico", tal como lo señala el voto de mayoría. Sin embargo, no puedo compartir que el método de interpretación histórico que utiliza la mayoría de la Sala para fundamentar sus argumentos, sea aplicable en este caso en menoscabo de los derechos de la minoría homosexual, así como de una adecuada interpretación de las normas de la Ley Fundamental, acordes con su carácter de norma general y suprema."*<sup>202</sup>

Y es que precisamente en cuanto a ese tema es que se dirigen las críticas que sobre esa institución hacen algunos concedores, ya que muchas veces no hay consecuencia entre lo que piensan los magistrados, era la voluntad del constituyente originario.

Don Adrián, como es de suponer desarrolla el concepto de familia aduciendo una amplitud y complejidad en la actualidad, apuntando que "se trata más bien de proteger la convivencia ligada por lazos emocionales conjuntos"<sup>203</sup> y agrega que "no puede negarse que las parejas homosexuales que tienen una relación permanente y estable se engloben dentro del concepto de familia."<sup>204</sup>

Lo anterior sirve como fundamento a su postura, contraria a la negación de la posibilidad de casarse a las parejas homosexuales, considerando que el artículo 52 de la Constitución Política reconoce el matrimonio como base esencial de la familia. Y también apunta a esa institución como un derecho fundamental:

*"... Tampoco puede negarse que el matrimonio en sí mismo es un derecho fundamental, y la propia Sala así lo ha reconocido a partir de lo dispuesto en el artículo 52 Constitucional y en los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) Si el matrimonio es un derecho fundamental, es inherente a la propia condición humana sin importar la orientación sexual de la persona (...) Por lo anterior, no comparto el criterio de la mayoría de la Sala ni de la Procuraduría General de la República, en el sentido de que la protección a las parejas homosexuales es materia que debe ser reservada al legislador. Esto no es más que negar la importancia de los principios y derechos constitucionales que están en juego en este caso, además de desconocer el plano de igualdad en que se encuentran las parejas homosexuales con relación a las demás."*<sup>205</sup>

También, en base al artículo 52 constitucional se opone el magistrado Vargas a la utilización de otras figuras del derecho para regular las uniones homosexuales, que dice lejos de mejorar las relaciones sociales, acrecientan la discriminación y la homofobia, ya que considera que el matrimonio es la institución reconocida por el Estado para proteger la familia, y concordante con

---

<sup>202</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

<sup>203</sup> *Ibíd.*

<sup>204</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

<sup>205</sup> *Ibíd.*

nuestra posición a lo largo de este trabajo, incluye dentro de ese concepto a las parejas homosexuales que deciden formar una.

*“La Sala ha reconocido que para que un acto limitativo de derechos sea razonable debe cumplir una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional (...) la prohibición establecida en perjuicio de las parejas homosexuales para contraer matrimonio ni siquiera es necesaria, pues con ella no se está protegiendo ningún bien jurídico superior, pues como ya indiqué, la norma en nada incide sobre la esfera de derechos de las parejas heterosexuales al no reforzar ni debilitar su vínculo. No beneficia el orden público ni contribuye en nada a mejorar las condiciones de las demás personas (...) tampoco puede considerarse que sea idónea y proporcional al fin que se pretende conseguir, el cual no es más que continuar marginando a las parejas del mismo sexo al negárseles la posibilidad de contraer matrimonio.”*

Brinda ejemplos de la dinámica familiar de hoy en día, y apunta al hecho de que en la actualidad muchos hogares están sostenidos por jefas de hogar y rememora el caso en el que el Tribunal de Familia otorgó custodia de un menor a un travesti.

*“El pasado 24 de setiembre, la jueza de familia Milagro Rojas resolvió a favor de la declaratoria de abandono del menor y dejó a Mairena como depositario judicial (...) Así lo resolvió Rojas tras determinar que los padres biológicos del niño incumplen los derechos y deberes de la patria potestad (...) ‘Don Luis Gerardo ha asumido el niño como si fuera su hijo y le ha solventado las necesidades físicas, materiales, afectivas y espirituales’, señaló Rojas.”<sup>206</sup>*

Señala don Adrián, que además de violentarse la Constitución Política al prohibir contraer matrimonio a personas del mismo sexo, se contrarían también varios instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y hace un recorrido por cada uno de ellos, en su mayoría abarcados en esta investigación en el primer capítulo cuando nos referimos a la protección de la familia: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aduce que ninguno de dichos textos restringe directamente el matrimonio por razones de orientación sexual y que a pesar de que siempre se hace referencia a “hombre y mujer”, no se obliga a que esa unión sea entre un hombre y una mujer.

*“Por el contrario, debe interpretarse a la luz del principio de igualdad, que el matrimonio es un derecho consustancial a hombres y mujeres, pero no únicamente para ser ejercido por parte de parejas compuestas por personas de distinto sexo. Esto debe ser así, en virtud del principio pro homine y pro libertate, que obligan siempre a interpretar las normas relativas a derechos fundamentales, a favor de la persona.”<sup>207</sup>*

<sup>206</sup> CARBALLO, José Ricardo [josecarballo@aldia.co.cr]. Fallo causa polémica. Resolución que dio custodia de menor a travesti. Nacionales. Periódico Al Día del 4 de octubre del año 2004. En consulta del 02 de setiembre del 2008 de [http://www.aldia.cr/ad\\_ee/2004/octubre/04/nacionales1.html](http://www.aldia.cr/ad_ee/2004/octubre/04/nacionales1.html)

<sup>207</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

Invita asimismo a la actualización en cuanto a la protección de este tipo de uniones, al describir la tendencia tanto de la mayoría de los magistrados que rechazaron la acción, como de la Procuraduría General de la República de citar resoluciones en el Derecho comparado de varios años atrás e ignorar algunas más recientes; y apunta tal y como lo hicimos nosotros en el capítulo anterior, al hecho de que si bien es pretensioso compararse con países europeos, deberíamos al menos tomarlos como ejemplo, ya que están tan desarrollados en este campo como en otros –como el comercial y el tecnológico– que siempre anhelamos imitar, y remite así, a una serie de herramientas internacionales de la materia que abarcan las protecciones esbozadas en “Otras Clasificaciones” en el capítulo segundo de este trabajo que abordó el tema en el Derecho Comparado.

Si quisiéramos resumir lo plasmado en el voto salvado del magistrado Adrián Vargas, se podría hacer en un párrafo que él mismo redactó:

*“Es indudable que nadie puede realizarse como ser humano si no se respeta su ámbito de libertad, que comprende también su derecho a la libre orientación sexual, por lo que el Estado no debe ni puede intervenir en un aspecto tan íntimo como lo que cada persona decida o prefiera hacer en ejercicio de esa libertad.”*

Don Ernesto Jinesta Lobo, igualmente votó en contra de la mayoría, sin embargo hizo la salvedad en lo relacionado a los efectos jurídicos de la adopción de menores de edad y la patria potestad compartida de los menores.

Las razones que plantea para justificar su aceptación a la inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo se basa en la necesidad de normas jurídicas variables y mutables que puedan ser aplicadas a la dinámica realidad histórica, económica y social.

*“Cuando de interpretar una norma jurídica se trata, el intérprete no puede utilizar uno solo de los instrumentos indicados, por no tener un carácter excluyente, sino que los mismos son diversos momentos o estadios imprescindibles del entero y trascendente acto interpretativo.”<sup>208</sup>*

Afirma también que el constituyente originario concibió de manera visionaria y adaptable el precepto constitucional del artículo 52 de nuestra constitución, que refiere al matrimonio como la base esencial de la familia y que promueve la igualdad en los derechos de los cónyuges. Señala que

---

<sup>208</sup> JINESTA LOBO, Ernesto. *Op. cit.*

el concepto no establece exclusividad para las parejas heterosexuales, por lo que no se “limita los contornos de la institución a una unión ente un hombre y una mujer.”<sup>209</sup>

Además, agrega que el considerar el matrimonio como base esencial de la familia imposibilita excluir de esa institución a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, ya que igualmente éstas deben contar “con un modelo jurídico de convivencia que sirva de marco para regular ciertas consecuencias jurídicas y patrimoniales.”<sup>210</sup> Y refuerza su voto con referencias a instrumentos internacionales que protegen el derecho de las personas de contraer matrimonio.

Se refiere a la dignidad de las personas con “orientación sexual diferente a la social y culturalmente común”<sup>211</sup>, diciendo que igualmente poseen una serie de derechos fundamentales inherentes a su condición de seres humanos.

*“Es a partir del reconocimiento de la dignidad intrínseca al ser humano que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y las Constituciones internas le otorgan una serie de libertades y derechos indiscutibles y universalmente aceptados (...) Tales mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la propia norma fundamental imponen el respeto y reconocimiento de la dignidad intrínseca de las personas que tienen una orientación sexual particular y que desean tener un modelo jurídico determinado de regulación de su convivencia, como el matrimonio, con otras parejas del mismo sexo.”<sup>212</sup>*

Acusa de discriminatorio el impedimento planteado en el inciso sexto del artículo 14 del Código de Familia, por no existir un motivo objetivo y razonable para su existencia, ya que el objeto fundamental del matrimonio es la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio, fines iguales a los que persiguen al unirse en pareja dos personas del mismo sexo.

*“Adicionalmente, el entero ordenamiento jurídico interno, resulta desde una perspectiva sistemática y general, discriminatorio, en cuanto no le ofrece a las parejas del mismo sexo otra alternativa de convivencia, condenándolas a tener una existencia fáctica sin regulación normativa alguna y, por consiguiente, dejando sus efectos y consecuencias en un limbo jurídico con la correlativa y manifiesta inseguridad jurídica que acarrea esa laguna normativa.”<sup>213</sup>*

Recuerda el derecho que tiene todo ser humano de autodeterminarse con la finalidad de alcanzar la felicidad, siempre que no afecte a terceros y enfoca la orientación sexual como parte del libre desarrollo de la personalidad y apunta al Estado como el responsable de procurar su respeto y estímulo.

---

<sup>209</sup> *Ibíd.*

<sup>210</sup> JINESTA LOBO, Ernesto. *Op. cit.*

<sup>211</sup> *Ibíd.*

<sup>212</sup> JINESTA LOBO, Ernesto. *Op. cit.*

<sup>213</sup> *Ibíd.*

*“Si un ser humano obtiene felicidad y desarrollo pleno manteniendo una relación de pareja con una persona del mismo sexo tanto los entes públicos como el resto de la colectividad deben respetar y tolerar esa opción libre de autodeterminación o de desarrollo de la personalidad y, desde luego, lo que es más importante, ofrecer soluciones y alternativas jurídicas para regular y normar esas situaciones evitando la inercia en su abordaje en virtud de una serie de prejuicios históricos, sociales y religiosos.”<sup>214</sup>*

La salvedad en cuanto a los efectos jurídicos de la adopción de menores y la patria potestad compartida de estos, que hace el Magistrado Jinema Lobo la fundamentó en instrumentos jurídicos que disponen sobre el interés superior del niño como la Declaración de los Derechos del Niño, y la Convención sobre los Derechos del Niño y finalizó diciendo:

*“La presencia de la figura paterna y materna y de sus distintos roles, como derecho del niño en condiciones ordinarias, determina que ciertos efectos inherentes a la institución del matrimonio, no puedan ser reconocidos a las parejas de un mismo sexo que optan por ese modelo jurídico de convivencia, tales como la posibilidad de adoptar menores de edad o bien de compartir la patria potestad, en caso de disolución de un matrimonio heterosexual previo.”<sup>215</sup>*

Don Ernesto, no fue más allá de esa explicación y creemos que con su posición trató de mitigar las críticas de una sociedad ignorante, que a veces pareciera desconocer la diferencia entre homosexualidad y pedofilia, o que se olvida de la imposibilidad biológica de que los homosexuales nazcan fruto de relaciones homosexuales y tratan esa preferencia sexual como una enfermedad transmisible que podrían adquirir los adoptados de sus adoptantes.

Sin embargo aquí queremos resaltar lo que al respecto dijo don Adrián, no con la intención de menospreciar la posición de don Ernesto, que de más está decir fue valiente y bien argumentada, sino con la única intención de brindarle al lector otra posición en cuanto a un tema que consideramos se ubica en un campo muy diferente al que se discute en este trabajo y que nada tiene que ver con el reconocimiento que del vínculo familiar de las parejas homosexuales haga el ordenamiento:

*“Si bien no es el objeto de esta acción, estoy consciente de la puerta que se abre al aceptar el matrimonio de las parejas homosexuales en cuanto al tema de la adopción y guarda y crianza de menores, lo cual no considero sea un tema a discutir en esta sede, pues el otorgamiento de este derecho no operará de forma automática, sino que las parejas homosexuales –al igual que las heterosexuales– deberán reunir todos los demás requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para recibir un menor, y en consecuencia, debe demostrarse a través de informes psicosociales y estudios rigurosos la idoneidad o no de la pareja, lo cual obviamente escapa de*

---

<sup>214</sup> JINESTA LOBO, Ernesto. *Op. cit.*

<sup>215</sup> *Ibíd.*



*la materia constitucional y corresponde determinar a las instancias técnicas correspondientes.*<sup>216</sup>

Para concluir, es necesario aclarar que la razón por la que hemos analizado en lo que se pudo lo referente a la acción de inconstitucionalidad, su resolución y específicamente los votos salvados, es la necesidad de plantear los puntos de vista de nuestra sociedad, ya que hasta ahora se expusieron opiniones serias, pertinentes y fundamentadas de conocedores del Derecho, lo que permite vislumbrar el panorama completo en cuanto a la implementación de la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Cabe destacar que además creímos pertinente examinar la sentencia N° 7262 detalladamente, para comprender diferencias entre una posición y otra. Sobresale el hecho de que el voto de mayoría constaba de algunas páginas menos –incluyendo referencias a coadyuvancias y a otros temas formales–, que el voto salvado de don Adrián Vargas Benavides, la anterior aclaración valga para reforzar nuestra concordancia con lo expuesto por ese magistrado, como lógicamente se deduce del tratamiento realizado.

## **b) Proyectos de Ley**

Como se dijo al inicio de esta investigación, lo que se busca básicamente con este trabajo es reunir las innovaciones que se han presentado a nivel de nuestro ordenamiento jurídico en los últimos años, para proponer la ampliación de la figura de la unión de hecho como una solución rápida y un tanto más aceptable a los ojos de una sociedad resistente al cambio, especialmente en lo que a situaciones con acentos moralista y por ende religiosas respecta.

Es en razón de ese propósito que analizaremos de manera fundamental los diferentes Proyectos de Ley presentados por nuestros legisladores en los últimos años, y que no existían en el momento de realizarse el trabajo final de graduación que ya se ha mencionado del 2003 y que tampoco los abarcó la tesis del año pasado a la que ya hemos recurrido anteriormente.

La situación de las parejas conformadas por personas del mismo sexo ha sido abordado de alguna manera en diversos expedientes en las últimas composiciones de la Asamblea Legislativa, ya sea para apoyarlas tratando de brindarle una solución a la laguna jurídica que representan para el ordenamiento, o bien para discriminarlas aún más.

---

<sup>216</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

Como ejemplos podemos citar los proyectos de ley promovidos por los propios diputados para legitimar las relaciones homosexuales, números 16.182 y 16.390, el primero relacionado a la unión de hecho y que aunque no hace referencia específica a las parejas del mismo sexo, su implementación causaría un efecto en éstas, el segundo propone la unión civil complementada con la unión de hecho.

Además también existen otros proyectos que aunque no se refieran directamente a una figura que legitime la unión homosexual, pretenden mejorar la vida de los homosexuales.

*“Es evidente que existe una agenda muy bien orquestada: solamente en la Asamblea Legislativa hay cinco proyectos: el 16182 que reforma el Código de Familia, el 16390 de las uniones de hecho, el 16682 que reforma la Ley General de Salud, el 16970 Ley para la Prevención y Eliminación de la Discriminación y el 16978 que es modificación al Código Penal para castigar la discriminación por la orientación sexual.”<sup>217</sup>*

Pareciera que el escritor de la cita anteriormente mencionada confundió el número de proyecto 16.682, ya que ese número de expediente pertenece a un proyecto que nada tiene que ver con los homosexuales y que más bien busca modificar la ley 7600, referente a la igualdad de oportunidades para los discapacitados.<sup>218</sup>

Seguramente el número de expediente al que se refería es el 16.887 concerniente a adicionar un capítulo sobre derechos de salud sexual y salud reproductiva a la Ley General de Salud, y que ha sido el que repetidamente ha mencionado la iglesia al agrupar los proyectos que según esa institución perjudican la integridad de la familia.

También tenemos la otra cara de la moneda, que pretende limitar más el desarrollo social de los homosexuales, eso también se abordará en esta parte de nuestra investigación, como por ejemplo el promovido por el diputado Guyón Massey dirigido a prohibir la adopción a personas homosexuales, que hace gala de la más descarada discriminación propuesta en la Asamblea Legislativa, amén de su deseo de realizar un referéndum para decidir si se aprueba el proyecto de uniones civiles, arriba mencionada. Ambas acciones indudablemente afectarían las relaciones de parejas homosexuales.

*“El abogado Yashín Castrillo demandó penalmente al diputado Guyón Massey por discriminar a los homosexuales.”*

<sup>217</sup> GONZÁLEZ P. DE HARO, Luis. ¿Homofobia? Sección Foro de La Nación del 19 de setiembre del 2008. Consulta del 19 de setiembre del 2008, de [http://nacion.com/ln\\_ee/2008/septiembre/19/opinion1706788.html](http://nacion.com/ln_ee/2008/septiembre/19/opinion1706788.html)

<sup>218</sup> Véase la página en internet del diputado Oscar López, del PASE, quien propuso dicho proyecto en la Asamblea Legislativa, en [http://oscarlopez.net/cms/index.php?option=com\\_content&task=category&sectionid=5&id=18&Itemid=29](http://oscarlopez.net/cms/index.php?option=com_content&task=category&sectionid=5&id=18&Itemid=29)

*La denuncia por discriminación contra la población gay en Costa Rica es analizada por la Fiscalía General de la República.*

*En días pasados el diputado Massey, del Partido Restauración Nacional, recolectó firmas para demostrar su fuerte posición en contra del proyecto de unión gay.”<sup>219</sup>*

Hemos enfocado nuestra atención en los proyectos de ley que han presentado nuestros legisladores, ya que es muy probable que por medio de un análisis concienzudo de ellos se obtengan resultados que permitan encontrar una solución a la problemática que enfrentan hoy día las parejas homosexuales que deciden iniciar un proyecto de vida juntos en nuestro país, y que carecen de una figura jurídica que los regule.

## **I. Propuestas que benefician a los homosexuales**

Como adelantamos, en esta parte del trabajo nos referiremos a los proyectos de ley presentados a la Asamblea Legislativa, que según nuestra consideración, y no sólo la nuestra ya que en repetidas referencias utilizadas lo hemos notado también, son cinco, específicamente hemos encontrado ese desglose en opositores del reconocimiento de las uniones homoafectivas, así por ejemplo lo hizo el líder de la iglesia católica Monseñor Hugo Barrantes en una marcha por las familias, realizada en San José el 31 de agosto de este año 2008:

*“Quiero compartir con ustedes mi preocupación por algunos proyectos de ley que están en trámite en la Asamblea Legislativa. Hay aspectos en dichos proyectos que van contra la familia. Mi opinión al respecto no nace de una actitud discriminatoria. Lo hago como pastor y como maestro de la fe, iluminado por la Palabra de Dios. Considero que los cinco proyectos de ley van contra la dignidad y la existencia de la familia, tal como se entiende desde la fe cristiana y se refleja en nuestro ordenamiento jurídico”, indicó monseñor (...) Las posibles leyes son proyecto de ley **16182** que es una reforma al Código de Familia, ampliando las uniones de hecho, (...) el proyecto de ley **16390** que reforma el Código Civil y propone legalizar las uniones civiles entre personas del mismo sexo (...) el proyecto de ley **16687** que Reforma la Ley General de Salud, que incluye un capítulo de derechos sexuales y reproductivos (...) proyecto de ley **16970**, Ley para la Prevención y Eliminación de la Discriminación (...) Y el proyecto **16978** que modifica el Código Penal, aumentando las penas por discriminación sobre orientación sexual.”<sup>220</sup> (El resaltado en negrita es nuestro).*

De la misma forma que anteriormente se aclaró que el proyecto que reforma la Ley General de Salud no correspondía al número de expediente que citaba el escritor, debemos proceder en este caso, ya que el número que esboza Monseñor como perteneciente al proyecto de reforma de la Ley General de Salud, en realidad corresponde a una ley que autoriza a la Imprenta Nacional al cobro de

<sup>219</sup> BUJÁN, Nilsen. Abogado demanda a diputado Guyón Massey por discriminación. Adaptación Teletica.com del 26 de junio del 2008. Consulta del 19 de setiembre del 2008 de <http://www.teletica.com/noticia-detalle.php?id=24223&idp=1>

<sup>220</sup> HERRERA CASTRO, Luis Miguel. Iglesia crítica proyectos de ley que clasifica nocivos para la familia. Periódico La Prensa Libre del 1 de setiembre del 2008. Consulta del 22 de setiembre del 2008 de <http://www.prensalibre.co.cr/2008/setiembre/01/nacionales01.php>

un precio especial por el diseño e impresión de un libro inédito escrito por personas físicas.<sup>221</sup> El número de proyecto correcto sobre ese tema es el 16.887.

### **1. Proyecto de Ley 16.182 que promueve la unión de hecho**

Como nuestra posición desde un inicio esbozada es la de sugerir la ampliación del artículo 242 del Código de Familia para que abarque a las parejas homosexuales, y este proyecto implica algo muy parecido, trataremos este tema de forma superficial y apegándonos a la propuesta de los señores diputados, sin ahondar mucho en opiniones al respecto, ya que en el último capítulo de esta investigación se tratará la unión de hecho de manera amplia y exhaustiva para proponer la modificación de esa figura, de manera que abarque a las parejas homosexuales.

El proyecto en mención nos llamó mucho la atención, porque a pesar de que con lo que propone abarcaría a las parejas homosexuales, cuando se planteó en la Asamblea Legislativa no causó polémica, más bien hasta ahora que está en boga el de la unión civil de parejas del mismo sexo es que ha salido a la luz pública.

No sabemos si esa forma de planteamiento fue estrategia de los diputados, o mera coincidencia; sin embargo, dio gusto encontrarlo cuando apenas se iniciaba este largo proceso de investigación, ya que aborda el tema que nos interesa, es relativamente reciente y abarca la situación de la familia de hecho, importante de regular en cualquier época por su evidente relación con nuestro diario acontecer.

El reconocimiento de unión de hecho se incluyó en el Código de Familia hace menos de quince años, mediante la Ley N° 7532. Dicha ley lo que hizo fue reformar el código, introduciendo el Título VII, Capítulo Único, denominado “De la Unión de Hecho”, sin embargo, sin pretender restarle méritos, pareciera hoy en día conveniente realizar un estudio a fondo para conocer sobre la posibilidad de ampliar el alcance de dicho reconocimiento, a otro tipo de relaciones familiares que a pesar de no fundamentarse en un vínculo “entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio”<sup>222</sup>, forman sin duda alguna una familia.

El 10 de mayo del año 2006, se presentó en la Asamblea Legislativa el proyecto de ley número 16.182, que propone una modificación del artículo 242 del Código de Familia, para ampliar la unión de hecho a parejas formadas por personas del mismo sexo y que en este momento reza así:

---

<sup>221</sup> Al respecto puede observarse la página de la Asamblea Legislativa que incluye los Proyectos de Ley por número de Expediente en [http://www.asamblea.go.cr/proyecto/exp\\_16600.htm](http://www.asamblea.go.cr/proyecto/exp_16600.htm)

<sup>222</sup> Así lo establece el Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 242.

*"TITULO VII  
CAPITULO UNICO  
De la unión de hecho  
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."*<sup>223</sup>

El proyecto de ley lo que pretende es que se apruebe la ley que a continuación se transcribe:

*"ARTÍCULO ÚNICO.- Modifcarse el artículo 242 del Código de Familia, Ley N° 5476, de 21 de diciembre de 1973, adicionado por Ley N° 7532, de 8 de agosto de 1995, que se leerá de la siguiente manera:*

*"Artículo 242.- La unión de hecho nace espontáneamente del encuentro de dos voluntades que deciden vivir en comunidad. Implica la existencia de reciprocidad entre derechos y deberes, compromiso de solidaridad y apoyo mutuo.*

*Cualquier unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente."*<sup>224</sup>

En cuanto a la doctrina nacional, en lo que ha familia de hecho se refiere, ya desde antes, conocedores del derecho han abordado el tema en publicaciones ajenas a los trabajos de investigación que se han realizado para la Universidad de Costa Rica. Don Víctor Pérez Vargas y don Carlos Manavella Cavallero escribieron un artículo para la Revista IVSTITIA en abril del año 2000, el cual concluyeron diciendo:

*"A nuestro juicio, tres categorías de relaciones deben estar bien diferenciadas:*

- 1. El matrimonio tradicional: la unión matrimonial;*
- 2. La unión de hecho "cuasimatrimonial", que preferimos llamar "matrimonio de hecho", pues la misma Sala ha dicho que debe ajustarse a los parámetros del matrimonio; y*
- 3. La unión de hecho no matrimonial, categoría en la que se pueden ubicar las diversas formas de convivencia donde no se cumplen los presupuestos del matrimonio. Coincidimos con la Sala en cuanto a que si faltan dichos requisitos, la unión no es equiparable al matrimonio, pero, no hay duda que también en estas uniones debe imperar una distribución equitativa de los productos del esfuerzo común."*<sup>225</sup>

De la lectura de esa publicación se concluye que existen diversas familias de hecho que no están siendo protegidas por el ordenamiento costarricense, pareciera que el legislador se ha conformado únicamente con la unión de hecho, como sustituta del matrimonio. Sin embargo, dicha institución dista mucho de abarcar, las diferentes formas de familia que existen en nuestro país.

<sup>223</sup> Código de Familia. *Op cit.*, artículo 242.

<sup>224</sup> Proyecto de Ley 16.182. Modificación del artículo 242 del Código de Familia, Ley N° 5476, de 21 de diciembre de 1973 y sus reformas. Presentado a la Asamblea Legislativa el 10 de mayo del 2006, artículo único.

<sup>225</sup> PÉREZ VARGAS, Víctor y MANAVELLA CAVALLERO, Carlos. La "constitucionalidad" del artículo 246 del Código de Familia. Revista Ivstitia, año 14, N° 160, San José, Costa Rica, abril, 2000, p. 9.

Son variados los casos que la realidad presenta, y sin duda alguna habrá muchísimos ejemplos que se podrían brindar. Sin embargo, uno que se recibió en los Consultorios Jurídicos de esta facultad es el de la persona cuyo hermano o hermana con quien vivieron toda la vida murió y el patrimonio que durante toda su vida construyeron juntos les es arrebatado por sus sobrinos, quienes los lanzan a la calle y de repente no sólo tienen que enfrentar la pérdida de un ser querido, sino también la pérdida de su patrimonio.

En lo que a nosotros respecta, por el tema que aborda esta investigación, nos interesa la protección de las parejas formadas por personas del mismo sexo, mas queremos recalcar que esa clasificación no contempla toda la amplitud de la realidad y sabemos que lejos está de contener el resto de familias de hecho que nuestro ordenamiento tiene desprotegidas, sin embargo tenemos claro que cada uno de esos tipos de familia representaría un contenido muy amplio para tratar en este mismo trabajo y se prestaría para afrontar otros temas, como el del abandono, que requerirían de exclusiva atención, y es por esa razón que nos limitamos a las uniones de hecho de parejas homosexuales.

De una entrevista hecha a doña Gloria Valerín<sup>226</sup>, quien no sólo fue una de las diputadas que presentó el proyecto de ley 16.182, sino que además hoy día es la encargada de la Dirección Técnica de la Asamblea Legislativa. Se deduce que ese mismo enfoque que dieron don Víctor Pérez y Carlos Manavella, fue el que le pretendieron dar los diputados al proyecto presentado, es decir, quisieron abarcar el punto tres, antes citado: la unión no matrimonial, lo que comprendería también otro tipo de uniones además de las de parejas compuestas por personas del mismo sexo, como también se deduce del proyecto:

*“La sociedad costarricense está conformada por una amplia diversidad de grupos poblacionales con diferentes características sociales, culturales, económicas, políticas y el ser humano como especie tiene como característica su diversidad de colores, pensamientos, y relaciones.*

*El Derecho, por su parte, debe ajustarse a las nuevas realidades sociales. La presente Ley trata de dar una adecuada solución a la realidad innegable de la existencia de diverso tipo de relaciones de convivencia, estables y duraderas y que por lo tanto debe considerarse una realidad a la que los poderes públicos con capacidad normativa deben dar una respuesta convincente. La regulación normativa debe ser el mecanismo equilibrador e igualitario para aquellas personas que por medio del libre ejercicio de sus opciones de vida deciden fundar una familia.”<sup>227</sup>*

---

<sup>226</sup> Realizada el 22 de julio del 2008 en el Departamento de Servicios Técnico de la Asamblea Legislativa.

<sup>227</sup> AGUILAR MIRAMBELL, Teresita, et al. Proyecto de Ley 16.182. Modificación del artículo 242 del Código de Familia, Ley N° 5476, de 21 de diciembre de 1973 y sus reformas. Presentado a la Asamblea Legislativa el 10 de mayo del 2006.

Sin embargo no creemos prudente afirmar que los diputados tuvieran la intención directa de regular las relaciones de parejas homosexuales, a pesar de que el proyecto encabeza la página de internet del Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (en adelante CIPAC), organización costarricense no gubernamental sin fines de lucro enfocada en la población homosexual, pero no cabe duda que si una ley así se aprobara el efecto recaería también sobre este tipo de parejas.

*“Pero además, si las uniones de hecho se establecen por lazos afectivos, la cual se expresa indistintamente del sexo de las personas, entre amigos, entre amigas, entre padres e hijos, entre madres e hijas, entre abuelos y nietos, entre abuelas y nietas, etc., entonces, no cabría negarles la protección que el ordenamiento jurídico provee, se implique o no en esa relación la “affectio maritalis”.”<sup>228</sup>*

Pareciera que “el espíritu de la ley” iba más en relación con esos parentescos que no son conyugales, pero que evidentemente forman familias de hecho, si se entiende que el término familia “es principalmente *convivencia* orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos.”<sup>229</sup> Es decir, un conjunto de personas que viven bajo el mismo techo e integran la unidad social primaria, que abarca las familias que Belluscio llama Extramatrimoniales.

*“El ideal jurídico y ético es y ha sido ordinariamente la organización de la familia sobre la base del matrimonio. Pero ello no implica que la unión de hecho y la procreación fuera del matrimonio no den lugar a vínculos que determinan también la existencia de una familia extramatrimonial, vínculos cuya regulación jurídica también es necesaria, sea cual fuere el criterio que se adopte para organizar su ordenamiento frente a la matrimonial.”<sup>230</sup>*

A manera de crítica sobre el artículo propuesto podríamos decir que incluye algunas consideraciones morales, como es el caso del primer párrafo, específicamente cuando describe el inicio de una relación de hecho y lo que implica a nivel personal, más que jurídico; claro que estamos conscientes que por el tipo de materia, este tipo de mezcla entre lo social y lo legal son inevitables.

Así, la misma jurisprudencia ha descrito la unión de hecho con funciones y características iguales a las del matrimonio, entre las que cita “estabilidad (en la misma medida en que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el

---

<sup>228</sup> *Ibíd.*

<sup>229</sup> Juzgado Civil de Mendoza, Argentina, citado por MEDINA, Graciela. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>230</sup> BELLUSCIO, Augusto César. *Op. cit.*, p. 7.

mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales)."<sup>231</sup>

## **2. Proyecto de Ley 16.390 que promueve la unión civil**

El 3 de octubre del año 2006, fue presentado a la Asamblea Legislativa el Proyecto de Ley denominado: "Ley de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo", firmado por los diputados Ana Helena Chacón Echeverría, José Merino del Río y Carlos Manuel Gutiérrez Gómez, al cual se le asignó el número de expediente 16.390.

Los diputados plantean dentro de las justificaciones esbozadas al principio del proyecto, que se estudiaron a fondo las razones planteadas en la sentencia que resolvía la acción de inconstitucionalidad que promovía el matrimonio entre personas del mismo sexo y que pretendía la eliminación del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, que refiere al impedimento de casarse entre personas del mismo sexo.

Mencionan entonces la sentencia 7262 del año 2006 de la Sala Constitucional, en la que esa Sala a pesar de descartar el roce constitucional por la inexistencia de impedimentos legales para que dos personas del mismo sexo convivan, reconoce la ausencia de regulación dirigida a ese tipo de uniones y encarga la labor de diseñar esa normativa a los legisladores, como también lo hizo ver la diputada Chacón Echeverría: "La Sala nos dio un mandato y hay que respetarlo".<sup>232</sup>

Al igual que los fundamentos utilizados por el accionante en esa ocasión, mencionan una violación al principio de igualdad proclamado en el artículo 33 de nuestra constitución y esboza los instrumentos internacionales que también abogan por la libertad e igualdad de las personas.

Como bien lo expresan las autoras de la tesis que antecede esta investigación sobre la inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio en parejas del mismo sexo, este tipo de figuras lo que hace es crear una especie de institución que se diferencia del matrimonio principalmente en el nombre que se le da, de hecho las autoras hacen una comparación bastante completa del matrimonio y la unión civil con el propósito de evidenciar su similitud.<sup>233</sup>

<sup>231</sup> Tribunal de Familia de San José, resolución N° 1040 de las nueve horas treinta minutos del veinticuatro de junio del dos mil cuatro.

<sup>232</sup> En Mesa Redonda: Perspectivas de la sociedad civil en relación al Proyecto de Ley: Uniones civiles y de hecho entre personas del mismo sexo. Centro Cultural de España, en colaboración con el Movimiento Diversidad del 12 de mayo del 2008.

<sup>233</sup> Al respecto véase un cuadro comparativo en HERNÁNDEZ LEIVA, Mónica y VALVERDE PHILLIPS, Carmen Laura. *Op. cit.*, pp. 154 y siguientes.



Sin embargo, a pesar de esa similitud, distan de ser lo mismo, comenzando porque no se abarcan en el Código de Familia, como sí se hace con la unión de hecho.

*“Tampoco deben confundirse el matrimonio y las uniones libres de naturaleza concubinaria con las **uniones civiles** que, desde hace algunos años, algunas legislaciones reconocen con mayor o menor amplitud. Se trata de uniones constituidas por personas de distinto o de igual sexo -parejas heterosexuales u homosexuales- que conviven maritalmente en forma estable y que han formalizado y registrado esa unión, y a quienes se les confieren derechos y deberes recíprocos.”<sup>234</sup>*

Algunos piensan que esta figura que plantea el proyecto de ley no sería necesaria si se diera una evolución en el pensamiento de quienes son piezas fundamentales en el Derecho de Familia, así por ejemplo, algunos coinciden en que no es necesaria la implementación de otra institución diferente al matrimonio, cuando se podría ampliar éste a parejas homosexuales:

*“Tampoco considero que deban forzarse otras figuras del derecho común para regular todo lo relativo a las uniones de personas del mismo sexo, pues el matrimonio es el instituto jurídico reconocido por el Estado para la protección de la familia, concepto dentro del cual debe incluirse a las parejas homosexuales que hayan optado libremente por formar una familia. Crear institutos “especiales” para regular estas uniones más bien propicia y acrecienta la discriminación y la homofobia.”<sup>235</sup>*

El proyecto presenta algunos inconveniente que son necesarios de destacar, y que a pesar de haber sido abordados en la tesis sobre la inconstitucionalidad del matrimonio que se defendió el año pasado, es pertinente abarcarlos nuevamente, de una forma más profunda, ahora que tanto se ha discutido a nivel nacional y han sido muchas las opiniones para tomar en consideración.

Es preciso primero que nada decir, que el proyecto excluye a las parejas homosexuales del campo del Derecho de Familia ya que se remite a la sede civil, tal y como lo indica su título. Además, el artículo 5 del proyecto así lo ordena expresamente: “La unión civil se celebrará ante el juzgado civil de menor cuantía de la jurisdicción en donde haya residido durante los últimos tres meses cualesquiera de los contrayentes.”<sup>236</sup>

De la misma manera el artículo 21 del Proyecto de Ley remite a la sede civil cuando dice: “Las parejas que pidan la rescisión por mutuo consentimiento deben presentar al juzgado civil de menor cuantía un convenio en escritura pública...”<sup>237</sup>

---

<sup>234</sup> BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Op. cit.*, p. 425.

<sup>235</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

<sup>236</sup> Proyecto de Ley N°16.390. Ley de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo. Presentado a la Asamblea Legislativa el 3 de octubre del 2006, artículo 5.

<sup>237</sup> *Ibid.*, artículo 21.

Así, se limitan los conflictos a ser resueltos de la forma en que se tratan asuntos de materia civil y no de la manera como se tratan las situaciones en el Derecho de Familia, que se sabe es una rama del Derecho que tiene especiales características, precisamente por la función que cumple en el diario acontecer de las personas.

El Derecho de Familia se rige por el Código de Familia, en el que se señalan una serie de principios fundamentales para su interpretación: “la unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores, y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.”<sup>238</sup>

También podría correrse el riesgo de que se considere que este proyecto de uniones civiles homosexuales, de alguna manera propicia la discriminación y hasta la homofobia. Al crear una figura alternativa al matrimonio para las relaciones homosexuales, algunos podrían aducir que se discrimina a las parejas heterosexuales que no cuentan con una figura de ese tipo. Además, de que la ley de unión civil favorecería a las parejas homosexuales en cuanto a la cantidad de años necesarios para reconocer la unión de hecho que el proyecto establece en dos, mientras que para la pareja heterosexual son tres, y tampoco contempla la obligación de los dos años de matrimonio que se le imponen a las parejas heterosexuales para solicitar la separación judicial.

Asimismo, en el proyecto llama la atención que los artículos referidos a los motivos para declarar la rescisión de la unión civil, la cual equivale al divorcio en el matrimonio, se habla únicamente de la pareja, eliminando la frase “o de sus hijos” tal y como se plantea en el artículo pertinente a los motivos de divorcio, así el artículo 20 que incluye el proyecto en su inciso 1 dice: “El atentado de una pareja contra la vida de la otra;”, mientras que el divorcio contempla: “El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos”.

El inciso 3 del artículo 48 del Código de Familia esboza: “La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o la corrupción de los hijos de cualquiera de ellos” y el inciso 3 del artículo 20 del proyecto dice nada más “el atentado de una pareja para prostituir o corromper a la otra.

Igualmente el inciso 4 del artículo 20 del proyecto se refiere a: “La sevicia en perjuicio de la otra pareja”, mientras que el inciso 4 del artículo 48 del Código de Familia dice: “La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos”.

---

<sup>238</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 62.

La conclusión es más que obvia, no se está contemplando la posibilidad de que entre esas uniones haya hijos, lo que nos parece muy desafortunado, porque se estaría tramitando una ley que desde antes de ser aprobada presenta un desfase con la realidad.

Ciertamente, se está considerando la aprobación de otro proyecto de ley que promueve la prohibición a las personas homosexuales para adoptar menores, pero esperamos que esa no sea la razón para que no se incluya a los hijos dentro de esas normas propuestas, ya que la convulsión que vive la familia hoy en día puede generar situaciones donde alguno de los miembros de la pareja tenga un hijo y lo lleve a vivir con su pareja homosexual, o donde por alguna otra circunstancia, como por ejemplo adelantos en la ciencia o decisiones propias de la pareja, la unión homosexual pueda tener sus propios hijos.

*"Thomas Beatie, de Oregón (EEUU), es un transexual en su quinto mes de embarazo. Si todo sigue bien, en cuatro meses se convertirá en el primer hombre en dar a luz en la vida real, fuera de las pantallas cinematográficas (...) Para cambiar de sexo, algo que hizo hace unos años, Beatie, que nació mujer, se sometió a una operación en la que le quitaron el pecho e inició una terapia hormonal. Sin embargo, mantuvo sus órganos reproductores femeninos (...) Su paso al frente, **muy meditado**, se debe a que su pareja Nancy, con la que comparte su vida desde hace 10 años, tuvo que someterse a una histerectomía en el pasado a causa de una enfermedad."*<sup>239</sup>

Volviendo al proyecto, algo importante de rescatar y que repercute directamente en lo que se expone en este trabajo, es que incluye la posibilidad del reconocimiento de las uniones de hecho homosexuales, como sustituto de la relación formal. Es decir el proyecto plantea que si la unión civil no se realiza, se reconocerá la unión de hecho, igual que sucede con el reconocimiento del artículo 242 del Código de Familia de la unión de hecho que sustituye la institución formal del matrimonio.

Con respecto a este proyecto la información recabada ha sido muy rica, no se puede negar la posibilidad para obtener distintas opiniones que ha propiciado la efervescencia que generó el tema en este año 2008. Se ha tenido la oportunidad de asistir a diferentes conferencias con exponentes del calibre de diputados, ministros y líderes religiosos entre otros, y hasta se han realizado programas de televisión y radio que exponen la cuestión. Sin embargo "el tema tangente en toda esta discusión pareciera seguir siendo el de la discriminación."<sup>240</sup>

Por consiguiente, algunas aseveraciones hechas con razón del proyecto 16.390 sobre la unión civil de parejas del mismo sexo, aplican a cualquier intención por regular ese tipo de

<sup>239</sup> ELMUNDO.ES (2008). ¿El primer hombre embarazado? Obtenido del portal de internet de elmundo.es salud. Consulta del 02 de agosto del 2008 de <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/03/26/medicina/1206561500.html>

<sup>240</sup> VALERÍN RODRÍGUEZ, Gloria. Consulta sobre el Proyecto de Ley 16.182 y otros relacionados con las uniones homosexuales. Entrevista realizada en la Dirección Técnica de la Asamblea Legislativa el 22 de julio del 2008.

relaciones. De la misma forma causó mella la acción de inconstitucionalidad planteada contra el impedimento de matrimonio, e igual controversia generará cualquier tratamiento que en cuanto a este tema se dé.

“Para algunos se trata de una lucha honesta por sus derechos, para otros una amenaza pública; las uniones civiles entre personas del mismo sexo reavivan el eterno debate, sobre la forma en que desea vivir casi un veinte por ciento de la población costarricense.”<sup>241</sup> Así decía un periodista reconocido en un especial de televisión. Desconocemos la fuente utilizada para afirmar lo del porcentaje tan amplio en cuanto a la población homosexual en nuestro país, ya que estudios en otros países considerados incluso más liberales en cuanto a ese tipo de temas, hablan que los homosexuales ocupan un diez por ciento de la población, basándose por lo general en investigaciones de Kinsey de hace algún tiempo.

Sin embargo, pareciera como dato empírico que la población homosexual ha crecido, o quizás la evolución social ha permitido a más personas optar por su verdadera orientación sexual sin recurrir a falsos comportamientos, que lejos de solucionar el problema, lo complican porque se involucra a otras personas en una forma de vida que sirve de solapa a otra que llevan sigilosamente.

Los más asiduos detractores han dicho que nunca podrá esta población disfrutar de los mismos derechos de las parejas heterosexuales, remitiéndolos a la utilización de otras instituciones alejadas de aquellas relacionadas con la familia, como las sociedades comerciales. Las razones que aducen a su contraposición son generalmente basadas en creencias religiosas, lejanas a la dinámica que ha tenido la sociedad.

La gravedad del asunto es que quienes generalmente emiten posiciones son las personas que se sienten más seguras en cuanto a su popularidad y quienes ocupan puestos de gran influencia en el país, como por ejemplo algunos diputados:

*“O sea, una asociación, de comercio, hay formas que le garantizan al individuo sus derechos, a estar asegurado, a recibir herencias, a tener sociedades con otro tipo comercial (...) Pero es que no son iguales, no somos iguales, y para que no exista discriminación yo debo tratar de igual forma a los iguales, pero a los que son diferentes yo no los puedo tratar de la misma forma que trato a los iguales (...) Por la razón de que nosotros creemos en un modelo de familia que está universalmente reconocido, que está establecido por Dios, y que los constitucionalistas también lo entendieron, el matrimonio como una pareja heterosexual (...) Hemos dicho categóricamente que no somos homofóbicos, no lo puedo ser, por la naturaleza*

---

<sup>241</sup> CASTRO BENAVIDES, Marcelo, Periodista Canal 7, en el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

*del ministerio cristiano que hemos desarrollado por cuarenta y cinco años, donde hemos incluso acompañado a personas que tienen esa orientación sexual diferente.*"<sup>242</sup>

También la posición de la Iglesia ha ido en esa misma dirección, y quién se atrevería a dudar del poder de información que tiene la iglesia, si cada domingo se puede servir de la homilía para lanzar mensajes homofóbicos, o que incentiven al rechazo de este tipo de regulaciones que abarquen las relaciones homosexuales:

*"La realidad del homosexualismo, de estas uniones como asunto privado, bueno, se respeta, ahí no hay problema, como un asunto privado (...) Pero la iglesia sí ha dicho en un pronunciamiento nuestro, que ellos pueden atenerse al Código Civil, y ahí hay un reconocimiento de las sociedades de hecho, verdad, ahí podrían ellos insertarse en ese espacio que abre el Código Civil, también podrían atenerse a la legislación sobre herencias y demás que es muy amplia en Costa Rica, los testamentos y todo eso (...) Entonces nosotros vemos ahí, como una amenaza al verdadero concepto de matrimonio, que es entre un hombre y una mujer, para nosotros solo allí se da el plan de Dios, Adán dice, carne de mi carne, hueso de mis huesos, y ve en Eva su complemento."*<sup>243</sup>

La Iglesia ha atacado las iniciativas de este tipo, desde sus sermones, sistema de comunicación que supera a cualquiera por la cantidad de gente que lo escucha, su inmediatez y el efecto que genera en las personas, ya que es sabida la relación que tiene el comportamiento humano con las amenazas que sobre la vida eterna ha realizado la Iglesia a lo largo de la historia, si así no fuera no se habrían dado las cruzadas, ni la inquisición; pero también la Iglesia cuenta con periódicos, estaciones de radio y canales de televisión que día a día están recordando a los feligreses la vida que "Dios manda llevar".

*"A los señores y señoras miembros del Congreso, en particular a quienes profesan la fe Católica, quisiera recordarles que, como Iglesia, vemos en la Familia un valor importantísimo, que tiene que ser defendido de todo ataque orientado a socavar su solidez y a poner en tela de juicio su misma existencia. Por lo que les insto a consagrarse con sinceridad, rectitud, con caridad y fortaleza a la misión a ustedes confiada por el Pueblo, a saber, legislar sobre la base de los principios éticos y en beneficio del bien común"*<sup>244</sup>.

También se han opuesto algunos personajes que generalmente son populares por sus apariciones en programas de televisión y radio, o por su alta exposición en el desarrollo de actividades sociales:

---

<sup>242</sup> MASSEY MORA, Guyón. Diputado de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>243</sup> BARRANTES UREÑA, Hugo, Monseñor, Arzobispo de San José, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>244</sup> BARRANTES, Hugo, Monseñor, Arzobispo de San José, citado por RODRÍGUEZ G., Martín. Matrimonio: Hombre, mujer. Eco Católico. Consulta del 22 de setiembre del 2008 de [http://www.elecocatolico.org/index.php?module=displaystory&story\\_id=697&format=html&fech=2008-09-14](http://www.elecocatolico.org/index.php?module=displaystory&story_id=697&format=html&fech=2008-09-14)

*“El fallo de la Sala Constitucional, expresamente indicó, que no se podía tratar como igual lo que era desigual, o sea, los mismos magistrados de la Sala Constitucional, establecen en el fallo del año 2006, que la unión entre personas del mismo sexo no es igual a la unión de personas heterosexuales (...) Tendremos que tener escuelas para homosexuales y escuelas para heterosexuales, tendremos que cambiar la figura paterna y materna, desde ya, empecemos a cambiar Paco y Lola, ya que ha sido cambiado un montón de veces, pero ya van a ser dos Pacos y dos Lolos, o sea no, no es lo mismo (...) ¿A Costa Rica qué le interesa, o qué quiere, tener una sociedad pluralista en el sentido de heterosexuales y homosexuales, para que se venga todo Centroamérica y el mundo entero a casarse aquí o a vivir bajo el mismo techo, o quiere seguir con la familia tradicional que ha gozado siempre de un respeto a nivel mundial?”<sup>245</sup>*

Afortunadamente, no todos los protagonistas de nuestro acontecer político opinan de esa manera, algunas personalidades costarricenses, en contraposición defienden este tipo de propuestas y son muchos los actores sociales que hoy día buscan una mejora constante en los derechos de los homosexuales, como resultado de un idealismo que a veces hasta podría ser acusado de romántico que procura una sociedad más justa y feliz, en la que se les permita “una participación en el ideal de modernidad que se tiene.”<sup>246</sup>

Algunos políticos han expuesto con vehemencia las razones para apoyar la búsqueda de una sociedad con iguales derechos para todos, y han defendido diferentes intentos por mejorar la calidad de vida de los homosexuales, igual que lo han hecho con el proyecto de ley que promueve la unión civil de parejas del mismo sexo:

*“Se intenta dar un trato igualitario y no denigrante a las personas mayores de 18 años que, por propia voluntad, han decidido conformar un vínculo afectivo en la construcción de un proyecto de vida, donde a menudo se ven lesionados los derechos, por cuanto la ausencia legal de tal reconocimiento posibilita que terceras personas impidan el bienestar de las dos personas por razones de enfermedad o fallecimiento de una de las dos, y además hace que cuando el vínculo se rompe una de las dos pueda quedar en total desfavorecimiento de esa construcción de proyecto de vida juntos”<sup>247</sup>*

*“... cantidad de prejuicios se han desarrollado alrededor de este proyecto que trata de permitir que personas que quieren convivir y que tienen una determinada orientación sexual, se les permita que esa convivencia les dé una serie de derechos civiles (...) Entonces, es una ley que trata de colocar a nuestro país, en un nivel de desarrollo de derechos humanos que cobije a un sector que en nuestra sociedad ha sido excluido, por razones, repito, de discriminación, por razones homofóbicas.”<sup>248</sup>*

---

<sup>245</sup> BEIRUTE RODRÍGUEZ, Pedro, Especialista en Derecho de Familia, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>246</sup> SAGOT, Monserrat, Socióloga. Mesa Redonda: Perspectivas de la sociedad civil en relación al Proyecto de Ley: Uniones civiles y de hecho entre personas del mismo sexo, Centro Cultural de España, en colaboración con el Movimiento Diversidad. 12 de mayo del 2008.

<sup>247</sup> CHACÓN ECHEVERRÍA, Ana Helena, MERINO DEL RÍO, José y GUTIÉRREZ GÓMEZ, Carlos Manuel. Proyecto de Ley N° 16.390. *Op. cit.*

<sup>248</sup> MERINO DEL RÍO, José, Diputado de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

Otros defensores, han sido actores frecuentes en estas discusiones, así por ejemplo don Abelardo Araya quien es vocero del Movimiento Diversidad:

*"Si somos seres humanos estamos exigiendo más o menos los mismos derechos, con algunas diferencias (...) Nadie es poseedor de la verdad absoluta, me gustaría mucho, por ejemplo, como hemos tratado de hacerlo, entrar en un plan de diálogo a la usanza costarricense, pero para algunos sectores esto es prácticamente imposible."*<sup>249</sup>

Igualmente Yashín Castrillo, quien interpuso la acción de inconstitucionalidad que se resolvió con la sentencia 7262 del año 2006, y quien además es abogado de la comunidad gay, defiende con razón este proyecto, que precisamente surgió de la recomendación de la Sala Constitucional a los legisladores en esa resolución:

*"... es un proyecto de unión civil que no tiene nada que ver, que dista mucho, de lo que se regula en el matrimonio en el Código de Familia de nosotros. La iglesia católica a través de sus jerarcas y algunas autodenominadas sectas cristianas a través de sus representantes, han querido hacer creer a la opinión pública mediante mentiras, engaños y manipulaciones, que lo que se presentó a la Asamblea Legislativa es un proyecto de matrimonio (...) Hoy se está cometiendo un crimen gravísimo en contra de los derechos humanos, por parte de los jerarcas de la iglesia católica y algunos cristianos, queriendo eliminar de rajo el derecho que tenemos todos los seres humanos, no los heterosexuales, no los homosexuales, sino todos los seres humanos, a que se reconozca legalmente sus relaciones de carácter afectivo."*<sup>250</sup>

También, hemos sido testigos de la lucha que ha dado la Ministra de Salud de esta administración, doña María Luisa Ávila, para que se equiparen los derechos de los homosexuales con los heterosexuales. Fue ella en conjunto con el Presidente de la República, quien firmó un decreto para establecer un día nacional contra la homofobia:

*"A través de un decreto ejecutivo que establece el 17 de mayo como Día Nacional contra la Homofobia, el Gobierno busca estimular la concienciación sobre el respeto y la reivindicación de los derechos de la población homosexual. El decreto, publicado en La Gaceta esta semana, reconoce la fecha en la cual la Organización Mundial de la Salud eliminó la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales, en el año 1990."*<sup>251</sup>

La Dra. Ávila ha expuesto que la salud es un producto que se construye todos los días, que está determinada como un producto social. Además ha explicado como la homosexualidad no es una

<sup>249</sup> ARAYA TORRES, Abelardo, Vocero del Movimiento Diversidad, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>250</sup> CASTRILLO FERNÁNDEZ, Yashín, Abogado de la Comunidad Gay, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>251</sup> CORDERO, Mónica [mocordero@lanacion.com] (2008). 17 de mayo será Día contra la Homofobia. Sección Aldea Global de La Nación del 28 de marzo del 2008. Consulta del 19 de setiembre del 2008, de [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2008/marzo/28/aldea1475548.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2008/marzo/28/aldea1475548.html)

enfermedad mental y ha sugerido que la enfermedad mental es el rechazo hacia los homosexuales, o sea, la homofobia.<sup>252</sup>

Trata de no utilizar la palabra “tolerancia”, y prefiere el uso del término “respeto”, respeto por la música que escucha el otro, por los gustos del otro, y por supuesto por su identidad sexual: “El fomento del respeto por la diversidad abre las puertas a otras culturas, a otras formas de vida. Si no respetamos la diversidad que Dios nos dio, no respetamos la voluntad de Dios, respetar la diversidad es también respetar a Dios.”<sup>253</sup>

En igual sentido se ha manifestado la Dra. Lisbeth Quesada, Defensora de los Habitantes quien en una mesa redonda explicó con base en su experiencia personal como médica, el desarrollo que ha tenido el tema de la homosexualidad en nuestro país. En esa misma exposición hizo un recorrido por la historia de los derechos humanos y su evolución, para concluir que estos derechos son vulnerados con la discriminación de las relaciones entre personas del mismo sexo.<sup>254</sup>

### **3. Proyecto de Ley 16.887 que reforma la Ley General de Salud**

El proyecto que se comentará en adelante fue presentado por la diputada Ana Helena Chacón, en la Asamblea Legislativa el 5 de diciembre del 2007. También fue firmado por los diputados José Merino del Río, Maureen Ballesteros Vargas, Andrea Morales Díaz, Evita Arguedas Maklouf, Federico Tinoco Carmona, Alberto Salom Echeverría y Óscar Núñez Calvo.

Se denomina Adición de un nuevo Capítulo III referente a los derechos en salud sexual y salud reproductiva, al Título I de la Ley General de Salud, N° 5395 de 30 de octubre de 1973 y sus reformas.

Debemos advertir al lector que este proyecto se incluye en este capítulo, especialmente por la repetida mención que ha tenido por parte de los opositores de proyectos que según ellos fomentan la homosexualidad, sin embargo no es un proyecto que se refiera específicamente a los homosexuales, más bien su justificación se enmarca en una serie de datos de salud en los que se acentúan situaciones originadas por enfermedades relacionadas con la salud sexual y la salud

---

<sup>252</sup> Así expresado en la Mesa Redonda: Perspectivas de la sociedad civil en relación al Proyecto de Ley: Uniones civiles y de hecho entre personas del mismo sexo, del Centro Cultural de España, en colaboración con el Movimiento Diversidad del 12 de mayo del 2008.

<sup>253</sup> ÁVILA, María Luisa, Ministra de Salud. Mesa Redonda: Perspectivas de la sociedad civil en relación al Proyecto de Ley: Uniones civiles y de hecho entre personas del mismo sexo. Centro Cultural de España, en colaboración con el Movimiento Diversidad. 12 de mayo del 2008.

<sup>254</sup> Información obtenida en la Mesa Redonda: Perspectivas de la sociedad civil en relación al Proyecto de Ley: Uniones civiles y de hecho entre personas del mismo sexo, del Centro Cultural de España, en colaboración con el Movimiento Diversidad del 12 de mayo del 2008.



reproductiva. Sin embargo, también consideramos que de aprobarse podría beneficiar a este grupo de la población.

*“Esta voluntad expresada en el ámbito internacional debe ser acompañada de la voluntad política en el ámbito nacional, necesaria para que los derechos en salud sexual y salud reproductiva puedan ser efectivamente ejercidos por todas las personas, sin distinciones ni discriminaciones por razones de sexo, edad, condición socioeconómica, orientación sexual, discapacidad, religión, origen étnico, estado civil, idioma o cualquiera otra condición. Para hacer efectivos los compromisos del Estado costarricense en esta materia, se propone entonces esta reforma a la Ley General de Salud, con el fin de adicionar un capítulo sobre derechos en salud sexual y salud reproductiva, que a grandes rasgos, contiene tres partes: en primer lugar el establecimiento de las responsabilidades del Estado en la materia; en segundo lugar el reconocimiento de los derechos en salud sexual y salud reproductiva de todas las personas y, en tercer lugar, derechos de algunos grupos de población en particular.”<sup>255</sup>*

En realidad la única referencia que hace el proyecto a la orientación sexual de las personas es cuando en algunos de sus artículos propuestos al mencionar el respeto ante este tipo de características y el derecho a no sufrir discriminaciones.

***“Artículo 40.-*** Las políticas públicas, programas, servicios y acciones sobre sexualidad y reproducción, deberán garantizar el ejercicio de los derechos en salud sexual y salud reproductiva, promoviendo relaciones de respeto mutuo, la corresponsabilidad, el autocuidado y el cuidado mutuo, así como la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres, independientemente de su identidad y su orientación sexual (...)

***Artículo 42.-*** Todas las personas tienen derecho al disfrute pleno de su salud sexual y su salud reproductiva y al ejercicio de estos derechos sin discriminación alguna.

***Artículo 43.-*** Todas las personas tienen derecho a:

***a) Ejercer su sexualidad de manera libre, responsable y voluntaria (...)***<sup>256</sup>

Entonces, a manera de resumen diremos que el proyecto lo que hace es incluir un capítulo de derechos sexuales y reproductivos en la Ley General de Salud, sin embargo le ha incomodado a algunos sectores de nuestra sociedad, en especial el líder de la Iglesia Católica se ha manifestado en contra al estimar que: “El proyecto separa la sexualidad de la reproducción humana y dispone que cada ser humano es dueño absoluto de su propio cuerpo.”<sup>257</sup> Como si no fuera así que se entiende en la actualidad.

<sup>255</sup> CHACÓN, Ana Helena. Proyecto de Ley N° 16.887. Adición de un nuevo Capítulo III referente a los derechos en salud sexual y salud reproductiva, al Título I de la Ley General de Salud, N° 5395 de 30 de octubre de 1973 y sus reformas. Presentado a la Asamblea Legislativa el 5 de diciembre del 2007.

<sup>256</sup> Proyecto de Ley N° 16.887. Adición de un nuevo Capítulo III referente a los derechos en salud sexual y salud reproductiva, al Título I de la Ley General de Salud, N° 5395 de 30 de octubre de 1973 y sus reformas. Presentado a la Asamblea Legislativa el 5 de diciembre del 2007..

<sup>257</sup> BARRANTES UREÑA, Hugo. La Marcha por la Familia. Opinión. Primera Plana Digital. Colegio de Periodistas Profesionales de Costa Rica. Edición #134. Fecha 2008-09-19. Consulta del 22 de setiembre del 2008 de [http://www.primeraplana.or.cr/app/cms/www/boletin/articles.php?pk\\_tipo=5&pk\\_articulo=1640](http://www.primeraplana.or.cr/app/cms/www/boletin/articles.php?pk_tipo=5&pk_articulo=1640)

#### 4. Proyecto de Ley 16.970 para prevenir y eliminar la discriminación

Este proyecto también fue promovido por la diputada Chacón, y se presentó a la Asamblea Legislativa el 13 de marzo del 2008, se llama Ley para la prevención y eliminación de la discriminación.

*“El objeto de esta ley es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona, de conformidad con la Constitución Política de Costa Rica y los convenios y tratados suscritos por el país referentes a la prevención y eliminación de toda forma de discriminación.”<sup>258</sup>*

Se refiere específicamente a la discriminación basada en la orientación sexual en el artículo 4 que propone y que dice así:

*“Para los efectos de esta Ley, se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, **orientación sexual**, estado civil, diversidad cultural o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.”<sup>259</sup> (Lo resaltado en negrita es nuestro).*

Para este apartado aplica la misma explicación que se diera en el proyecto que se expuso con anterioridad, es decir que la razón para incluirlo aquí, es su mención en opiniones de diferentes personalidades que lo relacionan con la homosexualidad, sin embargo, también beneficia a las personas con orientación homosexual por promover la eliminación de la discriminación en razón de ésta, no sólo en el artículo antes transcrito sino también en el artículo que describe las conductas consideradas discriminatorias:

*“**ARTÍCULO 8.-** Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades. A efecto de lo anterior, se consideran conductas discriminatorias:*

*a) ...*

*s) Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por mostrar públicamente su orientación sexual, y*

*t) En general cualquier otra conducta discriminatoria en términos del artículo 4 de esta Ley.”<sup>260</sup>*

Para sus detractores ese proyecto “pretende ‘normalizar’ estilos de vida en contra de los valores cristianos.”<sup>261</sup>

<sup>258</sup> CHACÓN, Ana Helena. Proyecto de Ley 16.970. Ley para la prevención y eliminación de la discriminación. Presentado en la Asamblea Legislativa el 13 de marzo del 2008.

<sup>259</sup> Proyecto de Ley 16.970. Ley para la prevención y eliminación de la discriminación. Presentado a la Asamblea Legislativa el 13 de marzo del 2008, artículo 4.

<sup>260</sup> Proyecto de Ley 16.970. *Op. cit.*, artículo 8.

## 5. Proyecto de Ley 16.978 para modificar el artículo 373 del Código Penal

Este proyecto fue promovido por el diputado José Merino del Río, se titula Modificación del artículo 373 del Código Penal, Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970, y sus reformas, Ley para combatir la discriminación por orientación sexual, y fue presentado en la Asamblea Legislativa el 31 de marzo del 2008.

*“La discriminación basada en la preferencia sexual de una persona es un acto contrario a la dignidad humana. El reconocimiento de la dignidad intrínseca de todo ser humano, por el solo hecho de serlo, es uno de los principios en los que se sustenta nuestro sistema de derechos fundamentales (...) No puede haber reconocimiento de la dignidad humana si no se acepta el derecho de toda persona a desarrollar su propia personalidad, lo que, obviamente incluye la posibilidad de expresar afecto a otros seres humanos, de entablar relaciones afectivas y de pareja, y de definir libremente una orientación sexual sin sufrir perjuicio por ello.”<sup>262</sup>*

Nótese que don José Merino del Río, es uno de los firmantes en los proyectos sobre discriminación y unión civil promovidos por la diputada Chacón, además de que este proyecto fue presentado tan sólo unos días después del 16.970 para la prevención y eliminación de la discriminación impulsado por doña Ana Helena Chacón.

Lo que pretende el diputado Merino es la ampliación del artículo 373 del Código Penal de manera que abarque la discriminación basada en la orientación sexual de las personas, además de una extensión de la pena, “otorgando mayor margen de acción al juez para su aplicación, en razón de la gravedad del daño que algunas medidas discriminatorias pueden ocasionar.”<sup>263</sup>

Ese artículo 373 del Código Penal se titula Discriminación racial, pertenece al Título XVII “De los delitos contra los derechos humanos”, del Libro 2 “De los delitos” y en este momento reza así:

*“Será sancionado con veinte a sesenta días multa, la persona, el gerente o director de una institución oficial o privada, administrador de un establecimiento industrial o comercial, que aplicare cualquier medida discriminatoria perjudicial, fundada en consideraciones raciales, de sexo, edad, religión, estado civil, opinión política, origen social o situación económica. Al reincidente, el Juez podrá además imponer, como pena accesoria, la suspensión de cargos u oficios públicos por un tiempo no menor de quince ni mayor de sesenta días.”<sup>264</sup>*

Lo que propone el diputado es que se redacte de la siguiente forma:

---

<sup>261</sup> BARRANTES UREÑA, Hugo. La Marcha por la Familia. *Op. cit.*

<sup>262</sup> MERINO DEL RÍO, José. Proyecto de Ley 16.978. Modificación del artículo 373 del Código Penal, Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970, y sus reformas, Ley para combatir la discriminación por orientación sexual. Presentado a la Asamblea Legislativa el 31 de marzo del 2008.

<sup>263</sup> *Ibíd.*

<sup>264</sup> Código Penal. *Op. cit.*, artículo 373.

*"Será sancionado con veinte a doscientos días multa, la persona, el gerente o director de una institución oficial o privada, administrador de un establecimiento industrial o comercial, que aplicare cualquier medida discriminatoria perjudicial, fundada en consideraciones raciales, de género, orientación sexual, edad, religión, estado civil, opinión política, origen social o situación económica.*

*Al reincidente, el juez podrá además imponer, como pena accesoria, la suspensión de cargos u oficios públicos por un tiempo no menor de quince ni mayor de noventa días."*<sup>265</sup>

Como cualquier iniciativa legislativa, el proyecto lógicamente tiene opositores, sin embargo no se ha tratado de planteamientos concretos en cuanto a materia penal, sino que entre sus detractores destaca también Monseñor Hugo Barrantes, que lo ha incluido dentro de los "cinco proyectos de ley (que) van contra la dignidad y la existencia de la familia, tal como se entiende desde la fe cristiana y se refleja en nuestro ordenamiento jurídico."<sup>266</sup>

Es decir, que aunque este proyecto –criticable, desde una óptica abolicionista en cuanto al Derecho Penal se refiere–, lo que pretende pareciera ir de la mano con la posición de la Iglesia en cuanto a tolerancia y la evasión de violencia e injusticia en una sociedad que debería abocarse a la igualdad y la armonía de sus miembros, ha sido criticado por Monseñor Barrantes "como pastor y como maestro de la fe, iluminado por la Palabra de Dios"<sup>267</sup>, en pos de sostener creencias religiosas contrarias a la aceptación de las uniones homosexuales.

*"Hago un llamado a los diputados católicos de nuestra Asamblea Legislativa, para que, ante estos proyectos, actúen fieles a su conciencia y no aprueben leyes que vayan contra la vida, el matrimonio y la familia (...) El común denominador de estos proyectos son los "derechos sexuales". La Iglesia está a favor de un sano goce de la sexualidad humana. En estos proyectos, con el término "derechos sexuales" se quiere imponer una concepción de la persona reducida a lo erótico, sin que esté acompañado por el amor 'agape'."*<sup>268</sup>

A través de esas declaraciones además, vemos una exposición de la Iglesia que aunque consecuente con su posición sobre la sexualidad a lo largo de la historia, podría ser un obstáculo para el desarrollo de la personalidad, especialmente vista desde la modernidad de hoy en día.

No cabe duda que un tratamiento de la sexualidad desde la postura de la Iglesia, donde se recurre con frecuencia al abstencionismo de los deseos sexuales, podría evitar muchísimas consecuencias indeseadas de los actos de las personas; sin embargo, pretender que el ser humano pueda y quiera actuar de esa manera es muy ilusorio.

---

<sup>265</sup> Proyecto de Ley 16.978. Modificación del artículo 373 del Código Penal, Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970, y sus reformas, Ley para combatir la discriminación por orientación sexual. Presentado a la Asamblea Legislativa el 31 de marzo del 2008, artículo único.

<sup>266</sup> BARRANTES UREÑA, Hugo. La Marcha por la Familia. *Op. cit.*

<sup>267</sup> *Ibid.*

<sup>268</sup> BARRANTES UREÑA, Hugo. La Marcha por la Familia. *Op. cit.*

Una vez más la Iglesia se convierte en una institución condenatoria muy lejana a la institución preventiva que debería de ser:

*"... También me preocupa un Manual de la Caja Costarricense de Seguro Social, llamado "La sexualidad y la Salud sexual reproductiva de las y los adolescentes con énfasis en prevención del VIH/SIDA", dirigido a niños de 10 años hasta adolescentes de 19 años. Se introducen conceptos y prácticas a todas luces inconvenientes en esta etapa de crecimiento. Además, en ningún momento se toma la opinión a los padres."*

Ese tipo de aseveraciones no colabora en nada con los resultados de las estadísticas en cuanto a las edades en que los adolescentes tienen su primera relación sexual en nuestro país, más bien provoca un sentimiento en la sociedad de rechazo hacia quienes se salen del comportamiento "normal" para la Iglesia, pero que no es practicado por sus feligreses y promueve el ocultamiento de la realidad que se vive.

*"Un poco más de la mitad de los jóvenes en Costa Rica tuvieron su primera relación sexual entre los 14 y los 17 años. Así lo reveló la primera Encuesta Nacional de Juventud que fue presentada ayer en el Ministerio de Cultura. Mientras que el 52,8 por ciento inició la actividad sexual a esas edades, un 29,8 lo hizo entre los 18 y 21 años."<sup>269</sup>*

Tal y como lo plantea el párrafo anterior, esa encuesta arrojó resultados que lejos de coincidir con el pensamiento de Monseñor Barrantes, más bien fundamentan la importancia de abordar temas sexuales con nuestros niños y adolescentes, más cuando se comprobó por medio de entrevistas, que de la muestra utilizada de adolescentes de 15 a 17 años de la zona urbana que ya habían tenido relaciones sexuales, un 8% de la mujeres<sup>270</sup> y un 11.5% de los hombres<sup>271</sup> tuvieron su primera relación sexual entre los 10 y los 13 años.

## **II. Proyecto de ley 16.258 para prohibir que homosexuales adopten menores**

No se podía prescindir en este capítulo del abordaje de algunas pretensiones que de ser aceptadas perjudicarían a los homosexuales. Este proyecto fue propuesto por el diputado Guyón Massey y pretende agregar un inciso al artículo 107 del Código de Familia que impide la adopción de menores por personas homosexuales.

<sup>269</sup> ARLEY VARGAS, Alejandro. Sexo desde los 14 años. Presentan resultados de primera Encuesta Nacional de Juventud. Nacionales. Periódico Al Día del 20 de febrero del 2008. Consulta del 22 de setiembre del 2008 de [http://www.aldia.cr/ad\\_ee/2008/febrero/20/nacionales1432032.html](http://www.aldia.cr/ad_ee/2008/febrero/20/nacionales1432032.html)

<sup>270</sup> Consejo Nacional de la Política Pública de la Persona Joven. Primera Encuesta Nacional de Juventud, Costa Rica 2008: Principales resultados. 1ª Edición. Mundo Creativo, S.A. San José, Costa Rica: Fondo de Población de las Naciones Unidas, UNFPA, 2008, p. 62.

<sup>271</sup> *Ibíd.*, p. 63.

Hoy en día una persona homosexual puede perfectamente adoptar a un menor, claro está que de forma individual, ya que la adopción conjunta es exclusiva para los cónyuges o convivientes reconocidos por el ordenamiento.<sup>272</sup> Es por esa posibilidad que tienen los homosexuales, que este derecho ni siquiera se incluye en el capítulo cuarto de esta investigación donde se abordan las diferencias en cuanto a los derechos que tienen las parejas heterosexuales y las homosexuales, porque tal y como está la legislación actual no encontramos una imposibilidad para que un homosexual adopte, ya que la decisión depende del análisis de los jueces en razón del procedimiento establecido para esa forma de filiación en el Código de Familia.

Es más, ya se había mencionado un caso en el que nuestro ordenamiento experimentó discusiones en ese ámbito, que a pesar de no haber sido específicamente en materia de adopciones trató asuntos pertinentes a la crianza de padres homosexuales y donde afortunadamente triunfó el interés del menor sobre prejuicios sociales.

*“El reciente fallo del Juzgado de Niñez y Adolescencia puso fin a la disputa legal protagonizada por Luis Gerardo Mairena, un ciudadano travesti, que quería lograr la custodia de un niño de 10 años (...) Sin embargo, la resolución judicial marcó el inicio de un nuevo conflicto en torno al concepto tradicional de familia (...) Mientras unos abogan por estudiar cada caso en particular, con base en el bienestar del menor involucrado, otros afirman que la resolución sienta un precedente para que otras personas homosexuales reclamen el mismo derecho.”<sup>273</sup>*

El proyecto 16.258 que analiza este apartado, se titula Reforma del artículo 107 del Código de Familia, impedimento para que personas de la misma orientación sexual adopten menores de edad. Es promovido por el diputado Guyón Massey Mora y fue presentado a la Asamblea Legislativa el 11 de julio del 2006.

*“La presente iniciativa busca, ante todo, defender los derechos de las personas menores de edad y protegerlos de experimentar situaciones incómodas y traumáticas para su debido desarrollo como individuos, ya que los menores que fuesen adoptados por dos personas del mismo sexo, sufrirían confusiones y presiones derivadas de ello.”<sup>274</sup>*

Llama la atención la pretensión del legislador de evitarle a niños, que generalmente han sido recogidos de las calles o abandonados por padres que evidentemente no sienten interés por ellos, “situaciones incómodas y traumáticas”, como si el permanecer en un albergue, o la situación misma de la que son víctimas, no se las causara.

---

<sup>272</sup> El voto N° 7521 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del primero de agosto del dos mil, dice expresamente: “...cuando en el artículo 103 (del Código de Familia) consultado se menciona a “ambos cónyuges”, se entienda que también comprende a “ambos convivientes”, cuando la solicitud de adopción la presenten en forma conjunta la pareja acreditada como ligada en unión de hecho conforme al artículo 242 del Código de Familia.

<sup>273</sup> CARBALLO, José Ricardo. *Op. cit.*

<sup>274</sup> MASSEY MORA, Guyón. Proyecto de Ley 16.258. Reforma del artículo 107 del Código de Familia, impedimento para que personas de la misma orientación sexual adopten menores de edad. Presentado a la Asamblea Legislativa el 11 de julio del 2006.

La iniciativa pretende como lo recalca su título, modificar el artículo 107 del Código de Familia que en este momento dice así:

*“No podrán adoptar:*

- a) El cónyuge sin el asentimiento del consorte, excepto en los casos citados en el artículo siguiente.*
- b) Quienes hayan ejercido la tutela de la persona menor de edad o la curatela del incapaz, mientras la autoridad judicial competente no haya aprobado las cuentas finales de la administración.*
- c) Las personas mayores de sesenta años, salvo que el tribunal, en resolución motivada, considere que, pese a la edad del adoptante, la adopción es conveniente para la persona menor de edad.*
- d) Quienes hayan sido privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad, sin el asentimiento expreso del Tribunal.”<sup>275</sup>*

El proyecto contempla un único artículo que transcribimos textualmente, con la única finalidad de demostrar que ni siquiera se tuvo el cuidado necesario para que el inciso e) que propone agregar el diputado, coincidiera con la redacción del resto del artículo:

**“ARTÍCULO ÚNICO.-** *Refórmase el artículo 107 del Código de Familia y añádase un inciso e), para que en adelante se lea de la siguiente manera:*

**1 “Artículo 107.- CAPÍTULO VI. Filiación por adopción**

**[...]**

**e) Aquellas adopciones, hechos a título individual o por una pareja, en las que uno o ambos adoptantes hayan manifestado una orientación sexual hacia personas del mismo género.”(El resaltado es del original).**

Nótese que el artículo existente inicia diciendo “No podrán adoptar...” y cada inciso hace referencia a las personas con el impedimento. “Con relación a la redacción del nuevo inciso, esta no es coherente con el planteamiento que tienen los otros, que se orientan no a la situación, sea “aquellas adopciones”, sino a los sujetos.”<sup>276</sup>

Lo que ha sucedido en la discusión de este proyecto es que se han evidenciado posturas que comprueban una gran pasión por todo lo relativo a los fundamentos religiosos pero un gran desconocimiento de la realidad social. La homosexualidad no es sinónimo de pedofilia ni de pederastia, la homosexualidad es una preferencia sexual por personas del mismo sexo, pero no es una enfermedad transmisible. Si la preferencia sexual se transmitiera por la convivencia de los niños con padres homosexuales, no existirían los homosexuales, porque hasta ahora ha sido imposible que dos personas del mismo sexo puedan concebir y la posibilidad de adopción de

<sup>275</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 107.

<sup>276</sup> VALERÍN RODRÍGUEZ, Gloria y PIEDRA SÁNCHEZ, Alex. Informe Técnico: Proyecto de Ley “Reforma del artículo 107 del Código de Familia, impedimento para que personas de la misma orientación sexual adopten menores de edad.” Departamento de Servicios Técnicos, Asamblea Legislativa de Costa Rica, San José, 2007, p. 12.

menores por parejas homosexuales en algunos países ha sido reciente. Además ¿de dónde provienen los homosexuales sino de una relación heterosexual?

*“En un informe presentado por la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), los psicólogos Jorge Raíces Montero e Isabel Monzón afirman que la homosexualidad de los padres/madres “no tiene por qué definir la misma tendencia en los hijos. Para ellos, las causales por las que una persona se siente atraída por otra del mismo sexo son múltiples y superan la tradicional identificación freudiana...”<sup>277</sup>*

Decía un reportaje en un boletín de prensa de la Asamblea Legislativa, que Sixto Porras, director de Enfoque a la Familia, afirmó que “los niños adoptados por una pareja homosexual se verían en una situación desventajosa, respecto a los que son entregados a una familia encabezada por un hombre y una mujer”<sup>278</sup>, sin embargo, cabe preguntarse ¿cuántos niños no crecen sin alguno de sus padres?, ¿cuántas jefas de hogar componen nuestro país hoy en día? y lo que es aún más importante, ¿no se ven en una situación de desventaja los niños huérfanos respecto a los que son entregados a una familia, independientemente del tipo que esta sea?

Ahora bien, entendemos la preocupación por la exposición al rechazo que podría sufrir un niño que conviva con homosexuales por algunos miembros homofóbicos de la sociedad, sin embargo esa probabilidad no será nunca peor que criarse sin una familia. Además, si la intranquilidad es por la visión de normalidad en cuanto a la homosexualidad que pueda adquirir el niño que convive con una pareja homosexual, tampoco esa posibilidad parece justificante para privarle de crecer en un ambiente familiar que le brinde todo lo necesario para su desarrollo personal.

*“Asimismo aseguran que la familia homosexual, incluso, puede favorecer a los niños en la medida en que les permite:*  
 —Adquirir un mayor aprecio por la diversidad humana.  
 —Tener una visión más amplia de los roles del género.  
 —Adquirir una mayor sensación de ser queridos, por las barreras que sus padres debieron superar.  
 —Apreciar la división igualitaria del trabajo entre padres/madres, ya que las parejas gays/lesbianas no dividen el cuidado de los niños y tareas del hogar sobre la base de roles de género.”<sup>279</sup>

La adopción no debe ser un asunto de quienes tengan cierto estado civil o identidad sexual, debe ser un asunto del interés superior del menor, lo peor que puede pasarle a un niño es estar al

<sup>277</sup> MEDINA, Graciela. *Op. cit.*, p. 264.

<sup>278</sup> Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Boletín de Prensa del miércoles 13 de junio del 2007. Comisiones. Niños adoptados por homosexuales en posición desventajosa. En consulta del 22 de setiembre del 2008 de <http://www.asamblea.go.cr/actual/boletin/2007/jun07/13jun07.htm>

<sup>279</sup> Refiriéndose a un informe presentado por la Cámara de Homosexualidad Argentina. MEDINA, Graciela. *Op. cit.*, p. 264.



desamparo en alguna institución que aunque trate de proveerlo de cuestiones básicas de sobrevivencia, carece de posibilidades para proporcionarle la crianza en una familia que además de sustento y estudio pueda brindarle cariño, comprensión y guía, para que la sola condición de haber crecido sin sus padres biológicos no lo convierta en un ser humano desinteresado del vínculo familiar, tan importante para todos.

No cabe duda de que muchos han sobrevivido una crianza en algún albergue del PANI u otros por el estilo, pero igual no faltan historias de quienes cuentan experiencias dolorosas. Y muchas personas, incluyendo por supuesto las de orientación homosexual, añoran poder brindarle cariño a quienes por desavenencias biológicas no pueden concebir.

En cuanto a la adopción todavía hay mucha investigación que realizar, y difícilmente se pueda tomar una posición por medio de un trabajo de exploración, es un asunto que se debe observar más, y sobre todo aprender de las experiencias de otros, el recorrido apenas comienza. Graciela Medina, doctrinaria argentina que ha sobresalido en el campo del Derecho, especialmente por su defensa de las relaciones homosexuales, apunta a una serie de cuestiones importantes resultantes del estudio que ha hecho del Derecho comparado, en el cual es frecuente que países que han aprobado el matrimonio entre homosexuales les prohíban la adopción:

- “1. La preferencia sexual homosexual no es inmoral ni contraria a las buenas costumbres.*
- 2. El interés superior del menor justifica que se prefiera a parejas adoptantes heterosexuales, frente a peticiones de adopción de homosexuales solos.*
- 3. No existiendo interesadas parejas heterosexuales, la preferencia homosexual no puede obstaculizar la adopción.*
- 4. La adopción del hijo del compañero homosexual desnaturaliza el instituto de la adopción, que tiene como fin esencial el crear un parentesco civil similar al que surge de la filiación biológica. Como en la filiación no surge que un niño tenga dos padres o dos madres, nos parece que otorgar derecho a la adopción a la pareja homosexual desnaturalizaría el vínculo filiatorio.*
- 5. El interés de los homosexuales debe conjugarse con el interés de los menores.*
- 6. La ley brinda medios suficientes para proteger al hijo del compañero homosexual sin desnaturalizar el instituto de la adopción.”<sup>280</sup>*

### **III. Referéndum sobre la Ley de unión civil de personas del mismo sexo**

En razón del proyecto de ley 16.390 sobre la unión civil para las parejas del mismo sexo, se ha estado promoviendo la realización de un referéndum para decidir si se aprueba o no esa ley.

*“Tal parece que será el país y no los diputados que hoy discuten el proyecto, quien podría tomar la decisión final, de si se aprueba o no la unión civil entre homosexuales, luego de que el*

---

<sup>280</sup> MEDINA, Graciela. *Op. cit.*, p. 298.

*Tribunal Supremo de Elecciones diera curso a dos solicitudes de referéndum. Es apenas el inicio de un largo camino.*<sup>281</sup>

La Sala Constitucional ha dicho que no se debe tratar a desiguales como iguales, y consideró que “la realidad demuestra que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las parejas homosexuales; consecuentemente, el legislador se encuentra legitimado para dar, en estos casos, un trato diferenciador.”<sup>282</sup> Así, el tratamiento a la intención de realizar un referéndum para aprobar o improbar una ley que tutele las relaciones afectivas homosexuales, debería ser consecuente con esa resolución, más aún, si se entiende un tema relevante y que afecta a una minoría, y no, como en la experiencia anterior de referéndum, a la mayoría.

En ese sentido, parecieran opinar algunos detractores de esta propuesta de referéndum y que apoyan el proyecto de unión civil:

*“Se trata del derecho de una minoría, entonces a nosotros no nos parece que los derechos de las minorías se sometan a la voluntad de la mayoría, nunca, en ningún país, en la historia, se ha sometido los derechos de las minorías a la voluntad de las mayorías, entonces no creemos que esta tenga que ser la excepción.”*<sup>283</sup>

*“Si no se hace esa separación entre lo religioso y lo civil, entre matrimonio y unión civil, si se sigue insistiendo que se trata de la misma cosa, y si además no se informan, con el poder económico que tienen ellos, existen dudas acerca de la orientación que vaya a tomar este referéndum.”*<sup>284</sup>

Aunque esos activistas dudan acerca de la utilización de ese mecanismo de aprobación, algunos también confían en la evolución que el tema ha tenido en nuestro país:

*“Que venga un referendo no nos intranquiliza en la cuestión de cómo iría el resultado, porque sabemos que ha habido una transformación cultural por lo que dije anteriormente, la gente ya tiene otros criterios, tiene una mentalidad mucho más amplia.”*<sup>285</sup>

Y otros actores sociales activos, especialmente en cuestiones que rozan asuntos morales, se cuestionan si el asunto podría perjudicar el ambiente social:

*Yo me pregunto, ¿y si esto polariza el pensamiento de los costarricenses?, ¿y si se llega a un referéndum?, el tipo de propaganda, ¿y los que pueden más bien como denigrar esta situación?,*

<sup>281</sup> ZAMORA, Gerardo, Periodista, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>282</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

<sup>283</sup> ARAYA TORRES, Abelardo, Vocero del Movimiento Diversidad, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>284</sup> CASTRILLO FERNÁNDEZ, Yashín, Abogado de la Comunidad Gay, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>285</sup> ARAYA TORRES, Abelardo, Vocero del Movimiento Diversidad, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

*¿y los que se exaltan? Y no sé, me hago esa pregunta, ya conociendo a los costarricenses, que el fútbol y la política nos apasiona, me queda esa pregunta, ¿si valdrá la pena correr ese riesgo de llevar una cosa así a un nivel nacional?"<sup>286</sup>*

Sin embargo, es necesario aclarar que la decisión sobre si se realiza o no dicho referéndum, la tendrán quienes han planteado el asunto en el Tribunal Supremo de Elecciones, ya que si cumple con los requisitos estipuladas en materia electoral, el referéndum se podrá realizar, tal y como se realizó el que decidió sobre el Tratado de Libre Comercio, así lo recalcó el propio Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones:

*"De suerte tal de que lo que estamos ahora de frente es, a una simple expectativa, que para convertirse en un dato cierto, y que podamos decir que vamos a referéndum tiene que cumplirse con toda esta tramitología, pero muy especialmente, con recoger, acreditar y demostrar de que más de cien mil costarricenses, casi ciento cuarenta mil costarricenses, respaldan la idea."<sup>287</sup>*

Algunos, a pesar de entender que se trata de un tema que está relacionado con la vinculación social, específicamente con asuntos de familia, consideran que se puede tratar de la misma forma que se han decidido en el país otras situaciones de índole más política.

*"Bueno, ya sufrimos la primera experiencia de lo que es un referéndum y nos pareció una cuestión muy buena, cuando se habla hoy mucho de la participación ciudadana yo creo que es un derecho y es algo que dentro de nuestra democracia se permite, es una herramienta con la que la ciudadanía puede pronunciarse."<sup>288</sup>*

Nuestra Constitución Política en el artículo 105 dice:

*"La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa por medio del sufragio (...) El pueblo también podrá ejercer esta potestad mediante el referéndum, para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución, cuando lo convoque al menos un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral..."*

El proceso está disciplinado por la Ley para la regulación del referéndum, N° 8492 del 23 de febrero del 2006, dicha ley establece que no puede convocarse a más de un referéndum al año, ni "tampoco durante los seis meses anteriores ni posteriores a la elección presidencial."<sup>289</sup> De manera que si se realiza, tendrá que ser antes de agosto del próximo año, ya que las próximas elecciones serán en febrero del 2010.

<sup>286</sup> BARRANTES UREÑA, Hugo, Monseñor, Arzobispo de San José, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>287</sup> SOBRADO GONZÁLEZ, Luis Antonio, Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>288</sup> MASSEY MORA, Guyón. Diputado de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>289</sup> Ley para la Regulación del Referéndum. Ley N° 8492 del 23 de febrero del 2006. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 2.

## CAPÍTULO IV

---

### Diferencias entre los efectos que generan la convivencia de parejas heterosexuales y la convivencia de parejas homosexuales en Costa Rica

En el capítulo que se inicia se presentan los derechos que gozan las parejas heterosexuales que no tienen las homosexuales en Costa Rica, es decir, se esbozan diversas situaciones en las que se pueden observar diferencias en el diario vivir de parejas integradas por personas del mismo sexo, en relación con las parejas heterosexuales que componen nuestra sociedad.

Desde ya queremos advertir, que ese listado no excluye otros escenarios. Se ha obtenido esta lista, del estudio de manifestaciones hechas por homosexuales, por sus detractores y del análisis propio de nuestra vida cotidiana, sin embargo como ya se había dicho, difícilmente quienes no vivamos en carne propia esa problemática podamos imaginar lo que realmente es.

Ese desglose es un buen comienzo para concretar los campos en los que se palpan contrastes entre las uniones de hecho de parejas heterosexuales y las de parejas homosexuales en nuestro país; pero sobre todo, para comprender la necesidad que tienen las uniones estables homoafectivas de ser tuteladas jurídicamente.

*“Pareciera increíble que hoy dos homosexuales que vivan juntos no puedan unir sus salarios para acceder a un crédito bancario, uno no pueda heredar al otro si fallece automáticamente, o incluso uno no pueda asegurar a la pareja. Todos, incluso la iglesia católica y los grupos cristianos reconocen estas desventajas. Donde nadie se pone de acuerdo es, en la forma de resolver estos temas. Los homosexuales proponen la unión civil para reglamentar esa relación, quienes se oponen a ese proyecto de ley sugieren otras opciones, por cierto consideradas por la comunidad gay como discriminatorias. ¿Qué están defendiendo unos y otros?”<sup>290</sup>*

Casi todos los derechos que analizamos a continuación, son aplicables también a las parejas heterosexuales que aunque no se encuentren casadas conviven en unión de hecho, pero que por su orientación sexual igualmente se ven beneficiadas al brindárseles un reconocimiento, que lejos de ser ideal en razón de su aplicación retroactiva<sup>291</sup>, las diversas modificaciones que se han ido dando en toda la amplitud del ordenamiento, les ha evitado de cierta forma sufrir la desprotección que sufren las parejas homosexuales.

---

<sup>290</sup> De esa manera iniciaba el reportaje “Comunidad gay con derechos cercenados”, el Periodista Gerardo Zamora, en el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A. (Canal 7), el 11 de agosto del 2008.

<sup>291</sup> El artículo 242 del Código de Familia establece la posibilidad del reconocimiento de la unión de hecho hasta que finaliza esa unión.

*“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.”<sup>292</sup>*

Sin embargo, como ya se ha adelantado, los efectos que producen cada una de esas convivencias son diferentes. Especialmente nos referimos a las uniones de parejas heterosexuales sin impedimento legal para casarse –que pueden optar tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho– y a las uniones de parejas homosexuales con libertad de estado, pero con impedimento legal para casarse en razón del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia y con imposibilidad de reconocérseles su unión por referirse el artículo 242 del Código de Familia a uniones “entre un hombre y una mujer”.

La asociación de dos personas para constituir una familia produce consecuencias jurídicas importantes por las obligaciones que se les impone a los contrayentes, que a su vez conforman derechos. “El matrimonio produce, desde que ha sido válidamente celebrado, una serie de efectos, tanto de orden personal como de orden patrimonial”.<sup>293</sup> Igualmente el Código de Familia en el artículo 242, establece que la unión de hecho pública, notoria, única y estable surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente<sup>294</sup>, de manera que también el reconocimiento de unión de hecho genera efectos.

En esta capítulo se abarcarán esos efectos que, vistos de una manera más simple para aquellos no familiarizados con el Derecho de Familia, constituyen una especie de derechos y deberes recíprocos entre los miembros de la pareja, beneficios y obligaciones que adquieren quienes deciden unirse en pareja para formar una familia, pero que como el título anticipa difieren de una pareja heterosexual a una homosexual, aunque igualmente se hayan unido con el objeto de la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.

Es decir, las parejas heterosexuales cuentan además del matrimonio con el reconocimiento de unión de hecho, como instituto supletorio para que el ordenamiento regule su relación y vele por la realización de esos efectos, en cambio las parejas homosexuales están totalmente desprotegidas en lo que a materia de familia se refiere. Y es preciso aquí insistir en la desafortunada tradición que ha tenido nuestro ordenamiento de utilizar figuras comerciales para proteger asuntos familiares.

---

<sup>292</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>293</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 409.

<sup>294</sup> Véase el Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 242.

Se ejemplifican entonces esos efectos que recaen en los miembros de las parejas casadas, pero se enfatiza, como es de suponer por la relatividad del tema con el título de este trabajo, en los derechos que poseen las parejas heterosexuales en unión de hecho, cuya normativa es un rejunto de diferentes fuentes, que incluye desde la Constitución Política que obliga a la protección de la familia, pasando por leyes y reglamentos, hasta la jurisprudencia que de alguna manera ha completado la regulación de la familia de hecho en Costa Rica.

Se cuestionaba uno de nuestros más destacados doctrinarios, antes de que entrara en vigencia la ley que introdujo el título sobre uniones de hecho al Código de Familia sobre las obligaciones que producía esa unión:

*“... la simple unión de hecho estaría dando origen a determinadas obligaciones en justicia a cargo de cada uno de los unidos de hecho. Estas obligaciones permitirían en cada caso determinar si se actuó justa o injustamente. Pero ¿cuáles son esas obligaciones?”<sup>295</sup>*

No obstante, a pesar de mantenerse la incertidumbre en cuanto a la especificación de esas obligaciones, por la inexistencia –a diferencia del matrimonio– de un cuerpo normativo que las contenga en su totalidad, la evolución del derecho costarricense ha nutrido a la figura de la unión de hecho de efectos tan definidos como los del matrimonio.

El Código de Familia contiene los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, en cuanto a los patrimoniales como se explicó antes, de igual forma los establece para el reconocimiento de unión de hecho. Sin embargo con respecto a los efectos personales no se hace referencia directa, y para algunos la convivencia no genera ese tipo de obligaciones, ni siquiera de tipo natural, porque la ley no las determina.

Y no faltan quienes sigan diferenciando la unión matrimonial de la unión de hecho con pensamientos añejos, justificados para la época en que se dijeron, pero no para la que hoy vivimos:

*“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 la mujer: Vais a vivir, en lo sucesivo, como amantes (a la manera que diría: viviréis como marido y mujer). A lo sumo podría decirles en su día: “habéis vivido como amantes y, en atención a esa situación, procederemos a liquidar vuestros intereses”.<sup>296</sup>*

<sup>295</sup> BAUDRIT CARRILLO, Luis. Apuntes sobre la Unión Marital de Hecho. Revista Ivstitia, año 8, N° 92, San José, Costa Rica, agosto, 1994, p. 12.

<sup>296</sup> CARBONNIER, Jean, citado por TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 416.

Ese tipo de posiciones sirven para entender también las diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, debidas a una miopía social persistente que a simple vista no percibe las implicaciones que genera el desconocimiento de las parejas compuestas por personas del mismo sexo como fuente de familia y la necesidad que tienen de ser reconocidas dentro del Derecho de Familia para ser cobijadas por el ordenamiento jurídico de la misma forma que se protege a cualquier otro vínculo familiar.

Afortunadamente, otros consideran que en cuanto a las obligaciones de los convivientes en unión de hecho “será la jurisprudencia de los tribunales la que venga a especificar esos deberes.”<sup>297</sup> Y es en razón de esa jurisprudencia que consideramos que los efectos del matrimonio y el reconocimiento de unión de hecho deberían ser los mismos:

*“La jurisprudencia constitucional (entre otras, ver sentencias números 3435-92, 0346-94, 1151-94, 1975-94, 2129-94, 3693-94), ha sido constante en señalar que el concepto de familia contenido en el artículo 51 de la Constitución Política comprende, no sólo al matrimonio formado por vínculos formales (sean jurídicos o religiosos), sino que se hace extensiva a la familia de hecho, es decir, a la formada por lazos afectivos, que reúnan ciertas características básicas para la determinar la existencia lícita de esa unión, tales como la estabilidad, publicidad, cohabitación, singularidad o exclusividad, y la de tener libertad de estado. En las actas de la Asamblea Nacional Constituyente se corrobora la intención del legislador constituyente de no excluir a las familias de hecho de la protección constitucional (según el análisis que se hizo en sentencia número 1151-94, de las quince horas treinta minutos del primero de marzo de mil novecientos noventa y cuatro). El hecho de que el constituyente le haya dado protección constitucional al matrimonio, considerándolo la base esencial de la familia, no es excluyente de otros tipos de familia; de manera que tanto el matrimonio como las familias de hecho son simultáneamente fuentes morales y legales de familia, en tanto no existe un impedimento legal para constituir una familia de hecho...”*<sup>298</sup>

Lo anterior, por supuesto que se contrapone con la desprotección presente en nuestro ordenamiento jurídico del vínculo existente entre personas del mismo sexo que conforman una pareja. Es validando esta situación, que se utilizarán en este capítulo algunas reflexiones de personas que –a pesar de necesitar en su mayoría del anonimato para evitar señalamientos en los círculos que se desenvuelven, especialmente en sus ámbitos de trabajo– han querido compartir su experiencia.

Entonces, está claro que entre las parejas compuestas por personas del mismo sexo igual que en las parejas heterosexuales se generan una serie de circunstancias producto de su relación; es decir, se forjan relaciones de parentesco con la familia de la pareja, también se presentan inconvenientes o infortunios y hay desigualdades, que aunque no basadas en género pueden

<sup>297</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 409.

<sup>298</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 10162, de las catorce horas cincuenta y tres minutos del diez de octubre del dos mil uno.

producirse por diferencias económicas, educativas y hasta por la misma personalidad de sus miembros.

Así que de la misma forma que el Derecho ampara a las personas que conforman parejas heterosexuales una vez que su asociación produce efectos –ya sea que se legitime con anterioridad a su desarrollo como sucede con el matrimonio, o una vez finalizada la relación, como en el caso del reconocimiento de unión de hecho–, debería hacerlo con las parejas homosexuales.

### **1) Efectos Patrimoniales que carece la unión de hecho homosexual**

Los efectos patrimoniales aparecen en el Código de Familia en el Capítulo VI denominado “Del régimen patrimonial de la familia”, y generan una serie de situaciones que viven día a día quienes deciden unirse para formar una familia.

*“El matrimonio, y en sentido más general, la familia, generan consecuencias no solo de orden personal entre sus miembros, sino también otros de carácter patrimonial que derivan tanto de la necesaria relación que se establece entre los patrimonios de los distintos miembros del grupo, como de ellos con terceros.”<sup>299</sup>*

Dentro de ese capítulo que se refiere al régimen patrimonial se abarcan las capitulaciones patrimoniales, el régimen patrimonial de los cónyuges y el patrimonio familiar, deja en un capítulo aparte los alimentos, que sin embargo abarcaremos en esta sección por parecernos que no permite una clasificación exacta, además de que difícilmente se puedan delimitar de manera precisa los efectos patrimoniales de los efectos personales, en el sentido de que ambos podrían afectar la economía familiar y por supuesto la convivencia de ésta como tal.

*“Los alimentos, como prestación, si bien se fundan en el deber de asistencia, se traducen en valores pecuniarios, de contenido económico, que aseguran la subsistencia material.”<sup>300</sup>*

Pareciera que para cumplir con los fines del matrimonio, que se podrían considerar de alguna manera extrapatrimoniales, es necesario también un sustento económico, razón que podría fundamentar que el ordenamiento regule de modo especial los efectos patrimoniales.

*“Esta amplitud del tema, y el hecho de que algunos de los aspectos mencionados aún son objeto de regulación por el derecho civil, hace difícil la determinación concreta de los puntos que abarca el régimen patrimonial de la familia.”<sup>301</sup>*

---

<sup>299</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 157.

<sup>300</sup> BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Op. cit.*, p. 202.

<sup>301</sup> BELLUSCIO, Augusto César. *Op. cit.*, p. 24.



Igualmente cabe agregar:

*“... que no todos los efectos patrimoniales del estado de familia están regulados por el derecho de familia, ya que el derecho sucesorio intestado es efecto patrimonial de dicho estado y está regulado por otra de las divisiones del derecho civil.”<sup>302</sup>*

Por lo tanto, de más está decir que también se abarca el tema sucesorio en esta parte de nuestra investigación por la relevancia y relación que tiene con la materia patrimonial.

Otra razón para abordar en esta sección además de los temas que generalmente se contemplan dentro de los efectos patrimoniales del matrimonio (las capitulaciones matrimoniales, el régimen patrimonial de los cónyuges y el patrimonio familiar), los temas de alimentos y sucesiones, es que la mayoría de la doctrina, cuando se refiere a los efectos patrimoniales de la unión de hecho como resultado de su reconocimiento, hace también énfasis en el derecho a los alimentos y a los derechos sucesorios que tienen los convivientes.

Es preciso recalcar que las leyes a las que se hará referencia, hablan constantemente del matrimonio, aún cuando estamos abarcando el tema de la familia, sin embargo eso se debe a la conexión que hace nuestra Constitución Política entre los artículos 51 y 52, de donde consideramos surge la percepción del matrimonio como derecho fundamental, al declarar a éste como base esencial de la familia, y a pesar de que en repetidas ocasiones la Sala Constitucional ha dicho que esa afirmación no limita los tipos de familia, todo el orden normativo lógicamente está desarrollado en base a esa conectividad entre familia y matrimonio.

*“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.”<sup>303</sup>*

Inicia el capítulo del régimen patrimonial de la familia con el artículo 37 en el que se abordan las capitulaciones matrimoniales.

#### **a) Derecho a convenciones matrimoniales**

Existe la posibilidad en algunos ordenamientos de realizar un negocio jurídico entre los futuros esposos, con el objeto de regular el régimen económico del matrimonio. En Costa Rica a ese convenio prematrimonial se le conoce como capitulaciones matrimoniales y “pueden otorgarse

---

<sup>302</sup> *Ibíd.*

<sup>303</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 83.

antes de la celebración del matrimonio, o durante su existencia y comprenden los bienes presentes y futuros<sup>304</sup> según dice el artículo 37 del Código de Familia.

*“Las capitulaciones matrimoniales son contratos celebrados con ocasión del matrimonio, destinados a regular y organizar sus efectos patrimoniales en especial entre los esposos fijando el régimen conyugal, pero pueden incluirse en ellos convenciones de la misma índole relacionadas con otros miembros de la familia (hijos y ascendientes), e incluso pueden contemplar asuntos de naturaleza no pecuniaria, aunque excepcionalmente.”<sup>305</sup>*

Las parejas homosexuales no tienen la posibilidad de hacer capitulaciones al iniciar su convivencia, aunque tampoco las parejas heterosexuales en unión de hecho ya que su reconocimiento está previsto por la ley únicamente cuando finaliza la relación.<sup>306</sup>

*“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.”<sup>307</sup>*

En otra tesis de 1997, ya también se había hecho referencia a un concepto parecido cuando afirmaban los autores que “con la actual regulación de la unión de hecho surge una nueva concepción de capitulaciones: Capitulaciones Convivenciales”<sup>308</sup>.

Además de plantear ese término, Murillo en su tesis dice que si la unión de hecho tuviera la posibilidad de registrarse ante una autoridad administrativa se podría sustentar aún más esa opción, “dando así mayor seguridad jurídica a los miembros de esa unión, con el fin (de) evitar el apropiamiento arbitrario del patrimonio obtenido mediante el esfuerzo común.”<sup>309</sup>

No obstante, surge la duda de que si se registrase la unión de hecho, dejaría su carácter de facto para pasar a constituirse en un figura de derecho, lo que más bien daría origen a otro tipo de institución que no sería “de hecho”, algo así como la unión civil que se está planteando en el proyecto de ley 16.390 y que se utiliza en el derecho comparado.

---

<sup>304</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 37.

<sup>305</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 409.

<sup>306</sup> Al respecto dice MURILLO RODRÍGUEZ en su tesis: “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.” P. 84.

<sup>307</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>308</sup> GONZÁLEZ ÁVILA, Juan Diego y GUTIÉRREZ AIZA, Randall. Los derechos que nacen con el reconocimiento legal de la unión de hecho, en materia de: régimen patrimonial, pensión alimentaria y derechos sucesorios, a la luz de la adición al título séptimo del Código de Familia costarricense. Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1997, p. 270.

<sup>309</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 84.

Sin embargo, a pesar de no concordar el nombre de capitulaciones matrimoniales al convenio que pudiera hacer una pareja en unión de hecho, no se ha encontrado impedimento en la ley para realizarlo ya que ésta establece que se puede hacer antes de la celebración del matrimonio, y no impone un plazo para casarse. “Lo que queda pendiente es saber si los jueces le darán el mismo valor que a las capitulaciones celebradas entre cónyuges”.<sup>310</sup>

Igualmente sucedería si una pareja homosexual quisiera realizar un convenio de este tipo, en razón de ser un negocio jurídico que se rige por la libertad de contratación “ya que afecta a sus propios y exclusivos intereses”<sup>311</sup>. Sin embargo, queda claro que se está hablando de un ámbito fuera del Derecho de Familia, y por ello la existencia de esa posibilidad.

*“Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros.”<sup>312</sup>*

Entonces, las convenciones matrimoniales son de naturaleza contractual, regulan aspectos de orden patrimonial sobre la propiedad, administración o goce de los bienes bajo un supuesto de vínculo de pareja.

Según nuestro Código de Familia para que ese convenio tenga validez debe inscribirse en escritura pública en el Registro Público. Son de régimen facultativo, es decir, si se quiere se hacen, si no, entra a regir el régimen legal supletorio que ofrece una libre disposición, pero no absoluta, de los bienes y que deriva de la voluntad del legislador.

## **b) Derecho a bienes gananciales**

Se utiliza el término de bienes gananciales no sólo como un adjetivo para calificar los bienes, sino también como sustantivo abstracto cuando se llama así al derecho de participación que tiene cada miembro de la pareja en el valor de los bienes adquiridos durante el tiempo en que estuvieron unidos.

El artículo 41 del Código de Familia establece:

*“Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el*

---

<sup>310</sup> *Ibíd.*

<sup>311</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 160.

<sup>312</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 40.

*derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación...”*<sup>313</sup>

Este régimen supletorio es el que prevalece cuando quienes se unen para formar una familia no realizan ningún convenio “o cuando hecho este, ha resultado nulo. Así, de un modo u de otro, siempre las relaciones económicas dentro del matrimonio estarán sujetas a un ordenamiento”<sup>314</sup>.

Es un régimen novedoso dentro del Derecho de Familia, porque se le viene a dar importancia al valor de la mujer. Es de participación limitada –no absoluta, ya que no se reparten todos los bienes– y diferida, porque hasta que se disuelve el vínculo se reparten los bienes; se supone en una relación de igualdad e independencia entre los miembros de la pareja. No es que exista una copropiedad real entre los cónyuges sobre los bienes gananciales, lo que existe en nuestro sistema jurídico es un derecho y participación en el valor de ciertos bienes.<sup>315</sup>

*“... Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación:*

- 1.- Los que fueron introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria;*
- 2.- Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales;*
- 3.- Aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio;*
- 4.- Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y*
- 5.- Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.*

*Se permite renunciar, en las capitulaciones matrimoniales o en un convenio que deberá hacerse escritura pública, a las ventajas de la distribución final.”*<sup>316</sup>

Esa participación convierte a la pareja en socios de facto de una sociedad conyugal, sin embargo “la naturaleza de esta sociedad es “sui generis” y no puede compararse a las comerciales”<sup>317</sup>, afirmación importantísima ante la insistencia de algunos de utilizar otras ramas del derecho para regular relaciones de familia.

Ahora bien, en lo que a esta investigación atañe, es necesario recalcar que a los bienes gananciales tienen derecho tanto los cónyuges como los convivientes de la unión de hecho legalmente reconocida, ya que el artículo 242 del Código de Familia dice que “surtirá todos los

---

<sup>313</sup> *Ibíd.*, artículo 41.

<sup>314</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 182.

<sup>315</sup> Explicación de la Profesora Karla Montero Soto en el curso de Derecho de Familia de esta Facultad, el 05 de setiembre del 2005.

<sup>316</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 41.

<sup>317</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 185.

efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente”<sup>318</sup>, además de que así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia.

*“... la unión de hecho judicialmente reconocida tiene los mismos efectos patrimoniales del matrimonio legalmente constituido, según lo regula el numeral señalado supra y el ordinal 41 del Código de Familia, en el sentido de que ambos convivientes adquieren el derecho de participación en el cincuenta por ciento del valor neto de los bienes adquiridos durante la unión con el esfuerzo común de los convivientes.”<sup>319</sup>*

Lo anterior es sumamente importante en este trabajo, ya que nos demuestra que a pesar de la desventaja en la que se coloca en Costa Rica a las parejas que no cumplen con la formalidad del matrimonio, encuentran su patrimonio protegido de la misma forma que una pareja casada, ya que el Código de Familia establece los mismos efectos patrimoniales para las parejas en unión de hecho, amén de contar con un sistema de participación diferida en los gananciales “que se caracteriza por resultar una combinación de los dos sistemas tradicionales, a saber, los regímenes de separación y los de comunidad”<sup>320</sup>.

*“La separación se aplica estando vigente el matrimonio, y conforme a ella existe en ese período una independencia total de los bienes de los esposos (...) Mas al momento de disolverse el vínculo nace el derecho de cada uno de los cónyuges de participar en la mitad del valor de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro.”<sup>321</sup>*

La pareja homosexual al no reconocerse en nuestro ordenamiento, queda en total indefensión en este campo. Algunas personas homosexuales, cuentan la forma en que relaciones pasadas, las han dejado en ‘la calle’, ya que por desconocimiento y muchas veces cegadas por el amor hacia su pareja, han descuidado aspectos legales al adquirir bienes con el esfuerzo de ambas partes.

*“Yo me fui, le dejé todo, todo lo que compré con mi esfuerzo de tantos años, cómo iba a pelear si yo era la que me había cansado, de las locuras que hacía. Tuve que empezar de nuevo, mi familia me apoyó muchísimo en ese tiempo, pero estaba muy confundida. Después, cuando pensé con claridad y entendí que no se tiene que pagar para terminar una relación ¿ya qué podía hacer?”<sup>322</sup>*

Además es necesario recalcar que este régimen patrimonial no sólo involucra las relaciones económicas entre los miembros de la pareja, sino que además abarca la relación de la pareja con

---

<sup>318</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 242.

<sup>319</sup> Tribunal de Familia de San José, resolución N° 336 de las diez horas treinta minutos del veintiséis de febrero del dos mil cuatro.

<sup>320</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 194.

<sup>321</sup> *Ibíd.*

<sup>322</sup> Relato de una mujer de 40 años en un conversatorio que se realizó con varias parejas estables compuestas por personas del mismo sexo, quienes solicitaron su anonimato, el 03 de marzo del 2008.

terceros. De manera que una pareja homosexual al no contar con un régimen de este tipo, si no prevé situaciones infortunadas, corre el riesgo de que en caso de que alguno de sus miembros falte el otro quede en total desamparo.

*“Silvia y Francine conviven desde hace cuatro años, Dios no lo quiera, pero si una de ellas fallece, los bienes gananciales, es decir, los que elaboraron juntas, no pasarán a manos de su compañera.”<sup>323</sup>*

La liquidación del régimen patrimonial, se puede dar por varias causas: cuando hay un divorcio, o una separación en el caso de los convivientes, cuando muere el cónyuge o conviviente, cuando se declara nulo el matrimonio y hasta por una liquidación anticipada en el caso de que uno de los cónyuges esté en riesgo de que el otro haga uso inapropiado de los bienes.

*“Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos (...)”<sup>324</sup>*

También hay otras causas implícitas de liquidación “como son la declaratoria de ausencia, la interdicción declarada y la prisión de uno de los cónyuges; todos estos hecho en el tanto en que constituyen a su vez causales de divorcio o separación”<sup>325</sup> y de los cuales también carecen las parejas homosexuales al no reconocérseles su vínculo familiar.

### **c) Derecho a la afectación del inmueble familiar**

Continuando con el orden que brinda el Código de Familia, entraremos ahora a referirnos al patrimonio familiar conocido también como bien de familia.

“El régimen de afectación a habitación familiar, tiene por objeto proteger bienes inmuebles que constituyen vivienda, o son medio de subsistencia del núcleo familiar”<sup>326</sup>, y consiste en la posibilidad de que el dueño del inmueble que sirve de habitación a la familia, voluntariamente lo afecte en el Registro Público de la Propiedad para garantizarse la permanencia y estabilidad en la casa donde habita la familia.

---

<sup>323</sup> ZAMORA, Gerardo, Periodista, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>324</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 41.

<sup>325</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 208.

<sup>326</sup> BENAVIDES SANTOS, Diego. *Op. cit.*, p. 189.

A continuación, se presentan los artículos del Código de Familia pertinentes a este tema relevantes para nuestra investigación por demostrar la ventaja existente para las parejas heterosexuales, ya sea en matrimonio o en unión de hecho –que valga recalcar no requiere la declaratoria de esa unión, ya que sería inoperante el instituto en estos casos– y que sería fácilmente aplicable a las parejas formadas por personas del mismo sexo, si se ampliara el artículo 242 del Código de Familia para que las incluyera.

*“Artículo 42: El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado sino con el consentimiento de ambos cónyuges, si el propietario estuviese ligado en matrimonio, o por disposición judicial, a solicitud del propietario, previa demostración, en este último caso, de la utilidad y la necesidad del acto. Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente.*

*Artículo 43: La afectación la hará el propietario a favor del cónyuge o conviviente, si se tratare de unión de hecho, o de los hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble. Tanto la afectación como su cesación deberán hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro correspondiente, y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción. La afectación y su cesación no estarán sujetas al pago de impuestos ni de derechos de registro.”<sup>327</sup>*

A diferencia del apartado anterior, donde la liquidación se hace una vez finalizada la unión de hecho, igual que el reconocimiento de la misma, lo que reafirma que los efectos patrimoniales se retrotraen. En este caso existe un reconocimiento de la unión durante su existencia, ya que el conviviente puede afectar el inmueble familiar mientras convive con su pareja; sin embargo, vale comentar que esa posibilidad se da a raíz de la Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer, que realizó importantes reformas al Código de Familia.

Es a partir de su vigencia que “el conviviente en unión de hecho (sea en parejas solteras, viudas o divorciadas o en parejas sin libertad de estado) puede gozar del beneficio del patrimonio familiar”<sup>328</sup>, dicen Trejos y Ramírez en su libro de Derecho de Familia, la última descripción sin embargo obedece a que cuando lo escribieron todavía no había sido declarado inconstitucional el artículo 246, que se refería a las parejas sin libertad de estado.

No está de más recalcar que las parejas homosexuales no cuentan con la posibilidad de realizar una afectación a su inmueble familiar, ya que legalmente no son ni cónyuges ni convivientes.

---

<sup>327</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, artículos 42 y 43.

<sup>328</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 412.

La afectación familiar continúa en el Código de Familia con los artículos 44 sobre la exención de impuestos y timbres, el 45 que advierte sobre la imposibilidad de inscribir escritura que viole esa afectación, el 46 que describe las características de los inmuebles afectables y el 47 que abarca la cesación de la afectación familiar, con el cual concluye el articulado del régimen patrimonial de la familia, ya que como se adelantó, algunas otras materias relativas se encuentran aparte, como sucede con nuestra próxima referencia.

#### **d) Derecho a alimentos**

Este derecho, esencial para la sobrevivencia del ser humano, y fundamental en el tema de familia, encuentra su definición más clara en el artículo 164 del Código de Familia:

*“Se entiende por alimentos lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien ha de darlos. Se tomarán en cuenta las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para su normal desarrollo físico y síquico, así como sus bienes.”<sup>329</sup>*

Sin embargo el artículo se refiere únicamente a los “gastos ordinarios” que requiere todo alimentario, pero también existen otras erogaciones conocidas como “gastos extraordinarios”<sup>330</sup>, en las que incurre el beneficiario y que debe proveer el alimentante, éstas las introdujo el artículo 37 del Código de la Niñez y Adolescencia:

*“El derecho a percibir alimentos se garantiza en los términos previstos en el Código de Familia y las leyes conexas. Extraordinariamente, la prestación alimentaria comprenderá, además, el pago de lo siguiente:*

- a) Gastos extraordinarios por concepto de educación, derivados directamente del estudio o la instrucción del beneficiario.*
- b) Gastos médicos extraordinarios; de necesidad notoria y urgente.*
- c) Sepelio del beneficiario.*
- d) Cobro del subsidio prenatal y de lactancia.*
- e) Gastos por terapia o atención especializada, en casos de abuso sexual o violencia doméstica.”<sup>331</sup>*

Fue en razón de ese mismo afán de ampliar el término de alimentos que al modificar la Ley de Pensiones Alimenticias de 1953, se sustituyó en el título la palabra “Alimenticias” por “Alimentarias”, por considerarse un término más general. Asimismo la doctrina también se ha referido a la necesidad de ampliar el concepto de alimentos:

<sup>329</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 164.

<sup>330</sup> Explicación de la Profesora Karla Montero Soto, en el Curso de Derecho de Familia de esta Facultad, el 03 de octubre del 2005.

<sup>331</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 164.



*“El concepto de la palabra “alimentos” debe ser entendido en un sentido amplio, ya que no sólo significa la alimentación propiamente dicha para mantener el cuerpo, sino que además, comprende lo necesario para que un menor se pueda desarrollar bien, y si se trata de un adulto, que éste pueda mantenerse.”<sup>332</sup>*

De acuerdo con el artículo 167 del Código de Familia la obligación alimentaria es irrenunciable, intransmisible, imprescriptible, personalísima e incompensable; adjetivos que permiten usualmente la caracterización de esa obligación, en conjunto con los que dice la ley específica, que afirma que la obligación alimentaria es además perentoria y prioritaria.<sup>333</sup>

La deuda de pensión alimentaria tiene prioridad sobre otras deudas de materia civil:

*“... la deuda alimentaria no es en sí misma una deuda civil, ya que a la misma, a pesar de ser una obligación patrimonial, le alcanzan los caracteres fundamentales propios de la materia alimentaria, diversos de las obligaciones meramente patrimoniales comunes, las cuales tienen su base en los contratos o fuentes generales de las obligaciones, en tanto la obligación de dar alimentos se deriva de los vínculos familiares que impone ya sea el matrimonio, la patria potestad o bien el parentesco...”<sup>334</sup>*

Entonces, a pesar de ser igualmente una obligación patrimonial se diferencian en que la deuda alimentaria se deriva de vínculos familiares, y precisamente ahí radica su preponderancia.

*“El derecho a percibir alimentos –y la correlativa obligación de prestarlos– deriva de una relación alimentaria legal, de contenido patrimonial, pero cuyo fin es esencialmente extrapatrimonial: la satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida, para la subsistencia de quien los requiere.”<sup>335</sup>*

De manera más específica, la Ley de Pensiones Alimentarias, establece el procedimiento y las reglas determinadas con respecto a la obligación alimentaria que se adquiere al formar parte de una familia. Ese proceso se rige por “los principios de gratuidad, oralidad, celeridad, oficiosidad, verdad real, sencillez, informalidad y sumariedad, todo esto en equilibrio adecuado con el debido proceso.”<sup>336</sup>

El proceso de pensión alimentaria cuenta con varias medidas coercitivas que se pueden extraer de la misma ley, tales como el allanamiento, el embargo, la retención salarial, la restricción migratoria, incluso el apremio corporal.

<sup>332</sup> CAMACHO, Alfonsina, citada por GONZÁLEZ ÁVILA, Juan Diego y GUTIÉRREZ AIZA, Randall. *Op. cit.*, p. 233.

<sup>333</sup> Al respecto véase el artículo 2 de la Ley de Pensiones Alimentarias. Ley N° 7654 del 19 de diciembre de 1996. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.

<sup>334</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 1620 de las diez horas del dos de abril de mil novecientos noventa y tres.

<sup>335</sup> BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>336</sup> Ley de Pensiones Alimentarias. Ley de Pensiones Alimentarias. Ley N° 7654 del 19 de diciembre de 1996. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 2.

En lo que a las relaciones de pareja se refiere, la obligación alimentaria con respecto a los cónyuges se establece en el artículo 169 del Código de Familia que dice expresamente: *“Deberán proveer alimentos: 1) Los cónyuges entre sí...”*<sup>337</sup> Además en el artículo 245 del mismo Código se hace referencia a los convivientes en unión de hecho:

*“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.”*<sup>338</sup>

Recapitulando, entonces diremos, que la pensión alimentaria es “un derecho reconocido por la ley que le otorga a una persona la posibilidad de recibir una cantidad de dinero por parte de otra persona, que esté o haya estado unida a ella por lazos de parentesco o por haber mantenido una relación de pareja reconocida judicialmente.”<sup>339</sup> Se puede solicitar aún cuando la pareja permanezca unida en matrimonio según el artículo 170 del Código de Familia, sin embargo en caso de unión de hecho se debe realizar primero un proceso de reconocimiento de dicha unión, lo que nos llevaría a entender nuevamente que existen excepciones creadas por leyes específicas que reconocen la unión de hecho durante su duración y no únicamente al finalizar como establece el código pertinente.

*“Como vemos, el derecho eleva a un deber legal la prestación alimentaria entre los unidos de hecho, tomando de base para su eficacia, el reconocimiento previo de la unión en el proceso abreviado correspondiente.*

*Esta norma plantea dos situaciones: la obligación alimentaria durante la vigencia de la unión y la obligación alimentaria luego de finalizado el vínculo de hecho.*

*El reconocimiento judicial de la unión de hecho puede solicitarse, como señalamos anteriormente, aun estando vigente el vínculo”*<sup>340</sup>

Las parejas homosexuales no pueden utilizar este instituto, ya que su relación no es reconocida como parentesco en nuestro ordenamiento, y el parentesco es un requisito indispensable para poder solicitar la pensión alimentaria.

Si una relación de años de una pareja homosexual finaliza por cualquier causa, el conviviente que ha sido dependiente durante todo ese tiempo, queda al amparo únicamente de la buena voluntad de su ex pareja, porque el ordenamiento no le brinda una herramienta que pueda emplear ante su nueva realidad, y el único instrumento al que podrá recurrir será la sociedad de hecho, la cual pertenece al derecho comercial y no al de familia.

<sup>337</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 169.

<sup>338</sup> Código de Familia. *Op.cit.*, artículos 169 y 245.

<sup>339</sup> MORA SÁNCHEZ, Hannia. *Pensión Alimentaria: lo que usted debe saber de la pensión alimentaria*. Primera Edición. CONAMAJ, San José, Costa Rica, 2001, p. 9.

<sup>340</sup> GONZÁLEZ ÁVILA, Juan Diego y GUTIÉRREZ AIZA, Randall. *Op. cit.*, p. 286.

## e) Derechos sucesorios

Si un miembro de una pareja heterosexual fallece sin haber realizado testamento, quien disponga de los bienes una vez realizada la liquidación de los bienes gananciales, probablemente sea el cónyuge o conviviente superviviente; si una persona homosexual muere sin haber testado, la pareja que le sobrevive no tiene la más mínima posibilidad de disponer de esos bienes, y a eso hay que agregarle el agravante de que tampoco pudo haberse realizado una liquidación de bienes gananciales.

*“Una persona fallece en un accidente de tránsito, de los que tenemos todos los días, y su pareja sobreviviente, de la noche a la mañana es expulsado, es sacado de la casa, ojalá de la casa que haya pagado él, que esté pagando, y todos sus bienes, todo su patrimonio, pasa a manos o pasa a poder de la familia que lo había discriminado, al fallecido, a su pareja.”<sup>341</sup>*

*“Es decir, que si las cosas estaban a nombre de él, por ‘x’ razón, porque él tenía un mejor salario, porque estaba afiliado a algunas asociaciones o cooperativas, donde le era más fácil sacar las cosas, la familia de él puede prácticamente despojarme de todo, dejándome literalmente en la calle.”<sup>342</sup>*

Nuestro ordenamiento permite que una persona disponga de sus bienes antes de morir, sin embargo también regula el tema en caso de que no se haya realizado esa disposición, y establece un orden para los herederos legítimos.

*“Artículo 571: Si una persona muriere sin disponer de sus bienes, o dispusiere sólo en parte, o si, habiendo dispuesto, el testamento caducare o fuere anulado, entrarán a la herencia sus herederos legítimos.*

*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; y*

*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...”<sup>343</sup>*

<sup>341</sup> CASTRILLO FERNÁNDEZ, Yashín, Abogado de la Comunidad Gay, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>342</sup> ARAYA TORRES, Abelardo, Vocero del Movimiento Diversidad, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>343</sup> Código Civil. Ley N° 30 del 19 de abril de 1885. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículos 571 y 572.

Especial atención merece el inciso ch) de ese artículo.<sup>344</sup> Antes de 1990 se había dejado de lado el reconocimiento de los derechos de la persona que hubiere convivido en unión libre y que hubiere sobrevivido al causante. Cuando se presentaba ese supuesto se trataba de llenar el vacío normativo por vía jurisprudencial mediante la figura de la sociedad de hecho. Lo que se suponía era, que con la muerte de uno de los que conformaban la pareja, se tenía entonces que entrar a liquidar la sociedad de hecho y se distribuía el haber en cincuenta y cincuenta.

El inconveniente que se presentó en la interpretación jurisprudencial fue que se exigía el cumplimiento de los requisitos de toda sociedad, es decir, el *animus societatis*, ánimo de lucro, un aporte y el ejercicio común de una actividad. Pero la jurisprudencia no permitía que el aporte se diera por el simple esfuerzo común, sino que se exigía uno de tipo patrimonial, de manera que muchas veces en esta sociedad machista las mujeres no tenían qué aportar, lo que generaba que ni siquiera esa figura –la sociedad de hecho– resolviera el problema. Posteriormente la Sala Primera reconoció el esfuerzo común como aporte, además de que la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, incorporó al conviviente en unión de hecho al artículo.

Pareciera que el conviviente de hecho no va a tener los problemas para heredar que se le presentan al cónyuge en el apartado b) del inciso 1, porque las limitaciones que se imponen son para el cónyuge. Sin embargo, según ese mismo inciso, pero en el apartado ch), el conviviente tiene derecho únicamente sobre los bienes adquiridos en el tiempo que duró su relación con quien falleció.

Al declarar la Sala Constitucional la inconstitucionalidad del artículo 246 del Código de Familia, que se refería a las relaciones de hecho en las que no se tiene la aptitud legal necesaria para reconocer esa unión de hecho, muchos han sufrido a causa de las sucesiones.

*“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.”<sup>345</sup>*

De todas formas para algunos no es tan cierto eso de la equiparación de la unión de hecho con el matrimonio, así por ejemplo opinaba en sus lecciones de Juicios Universales el Licenciado Jorge Cerdas: “No está equiparada la unión de hecho con el matrimonio, si no sería bigamo el casado y en una unión de hecho, pero no se castiga como bigamo”.<sup>346</sup>

<sup>344</sup> La explicación que en adelante se da, fue realizada por el Profesor Jorge Cerdas Pérez, en Juicios Universales, el 26 de marzo del 2007.

<sup>345</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 89.

<sup>346</sup> Palabras dichas al impartir lecciones de Juicios Universales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Continuando, es necesario recalcar la desprotección que sufren las parejas homosexuales, que de no testar cualquiera de sus miembros, corren el riesgo de que el conviviente que les sobrevive sea despojado de lo que justamente le corresponde, sin obviar el hecho de que en nuestro país, pocas personas tienen la costumbre de planificar lo que suceda al fallecer.

Además, la sucesión legítima se utiliza también en casos de que falte parcialmente un testamento, como sucede por ejemplo en los casos en que el causante adquirió bienes después de realizado el testamento, de manera tal, que a pesar de no necesitarse el reconocimiento de la unión de hecho de parejas homosexuales para heredar porque se tiene la posibilidad de hacer un testamento, igual se podrían presentar injusticias por su desconocimiento dentro del ordenamiento.

*“De esta forma se puede ver lo importante que resulta la regulación del matrimonio homosexual en relación con el tema sucesorio, ya que a pesar de que estas parejas pueden recurrir al testamento sin la figura matrimonial, se ha determinado como el sistema de sucesión legítima se aplica de forma supletoria e incluso en forma conjunta. Asimismo, el término de herederos legítimos es utilizado en abundante legislación como la agraria, la penal, la laboral entre otras.”<sup>347</sup>*

Algunas parejas homosexuales tienen la oportunidad de generar grandes patrimonios durante su relación, y es que la mayoría de ellas –podría ser una apreciación equivocada, pero al menos así sucede con las que hemos conversado en nuestra investigación– al no tener hijos, gozan de mayor disposición de tiempo (posibilidad de mayor desarrollo profesional con mejor salario) y de sus ingresos. Para nadie es un secreto los gastos en los que incurren los padres de familia en una sociedad cada día más consumista, donde hasta la educación se ha vuelto excesivamente cara, con una tendencia cada vez más marcada por la privatización, amén de los cambios tecnológicos y resultados de la globalización que empujan a la “necesidad” de diversos productos de alto valor.

De manera que nos referimos a acumulaciones de riqueza bastante considerables, lo que genera mayor interés a la hora de disponerlas y mayor probabilidad de injusticias. Algunos podrían opinar que es un tipo de castigo para la persona que no dispuso de sus bienes en un testamento, pero hay que considerar también la dificultad, por todos los prejuicios sobradamente conocidos, de realizar un testamento en el cual se reconozca la homosexualidad.

## **2) Efectos Personales que carece la unión de hecho homosexual**

Los efectos personales del matrimonio, que reiteramos, deberían ser los mismos de la unión de hecho, los abarca el artículo 34 del Código de Familia que establece de manera conjunta las

---

<sup>347</sup> HERNÁNDEZ LEIVA, Mónica y VALVERDE PHILLIPS, Carmen Laura. *Op. cit.*, p. 191.

obligaciones y responsabilidades de los esposos: la responsabilidad y el gobierno de la familia; el deber de regular los asuntos domésticos, proveer la educación de sus hijos y preparar su porvenir; y la obligación de convivencia, respeto, fidelidad y socorro mutuo.

*“El matrimonio da origen a una comunidad de vida (espiritual y material) entre el hombre y la mujer y a una serie de derechos y deberes recíprocos. A diferencia del derecho antiguo, que establecía una notoria desigualdad entre el varón y la mujer, el derecho moderno, debido al influjo de la ideas de libertad e igualdad que se han abierto paso después de la Revolución Francesa, el Código de Familia consagra la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.”<sup>348</sup>*

La convivencia de una pareja ya sea en matrimonio o en unión de hecho produce entonces otros efectos no patrimoniales que igualmente dan nacimiento a una serie de derechos durante, o al finalizar la relación de pareja. El hecho de que el Código de Familia le atribuya únicamente los efectos patrimoniales a la unión de hecho, no excluye que se den también los personales, ya que la misma convivencia los genera, así por ejemplo, la presunción de paternidad del hombre que haya convivido en unión de hecho, “es, en cierta medida, la revelación de la fidelidad que la ley supone en este tipo de unión (...) una presunción de paternidad extramatrimonial que es, a la vez, **una presunción de cohabitación y fidelidad.**”<sup>349</sup>

Como se dijo anteriormente, a lo mejor el reconocimiento de esos derechos tenga igualmente que los patrimoniales un efecto económico. Sin embargo, se debe pensar que surgen más en aras de cumplir con los fines de la vida conyugal: la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio. Fines que a pesar de limitarse en el código al matrimonio, la interpretación del conjunto normativo que cuenta con otras leyes en materias específicas, permite extenderlos a las uniones de hecho.

#### **a) Derecho a la solicitud de declaratoria de interdicción y a la prioridad de la curatela legítima**

Cuando una persona adulta pierde su capacidad “intelectual, mental, sensorial o física”<sup>350</sup> en aras de atender sus intereses propios se debe sujetar a la curatela, la cual tiene por objeto “proteger a quienes no tienen la aptitud precisa para hacer valer por si mismos sus derechos en la vida

---

<sup>348</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 121.

<sup>349</sup> *Ibíd.*, p. 415.

<sup>350</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 230.

jurídica.”<sup>351</sup> Se puede solicitar entonces la declaratoria de interdicción, con la finalidad de resguardar al incapaz de una actuación que le afecte su propio ámbito personal y patrimonial.

El Código de Familia establece quiénes pueden solicitar la declaratoria de interdicción y menciona primeramente al cónyuge, antes de nombrar a “los parientes que tendrían derecho a la sucesión”<sup>352</sup>, y es que lógicamente la persona más interesada en proteger los intereses de esa persona es quien convive día a día con ella, y quien además, podría ver afectados sus propios bienes por el régimen de participación diferida de los gananciales que tenemos en nuestro país. Igual establece que esa interdicción se declara en juicio después de probados los hechos que la motivaron, se inscribe en el Registro Público y se debe publicar en el periódico oficial, según su artículo 232.

El artículo 236 es particularmente importante para nuestra investigación, ya que establece como curadores legítimos y forzosos a los cónyuges, lógicamente, “cuando no estén separados de hecho o de derecho.”<sup>353</sup> En el caso de que faltase el cónyuge lo serán los hijos mayores de edad o los padres del incapaz y se establece para estos familiares la obligación por más de cinco años.

*“... en la actualidad en caso de insania del compañero del mismo sexo no se reconoce ninguna preferencia en el orden de la curatela, por lo que únicamente los familiares tendrían esa posibilidad, lo que muchas veces agrava la situación debido a que algunas familias rechazan la homosexualidad de su pariente y por ende a su compañero, pudiendo hasta limitar el contacto que tengan en caso de enfermedad.”<sup>354</sup>*

En el ordenamiento no se prevé al conviviente homosexual para estos casos, y la incapacidad de uno de los miembros de la pareja se podría ver empeorada por la falta de legitimación para solicitar la declaración de interdicción y en especial para fungir como su curador, lo cual no sólo podría acarrear perjuicios personales a quien podría verse excluido/a de la vida de su pareja, sino que además podría perjudicarse su patrimonio de no haber realizado las prevenciones del caso.

## **b) Derecho al seguro social**

Si en una familia formada por una pareja heterosexual, sólo un miembro de la pareja trabaja, el otro también puede hacer uso de su orden patronal, para ser atendido en cualquier institución de la Caja Costarricense del Seguro Social. Sin embargo, no es así para las parejas homosexuales.

---

<sup>351</sup> TREJOS, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense, Tomo II, primera edición, reimpresión, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2005, p. 353.

<sup>352</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 231.

<sup>353</sup> *Ibid.*, artículo 236.

<sup>354</sup> HERNÁNDEZ LEIVA, Mónica y VALVERDE PHILLIPS, Carmen Laura. *Op. cit.*, pp. 174 y 175.

*“Esta persona no puede asegurar a su pareja, tiene que empezar a inventar, a mentir, la sociedad le obliga a mentir, a decir que es trabajador de él, que trabajaba para él, que trabajaba para ella, etc., porque no puede llegar simplemente, y decir: vengo a asegurar a mi pareja.”<sup>355</sup>*

El seguro social es una necesidad básica en nuestro país, y es uno de los campos en los que se palpa la visión social que ha tenido la historia costarricense, surgió en los años cuarenta del siglo pasado, y permite que en situaciones desafortunadas de enfermedad, invalidez y muerte, tanto el trabajador como su familia, estén protegidos.

*“El 1 de noviembre de 1941, mediante Ley N° 17, se crea la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) como una Institución Semiautónoma durante la administración del Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia.*

*El 22 de octubre de 1943, la Ley de la creación de la Caja fue reformada, constituyéndose en una Institución Autónoma, destinada a la atención del sector de la población obrera y mediante un sistema tripartito de financiamiento.*

*El Seguro de I.V.M. se crea en 1947, incluía a los trabajadores del Estado, Instituciones Autónomas, Semiautónomas y las Municipalidades. En julio de ese mismo año se incorporan los trabajadores administrativos de la empresa privada.*

*En 1960, el Seguro de I.V.M. amplió su cobertura a los empleados del comercio, escuelas de enseñanza particular, consultorios profesionales y trabajadores municipales pagados por planillas de jornales. En 1962, se amplió a los trabajadores manuales ocasionales (construcción), a los pagados por planillas de jornales en obras públicas, ferrocarriles. En 1971, se incluyen a todos los obreros del país.*

*El 12 de mayo de 1961, mediante la Ley N° 2738, se aprueba la Universalización de los Seguros Sociales a cargo de la CCSS... ”<sup>356</sup>*

La obligación de cotizar para la Caja Costarricense del Seguro Social está esbozada en nuestra Constitución Política en el artículo 73:

*“Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.*

*La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social... ”<sup>357</sup>*

Además la constitución los coloca en un sistema de universalización, como también lo hace el primer artículo del Reglamento del Seguro de Salud:

---

<sup>355</sup> CASTRILLO FERNÁNDEZ, Yashín, Abogado de la Comunidad Gay, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>356</sup> Obtenido de la página en Internet de la Caja Costarricense del Seguro Social, Cultura Organizacional, Historia, en consulta del 04 de setiembre del 2008, de [http://www.ccss.sa.cr/html/organizacion/c\\_organizacion/c\\_org\\_06.html](http://www.ccss.sa.cr/html/organizacion/c_organizacion/c_org_06.html)

<sup>357</sup> Constitución Política de la República de Costa Rica. *Op. cit.*, artículo 73.



*"De conformidad con lo que ordena el artículo 177 de la Constitución Política, el Seguro de Salud es universal y cubre a todos los habitantes del país, con sujeción a las disposiciones de este Reglamento y las que específicamente dictare en el futuro la Junta Directiva. La afiliación de quienes califiquen para ser asegurados voluntarios, se fomenta para lograr la concreción del principio de universalidad."*<sup>358</sup>

Primero que todo es necesario recalcar el hecho de que en nuestro país todos los trabajadores están en la obligación de cotizar para la Caja Costarricense del Seguro Social, compromiso que se extiende por supuesto a los patronos. Esta aclaración es importante porque de ese deber, podría extraerse que los beneficios que goza cada trabajador por el pago que realiza, debieran ser los mismos para todos. Es decir, que si para la obligación no se diferencia si la persona es homosexual o heterosexual, entonces de igual manera no debería existir diferenciación a la hora de proporcionar los beneficios.

Sin embargo, en 1999 el CIPAC consultó a la Caja Costarricense del Seguro Social sobre el reconocimiento de compañeros homosexuales como beneficiarios familiares, es decir como asegurados indirectos, y la Dirección de Servicios Institucionales contestó con el Oficio N° DSI-076-00 del 22 de marzo del 2000 que la protección del seguro familiar en la situación que se planteaba no era procedente.<sup>359</sup>

Basaban su respuesta en un estudio realizado por la Dirección Jurídica de la Caja Costarricense del Seguro Social, que emitió su criterio mediante oficio DJ-0505-00, en el que señalaban como normativa utilizada por supuesto el artículo 52 de la Constitución Política, que como ya se ha dicho establece al matrimonio como la base esencial de la familia, el artículo 28<sup>360</sup> también de la Constitución Política, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>361</sup>, el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>362</sup> y el Código de Familia en sus artículos 14<sup>363</sup> y 242<sup>364</sup>, todos haciendo referencia al matrimonio o a parejas en unión

<sup>358</sup> Reglamento del Seguro de Salud. Aprobado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, en el artículo 19 de la sesión número 7082, celebrada el 3 de diciembre de 1996. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 1.

<sup>359</sup> Al respecto véase SUÁREZ, Gabriela. Beneficio Familiar. De la página en Internet del CIPAC en Áreas Temáticas: Derechos Humanos. Consulta del 02 de mayo del 2008 de <http://www.cipacdh.org/derechos/da5.php>

<sup>360</sup> "Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley..."

<sup>361</sup> "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..."

<sup>362</sup> "(...) Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y 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 al principio de no discriminación establecida en esta convención..."

<sup>363</sup> "Es legalmente imposible el matrimonio (...) entre personas de un mismo sexo."

<sup>364</sup> "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."

de hecho legítima, y por supuesto al impedimento de esas instituciones entre personas del mismo sexo.

Además apuntaban a la definición de asegurado familiar que ofrece el artículo 10 del Reglamento del Seguro de Salud<sup>365</sup> y a otras condiciones que establece ese mismo reglamento en el artículo 12<sup>366</sup>, nótese de la transcripción que se hace al pie de página del artículo, que en este caso también hay un reconocimiento durante la unión de hecho, además de que se amplía la protección a esa familia de hecho, ya que según el Código de Familia se requieren tres años de convivencia para el reconocimiento de la unión de hecho, mientras que el Reglamento lo disminuye a uno.

Se incluyó también en la respuesta a la consulta del CIPAC, un análisis de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, para concluir que:

*"queda excluida TODA posibilidad, por una parte de legalizar la unión de homosexuales y de lesbianas... y consecuentemente también quedaría excluida la posibilidad de reconocer vía reglamentaria el carácter de beneficiarios familiares a los "compañeros" de "personas gay" y de "personas lesbianas", para los efectos del Seguro Social."*<sup>367</sup>

Es procedente pensar que la Caja Costarricense de Seguro Social, más que promover actuaciones discriminatorias lo que hace es protegerse financieramente, ya que al ampliar su campo de protección a las parejas homosexuales el número de usuarios acrecentaría, y podría hasta provocar un aumento en la inmigración, sin embargo igualmente es por todos conocidos, que ya de por sí son muchos los inmigrantes que vienen al país para optar por ese beneficio, saltándose las barreras legales. De manera que en aras de protegerse de unos no debería desproteger a ciudadanos costarricenses necesitados de sus servicios, que además podrían, por su propia condición ser discriminados a nivel de oferta de empleo.

*"De acuerdo a los resultados obtenidos de varias de nuestras consultas a instituciones públicas u organizaciones que administran recursos públicos, parece ser que la única forma de que gays y lesbianas queden plenamente integrados/as a la sociedad costarricense es construir un nuevo término de FAMILIA, un término que incluya a las personas homosexuales y les otorgue los mismos derechos y el acceso a los mismos beneficios del desarrollo."*<sup>368</sup>

<sup>365</sup> "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."

<sup>366</sup> "De la proyección del beneficio familiar: son asegurados familiares: el o la cónyuge, la compañera o el compañero, hijos, hermanos, padre, madre y otros menores, que no ejecuten trabajos asalariados, que no tengan fuentes de ingreso que les permitan optar por un Seguro Voluntario y que dependan económicamente del asegurado directo... b. Compañera o compañero: en los casos de unión libre o de hecho, el compañero/a tiene derecho al seguro familiar, siempre y cuando la convivencia marital se haya mantenido en forma estable y bajo el mismo techo, por un año o más."

<sup>367</sup> Dirección Jurídica de la Caja Costarricense del Seguro Social, citada por SUÁREZ, Gabriela. Beneficio Familiar, localizado en la página en Internet del CIPAC en Áreas Temáticas: Derechos Humanos. Consulta del 02 de mayo del 2008 de <http://www.cipacdh.org/derechos/da5.php>

<sup>368</sup> SUÁREZ, Gabriela. Beneficio Familiar. De la página en Internet del CIPAC en Áreas Temáticas: Derechos Humanos. Consulta del 02 de mayo del 2008 de <http://www.cipacdh.org/derechos/da5.php>

Esto apenas es una pequeña muestra de las desventajas que representa ser homosexual en nuestro país y pretender formar una familia. Sin embargo algunos minimizan las consecuencias que este tipo de desigualdades pueden acarrear en la vida de los demás y como especialistas en asuntos de familia, parecen desconocer la necesidad de proteger el vínculo familiar existente entre dos personas que se unen para compartir sus vidas.

*“El único problema eventualmente está, en lo que respecta a la pensión de la Caja del Seguro Social, pero eso se puede enfrentar fácilmente con reglamentaciones internas en la misma Caja del Seguro Social, en donde se establezca que en aquellas convivencias de cualquier clase, el conviviente supérstite, o sea el que queda vivo, tiene derecho a la pensión de la Caja, con relación al que se le murió.”<sup>369</sup>*

### **c) Derecho a la pensión por viudez**

*“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. Por ello, la exigencia de que los posibles beneficiarios demuestren la dependencia económica es una restricción razonable para cumplir el fin de esta prestación social, y por ello es acorde con el Derecho de la Constitución.”<sup>370</sup>*

El Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, en su artículo 9 dice así:

*“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, sin calificación y comprobación de los hechos que hará la Caja...”<sup>371</sup>*

Nótese que en este caso también el artículo disminuye a un año el tiempo de convivencia necesario para reconocer la unión de hecho, en contraposición con los tres años que se establecen en el Código de Familia para reconocerla. Así que de la misma forma que sucede con el seguro social el concepto de familia de hecho se amplía.

<sup>369</sup> BEIRUTE RODRÍGUEZ, Pedro, Especialista en Derecho de Familia, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>370</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 378 de las catorce horas con treinta y siete minutos del dieciséis de enero del dos mil uno.

<sup>371</sup> Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte. Publicado en La Gaceta N° 50 del 10 de marzo de 1995. Obtenido de la base de datos de Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 9.

No obstante, aún cuando se hace referencia a compañera o compañero, la interpretación que hace la Caja Costarricense del Seguro Social, como se explicó en la sección que antecede a este apartado referente al seguro social, no incluye a las parejas compuestas por personas del mismo sexo.

En algún *blog* de internet, de esos que raras veces presentan opiniones justificadas y serias se decía, que el problema de pensiones es uno relacionado a la colectividad y al régimen de reparto vigente. “Si las pensiones fueran personales y correspondieran a las cotizaciones del trabajador, éste podría designar a su(s) beneficiario(s) en caso de muerte; sin tener que justificar la intimidad de su decisión.”<sup>372</sup> Lo que no deja de tener razón, sin embargo el sistema que poseemos hoy en día, es uno que discrimina a las personas homosexuales a pesar de que su pareja cotizó durante mucho tiempo y una solución fácil a esa situación sería la ampliación en el reconocimiento de unión de hecho a las parejas del mismo sexo.

#### **d) Derecho al reconocimiento de la pareja en materia laboral**

El trabajo siempre ha estado relacionado con la familia, porque es a través de éste que se logra el sustento en la base de la sociedad. “El trabajo ha sido, es y –previsiblemente– será componente sustantivo del contrato social que sustenta la gobernanza de las sociedades.”<sup>373</sup>

Son diversas las situaciones relacionadas al desenvolvimiento laboral que se relacionan con la familia del trabajador y para las cuales el reconocimiento de ese vínculo familiar es indispensable. Así por ejemplo tenemos desde asuntos referentes al proceso de contratación, en los que se pueden dar traslados en razón del empleo ofrecido y para los que generalmente se toma en consideración a la familia del contratado, hasta asuntos de terminación de la relación laboral por motivo de muerte del trabajador en los cuales es la familia de éste quien debe realizar todos los trámites pertinentes a las prestaciones que le correspondían. En este apartado se tratarán los asuntos pertinentes al reconocimiento de la familia en materia laboral, tanto durante como al finalizar, la relación de trabajo.

---

<sup>372</sup> Matrimonio Homosexual en Costa Rica. Tomado del blog Conejitos Suicidas. En consulta del 20 de setiembre del 2008 de: <http://conejos-suicidas.ticoblogger.com/2007/11/matrimonio-homosexual-en-costa-rica.html>

<sup>373</sup> LEVAGGI, Virgilio. ¿Qué es el trabajo decente? Consulta del 20 de octubre del 2008, del portal de internet de la Oficina Regional para América Latina y El Caribe de la O.I.T. de: [http://www.oit.org.pe/portal/index.php?option=com\\_content&task=view&id=653&Itemid=1305](http://www.oit.org.pe/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=653&Itemid=1305)

El Código de Trabajo es una legislación que data de 1943 y no ha tenido reformas significativas, por lo que a pesar de tratarse de una normativa creada en un proceso de evolución social en Costa Rica, presenta un desfase con la realidad.

### **I. Durante la relación laboral**

En cuanto a los contratos de trabajo, está claro que es el trabajador con su empleador quien establece las condiciones, sin embargo al no reconocerse el vínculo familiar entre dos personas homosexuales difícilmente un trabajador con esa orientación sexual vaya a arriesgar su futuro profesional en aras de proteger a su pareja, máxime cuando se han desenvuelto en una sociedad que los ha discriminado siempre desde el ámbito del Derecho de Familia.

Refiriéndose a los derechos laborales e indemnizaciones es necesario recalcar que los homosexuales se ven desprotegidos en el tema laboral, en razón de su desconocimiento como familia, ya que son varios los artículos del Código de Trabajo que hacen referencia a esa figura.

Así por ejemplo carecen del derecho que establece el Código de Trabajo en su artículo 39, de que el patrono cubra los gastos de traslado de la familia cuando el trabajador acepte residir en un lugar diferente a su domicilio para realizar un determinado trabajo.

*“En los gastos de traslado del trabajador, se entenderán comprendidos los de su familia que viviere con él, siempre que el lugar de trabajo quede separado de la residencia original por una distancia mayor de veinticinco kilómetros y vayan los integrantes de la misma a vivir en el lugar donde van a realizarse los trabajos o en las inmediaciones de éste.*

*El trabajador con familia que esté en el caso del párrafo anterior, tendrá, además derecho a un día de salario por cada día de viaje que tenga que efectuar hasta llegar a su residencia inicial...”<sup>374</sup>*

En cuanto a los contratos para trabajar en el extranjero, el Código de Trabajo además de establecer ciertas obligaciones para el empleador, como la de solicitar permiso previo al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el domicilio permanente de la empresa en Costa Rica y el deber de establecer un contrato por escrito, prohíbe al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social permitir trabajar en el extranjero a “hombres casados, si no demuestran que dejan provisto lo necesario para el mantenimiento de sus mujeres e hijos legítimos o naturales;”<sup>375</sup> o a quienes tengan pensiones

---

<sup>374</sup> Código de Trabajo. Ley N° 2 del 23 de agosto de 1943. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 39.

<sup>375</sup> *Ibid.*, artículo 43

alimentarias establecidas judicialmente si no garantizan los contratos de trabajo esos cumplimientos.

*“Los gastos de transporte al exterior y alimentación del trabajador y de sus familiares, en su caso, y todos los que se originen por el paso de las fronteras y cumplimiento de las disposiciones sobre migración o por cualquier otro concepto semejante, serán de cuenta exclusiva del Agente...”<sup>376</sup>*

En relación a la acumulación de vacaciones, el Código de Trabajo dice en su artículo 159:

*“Queda prohibido acumular las vacaciones pero podrán serlo por una sola vez cuando el trabajador desempeñe labores técnicas, de dirección, de confianza u otras análogas, que dificulten especialmente su reemplazo, o cuando la residencia de su familia quedare situada en provincia distinta del lugar donde presta sus servicios. En este último caso, si el patrono fuere el interesado en la acumulación, deberá sufragar al trabajador que desee pasar al lado de su familia las vacaciones, los gastos de traslado, en la ida y regreso respectivos.”<sup>377</sup>*

También aborda a la familia el Código de Trabajo al establecer en su artículo 166 que se entiende por salario en especie “únicamente lo que reciba el trabajador o su familia, en alimentos, habitación, vestidos y demás artículos destinados a su consumo personal inmediato” y, cuando en el artículo 171 permite que el salario, de no dársele al trabajador, se le pueda entregar “a la persona de su familia que éste indique por escrito.”<sup>378</sup>

En cuanto al tema laboral, vale explicar –igual que se hizo en el apartado sobre la seguridad social– que el artículo 73 de la Constitución Política establece que “los seguros contra riesgos profesionales serán exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.”<sup>379</sup>

De la misma forma que la seguridad social, la prevención de riesgos laborales comenzó a desarrollarse desde hace bastante tiempo, una vez que se había creado en 1924 el Banco de Seguros, el mismo que en 1948 cambiara su nombre a Instituto Nacional de Seguros:

*“El 31 de enero de 1925 se publicó la Ley N° 53 sobre Accidentes de Trabajo y el 20 de agosto de 1926 abrió sus puertas el Departamento Obrero, hoy Departamento de Riesgos del Trabajo, encargado de administrar esta Ley.*

*En 1982, la Asamblea Legislativa aprueba la Ley 6727, que modifica el actual Título IV del Código de Trabajo. Entre los aspectos más importantes están:*

- › *Se amplía el concepto de Riesgos del Trabajo (Artículo 195).*
- › *El seguro de Riesgos del Trabajo se declara obligatorio, universal y forzoso (Artículo 201).*

<sup>376</sup> Código de Trabajo. *Op. cit.*, artículo 42.

<sup>377</sup> *Ibíd.*, artículo 159.

<sup>378</sup> Código de Trabajo. *Op. cit.*, artículo 171.

<sup>379</sup> Constitución Política de la República de Costa Rica. *Op. cit.*, artículo 73.

- › *Aparece el concepto de Salud Ocupacional, ligado a promover y mantener el más alto nivel de bienestar físico, mental y social del trabajador (Artículo 273).*
- › *En consonancia con la Constitución Política de Costa Rica (Artículo 66), se asigna un conjunto de responsabilidades al patrono, respecto al seguro, al riesgo y la prevención (Artículos 214, 215 y 284).*
- › *Al trabajador se le otorgan beneficios (Artículos 218 y 221) pero también obligaciones, según lo establecen los artículos 285 y 286 del citado Código.”*<sup>380</sup>

Esa Ley sobre Riesgos del Trabajo, modificó el código a partir del artículo 193, que establece la obligación de los patronos de “asegurar a sus trabajadores contra riesgos del trabajo, por medio del Instituto Nacional de Seguros, según los artículos 4 y 18 del Código de Trabajo.”<sup>381</sup>

## II. Al finalizar la relación laboral

Indudablemente la muerte es el tema más difícil con el que lidia el ser humano y lo mismo sucede en el ámbito de trabajo. Es al morir el trabajador cuando más posibilidades de injusticia se dan, ya que además de enfrentar la pérdida del ser querido, también la familia pierde el ingreso que percibía de éste, lo que pone en riesgo el desarrollo de quienes dependían de esa persona. Además de que en pos de recibir las prestaciones que le correspondía al difunto, tienen que iniciar un proceso de liquidación de prestaciones.

Entre las causas justificadas para terminar el contrato de trabajo se encuentra por supuesto la muerte del trabajador:

*Artículo 85: Son causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones e indemnizaciones que pudieran corresponderles en virtud de lo ordenado por el presente Código o por disposiciones especiales:*

*a) La muerte del trabajador (...)*

*Esas prestaciones corresponderán a los parientes del trabajador, en el siguiente orden:*

*1) El consorte y los hijos menores de edad o inhábiles...”*<sup>382</sup>

Lógicamente se incluye dentro del término consorte a los esposos y a los convivientes de hecho, claro está por el abordaje de nuestro ordenamiento, siempre y cuando éstos cumplan con los requisitos del artículo 242 del Código de Familia, que incluye el ser una pareja heterosexual.

*“Debe considerarse entonces reformado el artículo 85 del Código de Trabajo y deben figurar en el primer orden de prioridades para recibir las prestaciones del fallecido, el consorte o el*

<sup>380</sup> Instituto Nacional de Seguros. Salud Ocupacional. Gestión Preventiva en Salud Ocupacional. Información y Presentación. Consulta del 20 de setiembre del 2008 de: <http://portal.ins-cr.com/Social/SaludOcup/>

<sup>381</sup> Código de Trabajo. *Op. cit.*, artículo 193.

<sup>382</sup> *Ibid.*, artículo 85.

*conviviente de hecho, en el entendido que es competencia del Juez de Familia determinar si la unión de hecho cumple con los requisitos legales...*<sup>383</sup>

Nos interesa también subrayar que el artículo 243 igualmente hace referencia tanto al matrimonio como a la unión de hecho:

*“Cuando un riesgo del trabajo produzca la muerte al trabajador, las personas que a continuación se señalan, tendrán derecho a una renta anual, pagadera en dozavos, a partir de la fecha de defunción del trabajador, o bien a partir del nacimiento del hijo póstumo derechohabiente, calculada sobre el salario anual que se determine que percibió el occiso, en el siguiente orden y condiciones:*

*a) Una renta equivalente al 30% del salario establecido, durante un plazo de diez años, para el cónyuge superviviente que convivía con aquél...*<sup>384</sup>

*“Dentro del tema específico que nos ocupa, el 4 de marzo de 1982 se agregó el Título Cuarto del Código de Trabajo en materia de riesgos laborales, en el cual el artículo 243 contempla en su inciso c) que “si no hubiera esposa en los términos del inciso a), la compañera del trabajador fallecido, que tuviere hijos con él, o que sin hijos haya convivido con éste por un plazo mínimo ininterrumpido de cinco años, tendrá derecho a una renta equivalente al 30% del salario indicado...”, siendo este tipo de norma un gran avance en materia laboral, que protege expresamente a la compañera de hecho. Pese a ello, omite incluir como beneficiario de esta indemnización al hombre que conviva en unión de hecho.*<sup>385</sup>

Ya para finalizar, es necesario hacer notar que para asuntos laborales el Código de Trabajo también en muchos de sus artículos se refiere a la familia del patrono, los cuales tampoco abarcan a la pareja homosexual en unión de hecho, ya que como se ha dicho, no se reconoce como familia en nuestro ordenamiento a pesar de cumplir con los requisitos de unión pública, notoria, única y estable. Lo que además va en marcada contraposición con una normativa evidentemente pro-operaria ya que podrían darse muchos ejemplos de empresas en las que la pareja del patrono se podría entrometer, tema al que atañen los artículos 36, 75 y 83 del código pertinente.

### **e) Derecho a la subrogación del arrendamiento**

Dice la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, en su artículo 85, que:

*“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 prelación que aquí aparecen:*

<sup>383</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 3340 de las nueve horas del cinco de julio de mil novecientos noventa y seis, sobre consulta judicial presentada por el Tribunal Superior de Puntarenas con relación al artículo 85 del Código de Trabajo.

<sup>384</sup> Código de Trabajo. *Op. cit.*, artículo 243.

<sup>385</sup> Álvarez Mondragón, Ana Patricia y Fajardo Torres, Anahí. Prestaciones Laborales y de Seguridad Social que corresponden a los causahabientes en Unión de Hecho: Análisis a la luz de la Jurisprudencia Doctrina y Legislación. Tesis de grado para optar al título de Licenciadas en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1997, p.23.



- 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 inmediatamente anteriores al tiempo del fallecimiento o, si tienen descendencia común, que conviva con él al ocurrir el deceso...*<sup>386</sup>

Igualmente la Ley N° 7527 prevé la subrogación del arrendamiento, en caso de que el arrendatario extinga voluntariamente el contrato, o se desvincule de hecho del hogar, continuando como titular del arrendamiento el cónyuge que se mantiene en el inmueble, bastando “que continúe en la ocupación de la vivienda y cumpla con las estipulaciones del contrato. Iguales derechos posee la persona que ha convivido con el arrendatario, como cónyuge, durante por lo menos dos años...”<sup>387</sup>

Reconocen Trejos y Ramírez en su libro de Derecho de Familia Costarricense otros efectos patrimoniales de la unión de hecho, y en lo pertinente a este derecho dicen: “También puede el conviviente supérstite subrogarse suceder en el derecho de arrendamiento a la muerte del causante (Ley de arrendamientos urbanos y suburbanos, arts. 84, 85 y 87)”<sup>388</sup>. Aún así, nótese que para efectos de este trabajo, este apartado se clasificó entre los efectos personales, ya que consideramos que se origina más por los fines de la vida en común que por un interés patrimonial.

La tesis de Murillo del 2003 plantea la posibilidad de que en esta materia se pudiera incluir a las parejas homosexuales, ya que la legislación menciona al compañero o compañera, y a la persona que haya convivido “como cónyuge” con el arrendatario, lo que según él, da un amplio margen para interpretarla y para aplicar la situación a otros tipos de convivencia, y agrega que el convivir “como cónyuge” puede interpretarse desde una posición amplia y entenderse ‘como pareja’, para de esa forma incluir a quienes forman uniones de hecho homosexuales y uniones de hecho irregulares.<sup>389</sup> Sin embargo, difícilmente los operadores judiciales vayan a coincidir con esa posición y corresponde apuntar a la desigualdad en la que se encuentran también en este campo las parejas homosexuales.

#### **f) Derecho al bono familiar de vivienda**

Las familias de escasos recursos pueden solicitar un bono familiar de vivienda, que se trata, de un “subsidio que el Estado dará, por medio del Fondo de Subsidios para Vivienda.”<sup>390</sup>

<sup>386</sup> Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos. Ley N° 7527 del 7 de julio de 1995. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 85.

<sup>387</sup> *Ibíd.*, artículo 87.

<sup>388</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 412.

<sup>389</sup> Véase MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>390</sup> Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda. Ley N° 7052 del 13 de noviembre de 1986. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada a julio del 2008, artículo 3.

Para solicitarlo se debe demostrar ser parte de un núcleo familiar que no posea casa propia o que la que posea esté en necesidad de repararse o ampliarse, además debe tenerse un ingreso familiar igual o inferior a cuatro salarios mínimos de un obrero no especializado de la industria de la construcción y ser costarricense o residente.<sup>391</sup>

Importante de destacar en cuanto al bono familiar de vivienda es la equiparación de la unión de hecho con el matrimonio ya que el artículo 7 de la Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer dice:

*“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...”*

Antes el artículo decía “a nombre de la mujer, en caso de unión de hecho,” sin embargo la frase “a nombre de la mujer” se eliminó por la resolución 346 de 1994 de la Sala Constitucional que declaró parcialmente con lugar una acción de inconstitucionalidad planteada contra el artículo y la eliminó del primer párrafo por considerar que violaba los artículos 33 y 34 de la Constitución Política, y a pesar de que dicha sentencia afectó a ciertas familias con realidades que trascienden las barreras legales, no dejó de equiparar al matrimonio con la unión de hecho al utilizar para ambos el término “cónyuges”.

Muchos de los logros alcanzados por las uniones de hecho se originan especialmente por la ley antes citada, que a través de un largo camino vino a proteger a las mujeres contra la discriminación sufrida antes de su existencia. Así, se sabe que fue por esa misma normativa que se logró el reconocimiento en este campo de la familia que forman quienes conviven en unión de hecho.

*“El núcleo familiar requiere de una vivienda para su convivencia. Durante mucho tiempo se 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.”<sup>392</sup>*

A pesar de lo anterior, el beneficio del bono familiar de vivienda está restringido a las parejas heterosexuales, ya que el reconocimiento de las parejas homosexuales como familia todavía no se da, lo que no sólo impide el goce de este beneficio, sino que además imposibilita a los bancos

---

<sup>391</sup> Información obtenida del portal de internet del BANHVI, en consulta del 20 de setiembre del 2008, de: <http://www.banhvi.fi.cr/bono01.htm>

<sup>392</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 103.

para otorgar préstamos a la pareja considerando sus ingresos conjuntamente, punto que se abordará a continuación.

### **g) Derecho a la facilitación de créditos blandos para adquirir vivienda**

En 1986, ante la necesidad de unir esfuerzos por el evidente crecimiento del problema habitacional en Costa Rica, nació el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda (SFNV), el cual tiene por objetivo “fomentar el ahorro y la inversión nacional y extranjera, con el fin de recaudar recursos financieros para procurar la solución del problema habitacional existente en el país, incluido el aspecto de los servicios.”<sup>393</sup>

*“El Sistema Financiero está conformado por el Banco Hipotecario de la Vivienda (BANHVI) y las Entidades Autorizadas.*

*El Banco Hipotecario de la Vivienda es el ente rector del Sistema; una institución bancaria de segundo piso especializada y dedicada exclusivamente al financiamiento habitacional, que actúa como ente proveedor de recursos, normador, garante y fiscalizador de las entidades que conforman el Sistema Financiero.”<sup>394</sup>*

Es así, como inicia el camino para que una serie de entidades del ámbito financiero comenzaran a ofrecer créditos blandos que facilitaran la adquisición de viviendas. En la actualidad son muchos los bancos, tanto estatales como privados, los que brindan tasas especiales para la adquisición de vivienda.

Sin embargo, en general, se debe cumplir con una serie de requisitos para poder acceder a esos créditos, uno de ellos es siempre, contar con un determinado ingreso mínimo, el cual permite determinar la cantidad por prestar. Cuando se trata de parejas, lo que generalmente se hace es considerarse en conjunto el salario de ambos cónyuges, es decir que los salarios de las dos personas se suman para alcanzar cantidades mayores que permiten lógicamente la adquisición de viviendas más valiosas.

Lo anterior, precisamente en razón de la evolución que la familia ha tenido en la sociedad, ya que hoy en día son muchas las parejas donde ambos miembros trabajan y tanto las necesidades como las posibilidades de consumo han variado, lo que ha provocado una mayor oferta y demanda en cuanto a los bienes necesarios para su vida en común.

---

<sup>393</sup> Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda. *Op. cit.*, artículo 1.

<sup>394</sup> Banco Hipotecario de la Vivienda. Información. Reseña Histórica. Consulta del 20 de setiembre del 2008, de: <http://www.banhvi.fi.cr/info01.htm>

Aún así, una pareja homosexual, que ha convivido durante años, y que quisiera alcanzar el sueño de tener casa propia, no puede unir sus salarios para hacer una solicitud de crédito para vivienda en un banco, tal y como se le permiten a dos personas heterosexuales en unión de hecho y con mucha más razón a dos personas casadas.

*"Pero en este caso, a nosotros no se nos reconoce, porque no estamos bajo ningún sistema legal de protección, entonces eso significa que aunque vivamos juntos durante muchos años, esos salarios no se pueden juntar y no pueden apelar a un mejor crédito bancario."*<sup>395</sup>

Algunas de las parejas homosexuales con las que conversamos mientras realizábamos esta investigación, han logrado adquirir préstamos para los cuales necesitaron de la consideración de ambos salarios, sin embargo los obtuvieron en su mayoría a través de "conocidos" en bancos, o mediante la utilización de sociedades mercantiles que han establecido a lo largo de sus relaciones, y las cuales lógicamente, han tenido un desarrollo económico que se ha reflejado en el ámbito comercial y no en el familiar.

Otras parejas consultadas se vieron en la obligación de que la vivienda aparezca a nombre de uno de ellos y el otro funcione únicamente como codeudor o fiador, lo que además, de no tomarse las precauciones pertinentes, podría perjudicar en algún momento en caso de separación o de algún infortunio a quien no aparece como copropietario, ya que su vínculo no es reconocido como familia.

#### **h) Derecho a la visita hospitalaria**

Este es un derecho que podría incluir otros derechos relacionados con el tema de hospitalización, por ejemplo el derecho a ser informados sobre la situación de la pareja, o la permanencia en los centros de atención médica de la misma forma que se acompañan las parejas heterosexuales cuando alguno de los dos se encuentra hospitalizado. Asimismo, se trata de un derecho que vulnera otros ámbitos de la persona homosexual.

*"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."*<sup>396</sup>

<sup>395</sup> ARAYA TORRES, Abelardo, Vocero del Movimiento Diversidad, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>396</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, pp. 232 y 233.

Sin duda alguna, este apartado, plantea muchas interrogantes, para las que no se han encontrado respuestas claras: ¿Puede una persona del mismo sexo de su pareja cuidar de ésta o permanecer a su lado en caso de que se encuentre en fase terminal? ¿Qué reglas se siguen en caso de visitas a hospitales cuando existe oposición de los familiares directos de la pareja enferma, a quienes evidentemente el sistema les da prioridad?

*“Yo, teniendo una pareja digamos por quince años, si este fuera hospitalizado y la familia de él impide que yo esté en el lecho de su padecimiento, del momento de su muerte, esa familia puede impedirme estar en ese momento tan crucial para los dos, hoy, lo puede impedir.”<sup>397</sup>*

Al desconocerse a la unión homosexual como familia, la pareja no es considerada cónyuge, entonces no existe forma de exigir un trato preferencial ante entidades que generalmente recurren a la familia directa y se ven en la obligación de obedecer los deseos de ésta. Para muestra los casos en que los familiares autorizan la desconexión de aparatos de vida artificial, en Derecho se dice que el que puede lo más puede lo menos, es decir, que si la familia es quien decide sobre la vida del enfermo, con mayor razón decidirá sobre quién lo visita, o a quién se le informa de su condición.

*“Y aquella persona que está enferma muere sin la presencia del ser más querido, porque sus familiares no le permitieron y porque no había una norma legal que los obligara, como corresponde por ser un derecho humano, a que esa persona que había compartido durante tantísimo tiempo la vida con él y a la par de la cual había construido toda una vida, estuviera presente ahí.”<sup>398</sup>*

En el artículo 3 de la Ley N° 8239 denominada Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados se establece el derecho de que la persona hospitalizada indique las personas que la visitarán. Sin embargo, no siempre que una persona está hospitalizada se encuentra en la capacidad de estar dando nombres o negociando con su familia para que su voluntad se respete, y éstos son los casos que preocupan en esta investigación.

Algunas veces el trato de profesionales sensibles ante temas de esta índole hará excepciones, inclusive alguna normativa lo preverá, como por ejemplo la ley y reglamento sobre VIH-SIDA que habla de “familiares o allegados”<sup>399</sup>, sin embargo no cabe duda de que la razón para que se maneje de esa forma en esa normativa, es porque generalmente se relaciona esa enfermedad con los homosexuales; además de tratarse de una regulación reciente, la Ley apenas tiene diez años y su

---

<sup>397</sup> *Ibíd.*

<sup>398</sup> CASTRILLO FERNÁNDEZ, Yashín, Abogado de la Comunidad Gay, para el programa 7 Días de Televisora de Costa Rica, S.A., del 11 de agosto del 2008.

<sup>399</sup> Así, la Ley General sobre el VIH-SIDA dice en su artículo 11: “(...) Ningún estudiante podrá ser discriminado, excluido ni expulsado por ser portador del VIH o estar enfermo de Sida; tampoco cuando alguno de sus familiares o allegados resulte infectado.” También su Reglamento en el artículo 25: “El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá realizar, en un plazo inferior a 15 días hábiles, una investigación minuciosa y confidencial, ante cualquier denuncia de solicitud ilegal de la prueba del VIH o de discriminación laboral contra cualquier persona portadora del VIH o enferma de SIDA, sus familiares o allegados/as...”

reglamento es de 1999. Aún así, las lagunas que se presentan en este tema son muchísimas, y no queda más que resignarse y tener la esperanza de una sociedad más comprensiva y respetuosa de las libertades de los demás.

### **i) Derecho a disfrutar de la afiliación de la pareja en clubes sociales**

Suponiendo que una persona posea una acción en un club social: ¿puede su pareja del mismo sexo obtener una extensión de dicha acción y utilizarla como cualquier pareja heterosexual? El tema se plantea a raíz de la experiencia de una de nuestras entrevistadas.

María (nombre ficticio) siempre perteneció al Costa Rica Tennis Club, ya que su padre era socio en dicha institución y según el reglamento del club "tienen derecho a disfrutar de todos los beneficios de socio del Costa Rica Tennis Club el accionista su esposa, e hijos solteros menores de 25 años."<sup>400</sup> En 1999, cuando la joven alcanzó esa edad, su padre le obsequió su propia acción y desde entonces María cumplió con todos los parámetros del club, incluyendo el pago de las mensualidades.

Pasaron los años y María inició una relación de pareja con otra mujer, relación que inclusive fue aceptada por su familia. Tiempo después, comenzaron a vivir juntas y María solicitó al club por medio de una carta con los datos de su pareja, un carné adicional para ésta. El club nunca contestó su solicitud, durante seis meses no respondieron su carta, ni la contactaron.

Finalmente ante su insistencia, le contestaron negándole su petición, en el documento que le respondían indicaban los artículos 51 y 52 de la Constitución Política como fundamento. María trató de resignarse, prácticamente dejó de asistir al club, ya que lógicamente como cualquiera, quería disfrutar de las instalaciones con su familia y la falta de carné imposibilitaba a su pareja acompañarla.

*"Yo no podía creer que tenían carné las ex esposas a la vez que las nuevas esposas de algunos socios, o las nuevas convivientes porque muchos ni se habían divorciado, y mi pareja que tenía años de vivir bajo mi mismo techo no lo tenía y que la única solución que me ofrecían era que ella comprara otra acción, cuando ni siquiera vamos a tener hijos que puedan disfrutar de los beneficios de mi acción."<sup>401</sup>*

Fueron muchas las cartas enviadas y las llamadas hechas, incluso como medida de presión escribió a la Defensoría de los Habitantes y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para

<sup>400</sup> Costa Rica Tennis Club. ¿Quiénes tiene derecho a utilizar las instalaciones? Preguntas Frecuentes. Consulta del 20 de setiembre del 2008 de: [http://www.crtennis.com/club/index.php?option=com\\_content&task=view&id=10&Itemid=25](http://www.crtennis.com/club/index.php?option=com_content&task=view&id=10&Itemid=25)

<sup>401</sup> Relato de una mujer de 36 años en un conversatorio que se realizó con varias parejas estables homoafectivas, quienes solicitaron su anonimato, el 07 de setiembre del 2008.

que atendieran su caso. El proceso, recuerda hoy la joven fue bastante frustrante. Afortunadamente, contó con el apoyo de su padre, que consideró injusto el trato desigual que estaba recibiendo su hija, y quien, además de ser un socio antiguo y respetado por toda su colaboración con el club, posiblemente ejerció presión ante la Junta Directiva, la cual tuvo que acceder y finalmente le emitió el carné a la pareja de María.

Otros clubes también hablan de la posibilidad de los cónyuges de disfrutar de la acción de su pareja, sin embargo es difícil averiguar el trato que se da a las parejas homosexuales en razón de la vulnerabilidad del tema. Lo que sí queda claro es que la mayoría se refiere únicamente al cónyuge:

*"... F) MIEMBRO NO ACCIONISTA INDIRECTO: Corresponde esta denominación a personas que tienen alguna de las siguientes relaciones con socios accionistas directos, miembros no accionistas beneficiarios o miembros no accionistas temporales:*

*1) Cónyuge.*

*2) Hijos e hijastros solteros menores de 24 años de edad..."<sup>402</sup>*

*"Este Reglamento rige la conducta de los socios del Club, su cónyuge, sus hijos y familiares, invitados y demás miembros, en relación a actividades o mientras usen las facilidades o visiten los terrenos del Club, acorde con lo que se regula..."*

**Artículo 3. Definiciones...**

**G.- Dependientes:**

*a. Cónyuge*

*b. Hijas o hijos solteros estudiantes menores de 25 años."<sup>403</sup>*

De todas formas es sabido que el ingreso a este tipo de clubes es bastante restringido por sus propios miembros, quienes consideran la reputación de los solicitantes y generalmente requieren la recomendación de otros de sus miembros:

**"REQUISITOS PARA HACERSE MIEMBRO DEL CLUB**

**A. Personas Físicas Costarricenses**

*1. Llenar solicitud de ingreso.*

*2. Dos referencias de Asociados Ordinarios Activos del Club, Costarricenses y que firmen en la misma solicitud recomendando su aceptación.*

*3. Currículo.*

*4. Dos fotografías del solicitante y una de cada miembro de su familia.*

*5. Constancias de estado civil y copia de cédula de identidad del accionista y sus dependientes mayores de 18 años.*

*6. Constancia de nacimiento de hijos menores."<sup>404</sup>*

<sup>402</sup> Reglamento Interno San José Indoor Club, art. 5, p. 2. Tomado de la página de internet del San José Indoor Club. Consulta del 20 de setiembre del 2008 de [http://www.indoorclub.com/docs/reglamento\\_interno.pdf](http://www.indoorclub.com/docs/reglamento_interno.pdf)

<sup>403</sup> Reglamento Interno del Cariari Country Club, art. 1, pp. 3 y 5. Tomado del portal del Cariari Country Club. Consulta del 20 de setiembre del 2008 de [http://www.clubcariari.com/pdf/reglamento\\_interno.pdf](http://www.clubcariari.com/pdf/reglamento_interno.pdf)

<sup>404</sup> Cariari Country Club. Membresía. Tomado del portal de internet del Cariari Country Club. Consulta del 20 de setiembre del 2008 de <http://www.clubcariari.com/inscripcion.php>

La sociedad ha evolucionado mucho en cuanto a temas de discriminación, y no dudamos que en este momento muchos clubes estén aceptando el ingreso de parejas homosexuales, sin embargo habrá otros que todavía les limiten el ingreso con la intención alegada por muchos de “proteger a la familia”.

Además, habría que indagar más sobre la posición que tenga cada club del concepto de cónyuge, porque como dijimos anteriormente, en los reglamentos de los clubes a los que tuvimos acceso se hace alusión, como beneficiarios de la membresía del socio, siempre al “cónyuge”, claro que por el tipo de relaciones sociales que siempre se han promovido en esas instituciones es de suponerse.

## **j) Derechos en cuestiones penales**

Como se ha venido repitiendo, la pareja heterosexual posee derechos producto de su relación que permiten en ciertas situaciones un trato diferente con respecto a su pareja y en relación al resto de las personas, nos referiremos en este apartado a cuestiones correspondientes al Derecho Penal.

### **I. Derecho a establecerse como víctima**

El cónyuge o conviviente de quien resulte perjudicado en un acto delictivo, puede también ser considerado víctima y así, aprovechar una serie de normas que establece el Código Procesal Penal:

*“Artículo 70: 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...”<sup>405</sup>*

A lo primero que habría que apuntar es que se repite la equiparación del conviviente con el cónyuge. Ahora bien, la dificultad que se plantea en este apartado es sobre el contenido del término conviviente, ya que el criterio temporal del Código de Familia para reconocer a los convivientes se establece en tres años, sin embargo en esta norma se habla de “más de dos años de vida en común”, lo que estaría disminuyendo el tiempo requerido en esta materia.

---

<sup>405</sup> Código Procesal Penal. Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 70.



Además, al no hacer el artículo referencia directamente a las parejas heterosexuales algunos han opinado que se trata de un concepto de conviviente diferente al del Código de Familia.

*“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.”<sup>406</sup>*

Esa postura es la misma que han esbozado algunos doctrinarios del Derecho Penal en Costa Rica, quienes han considerado que se trata del conviviente sin distinción de ningún tipo:

*“Como bien lo ha dicho Juan Marcos Rivero, no hay razón para no comprender dentro del concepto de convivencia los supuestos de relación homosexual (Rivero. La acción..., p. 383). Una interpretación en otro sentido iría en contra de lo indicado por el Art. 2 C.P.P., que ordena la interpretación restrictiva de las normas que limiten el ejercicio de un derecho.”<sup>407</sup>*

De ser aceptada esa posición, lógicamente se aplicaría a todas las referencias que se hagan en la normativa penal al término “conviviente”. Sin embargo consultado un Defensor Público sobre el asunto, nos dijo que según la práctica en su función, la convivencia de la que se habla en materia penal es la misma del Código de Familia, a la que ciertamente se le reducen los años requeridos, pero siempre en razón de los criterios que establece ese código.

*“Si se reconociera la unión homosexual en el ordenamiento, sí se aplicaría ese tipo de interpretación en relación a la convivencia que establece el Código Procesal Penal, por existir un respaldo legal. Pero mientras no se dé ese reconocimiento, aún cuando en mi posición de Defensor Público, podría esa interpretación de convivencia, diferente a la que establece el Código de Familia, beneficiar a mis defendidos, no sería legítimo su uso.”<sup>408</sup>*

A ese comentario habría que agregar, que según lo aprendido sobre el Derecho Penal en esta casa de enseñanza, éste existe para contener el poder del Estado, una contención que se supone en favor del imputado, de manera que una interpretación como la que se transcribió de Murillo al inicio de este apartado, sería más bien contraria a ese propósito.

Para el Dr. Salas, otro profesor de esta Facultad, el argumento de la interpretación restrictiva que plantea Llobet, podría ser falso, o al menos ambiguo, ya que si se aplica, más bien se tiene que restringir y no, ampliar el derecho del que se habla. Él también considera que en toda esta discusión “se utiliza un argumento metajurídico, de contenido valorativo, axiológico: que no hay que

<sup>406</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 211.

<sup>407</sup> LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)*. Segunda Edición. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, p. 151.

<sup>408</sup> PACHECO ZUMBADO, Mauricio. Defensor Público del Segundo Circuito de San José. En consulta realizada el 6 de noviembre del 2008.

discriminar. Asimismo, el problema también apunta a la inexistencia de una decisión general sobre las definiciones en las normas del ordenamiento.”<sup>409</sup>

Sería incorrecto decir que el “conviviente” del Código de Familia no es el mismo “conviviente” del Código Procesal Penal porque semánticamente se está haciendo referencia a un mismo término; sin embargo, presentan un criterio temporal diferente. Lo anterior permitiría concluir, que si se considerara un criterio distinto en cuanto a la orientación sexual de las personas en la convivencia, también estaría especificada esa diferencia en el Código Procesal Penal.

## II. Derecho a indemnización por responsabilidad civil

El artículo 37 del Código Procesal Penal dice:

*“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.”*<sup>410</sup>

Este artículo señala las personas que pueden ejercer la acción civil resarcitoria, y se entiende que tanto el cónyuge como el conviviente están incluidos dentro de ellas. Sin embargo las personas en uniones homosexuales, no cabrían en esa interpretación, ya que nuestro ordenamiento no las considera herederas, a no ser que fueran consideradas “damnificadas”.

*“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.”*<sup>411</sup>

## III. Derecho de abstenerse a declarar contra la pareja

El Código Procesal Penal en su artículo 204 establece la obligación que tiene toda persona de asistir al llamado judicial para declarar la verdad de lo que sepa y le sea preguntado.

---

<sup>409</sup> SALAS SOLÍS, Minor. Profesor de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. En consulta realizada el 3 de noviembre del 2008.

<sup>410</sup> Código Procesal Penal. *Op. cit.*, artículo 37.

<sup>411</sup> RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, citado por MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, pp. 92 y 93.

Sin embargo, el artículo que le sigue, el 205, permite al cónyuge o conviviente en una relación heterosexual, abstenerse de declarar contra su pareja; no así en uniones estables homosexuales:

*“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. Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas.”<sup>412</sup>*

Este derecho igualmente está sustentado en el artículo 36 de la Constitución Política que establece que en materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, ni contra ascendientes, descendientes, o parientes colaterales, en un evidente intento de protección del vínculo familiar.

De la misma manera que se expuso en el apartado primero de esta sección, para Llobet en lo que respecta a este artículo el término conviviente debería abarcar también las relaciones homosexuales y hace una repetición casi exacta a la que expone en el artículo 70 del Código Procesal Penal de su libro: “Una interpretación en otro sentido iría en contra de lo establecido en el Art. 2 C.P.P., que ordena la interpretación restrictiva de las normas que conceden un derecho.”<sup>413</sup>

Pero en la práctica, como también se explicó en el apartado en el que se abordó ese artículo, esa no es la interpretación que se hace.

#### **IV. Derecho a no estar obligado a denunciar a la pareja**

Existe una obligación de oficio de denunciar delitos para las personas que enlista el artículo 281 del Código Procesal Penal, pero se presenta una excepción en cuanto al cónyuge o conviviente, que a pesar de permitir la contemplación de cualquier persona ligada por “lazos especiales de afecto”, no se sabe si contempla las relaciones homosexuales, por tratarse de una descripción “sumamente amplia y será el juzgador quien deberá ir delimitándola a la hora de aplicar el derecho.”<sup>414</sup>

*“Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:  
a) Los funcionarios o empleados públicos...”*

---

<sup>412</sup> *Ibíd.*, artículo 205.

<sup>413</sup> LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Op. cit.*, p. 234.

<sup>414</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 212.

*b) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas...*

*c) Las personas que por disposición de la ley...*

*En todos estos casos, la denuncia no será obligatoria si razonablemente arriesga 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.”<sup>415</sup>*

## **V. Derecho a solicitar la revisión del proceso penal cuando el condenado ha fallecido**

En cuanto a las parejas homosexuales, de la exposición que se ha hecho hasta aquí, se entiende que el trato es diferente al de las parejas heterosexuales, que puede uno de sus miembros solicitar la revisión del proceso penal en el que su pareja fallecida estaba siendo condenada:

*“Artículo 409.- Sujetos legitimados*

*Podrán promover la revisión:*

*a) El condenado o aquel a quien se le ha aplicado una medida de seguridad y corrección; si es incapaz, sus representantes legales.*

*b) El cónyuge, el conviviente con por lo menos dos años de vida común, los ascendientes, descendientes o hermanos, si el condenado ha fallecido.*

*c) El Ministerio Público.*

*La muerte del condenado, durante el curso de la revisión, no paralizará el desarrollo del proceso. En tal caso, las personas autorizadas para interponerlo podrán apersonarse a las diligencias; en su defecto, el defensor continuará con la representación del fallecido.”<sup>416</sup>*

Igualmente, aplicaría aquí toda la explicación que sobre el término “conviviente” se dio en el primer apartado de este inciso relativo a las cuestiones penales.

## **VI. Derecho de excusarse de la función de Juez, de funciones del Ministerio Público y de la función de Perito**

En caso de que uno de los miembros de la pareja homosexual sea Juez, también debería tener la posibilidad de excusarse por los motivos esbozados en el artículo 55 del Código Procesal Penal, sin tener que recurrir a falsos alegatos que no dignifican el vínculo familiar existente.

*“Artículo 55.- Motivos de excusa*

*El juez deberá excusarse de conocer en la causa...*

*b) Si es cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, pariente dentro del tercer grado de consanguinidad o afinidad, de algún interesado, o éste viva o haya vivido a su cargo...*

*d) Cuando él, su cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, padres o hijos, tengan un juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo la sociedad anónima.*

<sup>415</sup> Código Procesal Penal. *Op. cit.*, artículo 281.

<sup>416</sup> *Ibíd.*, artículo 409.

e) Si él, su esposa, conviviente con más de dos años de vida en común, padres, hijos u otras personas que vivan a su cargo, son acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se trate de bancos del Sistema Bancario Nacional...

i) Si él, su esposa, conviviente con más de dos años de vida en común, padres, hijos u otras personas que vivan a su cargo, hubieran recibido o reciban beneficios de importancia de alguno de los interesados o si, después de iniciado el proceso, él hubiera recibido presentes o dádivas aunque sean de poco valor...<sup>417</sup>

Asimismo, en lo que les sea aplicable "los funcionarios del Ministerio Público deberán excusarse y podrán ser recusados por los mismos motivos establecidos respecto de los jueces, salvo por el hecho de intervenir como acusadores en el proceso."<sup>418</sup>

En cuanto a los peritos, el artículo 215 del mismo código les aplica las mismas causas de excusa y de recusa de los jueces.

## VII. Derecho a la visita conyugal en la cárcel

El Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de Libertad establece en su artículo 14:

*"Todo privado o privada de libertad del Nivel Institucional tendrá derecho a recibir visita conyugal de acuerdo con las disposiciones vigentes y las condiciones de cada Centro."*<sup>419</sup>

En el 2007 se decretó el Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario, que define la visita íntima como "el ejercicio del derecho de la persona privada de libertad, al contacto íntimo con otra persona de su elección, que sea de distinto sexo al suyo, dentro de las restricciones que impone la prisionalización y el ordenamiento jurídico, en un marco de dignidad, respeto y crecimiento afectivo mutuo."<sup>420</sup>

Han sido varios los intentos porque esa definición se amplíe a las parejas del mismo sexo, uno de los más sonados fue el de un empresario italiano que hizo una solicitud, pero que finalmente desistió de la idea, en el año 2007, precisamente el año en que se hizo el reglamento antes citado. Además, se han planteado recursos de amparo, y en razón del rechazo de uno de esos recursos, también se interpuso una acción de inconstitucionalidad.

<sup>417</sup> Código Procesal Penal. *Op. cit.*, artículo 55.

<sup>418</sup> *Ibíd.*, artículo 66.

<sup>419</sup> Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de Libertad. Decreto Ejecutivo N° 22139-J del 26 de febrero de 1993. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 14.

<sup>420</sup> Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario. Decreto Ejecutivo N° 33876-J del 11 de julio del 2007. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008, artículo 66.

*“La defensora pública Natalia Gamboa Sánchez pidió a la Sala Constitucional que se permita la visita conyugal entre personas del mismo sexo... la abogada sostiene que el artículo 66 implica que una persona presa, únicamente tiene derecho a mantener relaciones sexuales con personas del sexo opuesto.*

*Según la abogada, tal norma constituye una injerencia estatal en la moralidad, la preferencia sexual y la vida íntima de los ciudadanos.”<sup>421</sup>*

El planteamiento que hace la abogada, en cuanto a “la limitación a un derecho fundamental como lo es la libertad sexual de las personas privadas de libertad”<sup>422</sup>, parece coincidir con lo que decía la Sala Constitucional en el voto 7262 del 2006 que decidió sobre la constitucionalidad del inciso 6 del artículo 14:

*“Aún cuando este Tribunal no desconoce que dos personas del mismo sexo están en posibilidad de mantener una relación sentimental -situación que nuestro ordenamiento jurídico no veda... a criterio de este Tribunal, la imposibilidad legal contenida en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, de ningún modo es una restricción al principio de libertad constitucional anteriormente desarrollado, ya que dicha imposibilidad hace referencia a que personas de un mismo sexo contraigan matrimonio, mas no así a que sostengan una relación sentimental o de pareja, sobre lo cual no existe ningún impedimento legal.”<sup>423</sup>*

Otro recurso de amparo que planteó un ex presidiario al que se le prohibió visitar a la pareja que había conocido en la cárcel, una vez que su orientación sexual se evidenció, también fue rechazado:

*“La Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso de amparo planteado por un homosexual para que se le permitiera realizar la visita conyugal a su pareja recluida en un centro penitenciario... “Con base en las consideraciones dadas en la sentencia, se constata que la actuación de la administración penitenciaria está ajustado a derecho y se enmarca dentro de sus competencias y atribuciones”, señala la Sala Constitucional en el voto 12076-08.”<sup>424</sup>*

Sin embargo, la resolución de la acción de inconstitucionalidad planteada por la defensora Gamboa el 7 de febrero de este año y a la que nos referimos anteriormente, está todavía pendiente de resolver, el expediente consultado muestra varias coadyuvancias: una de Jorge Fischer Aragón, otra de Alejandra Loría Beeche y por último una del Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC). Fischer y Loría, fueron también coadyuvantes pasivos en la acción de inconstitucionalidad que se planteó en el 2003 y basaron siempre sus posiciones en cuestiones religiosas, específicamente en el cristianismo.

<sup>421</sup> MOYA, Ronald. Abogada pide permitir visita conyugal a homosexuales. La Nación del 8 de febrero del 2008. Consulta del 20 de setiembre del 2008 de [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2008/febrero/08/pais1416401.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2008/febrero/08/pais1416401.html)

<sup>422</sup> Expediente N° 08-002849-0007 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>423</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

<sup>424</sup> MOYA, Ronald. Sala Cuarta rechaza visita conyugal de homosexuales en cárceles. La Nación del 9 de agosto del 2008. Consulta del 20 de setiembre del 2008 de [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2008/agosto/09/sucesos1654295.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2008/agosto/09/sucesos1654295.html)

La sentencia que emita la Sala Constitucional, será trascendental, precisamente por la incertidumbre que ha generado en cuanto a si será consecuente, o no, con la posición que esbozó en su voto 7262 del 2006, en el que aseguraba que en Costa Rica no hay ningún impedimento para que se sostengan relaciones sentimentales ente personas del mismo sexo.

### **VIII. Derecho a la aplicación de agravantes en delitos penales**

Cuando una persona comete un delito contra su cónyuge o su conviviente, se le aplican castigos más severos, precisamente por la reprochabilidad de la actuación al existir una relación de convivencia que se supone basada en la cooperación y el mutuo auxilio. Igualmente en este ámbito surge el asunto de la diferencia en el concepto del conviviente reconocido en el Código de Familia y el conviviente homosexual, que según nos explicó un Defensor Público, en la práctica no existe tal.

Algunas normas localizadas en el Código Penal que tienen agravante son las siguientes:

*“Artículo 112.- Homicidio calificado*

*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 concubinado 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...*

*Artículo 157.- Violación calificada*

*La prisión será de doce a dieciocho años, cuando:*

*1) El autor sea cónyuge de la víctima o una persona ligada a ella en relación análoga de convivencia...”<sup>425</sup>*

Nótese que el artículo transcrito sobre homicidio calificado no se refiere al conviviente, sino que utiliza otros términos, pero igualmente establece un criterio temporal.

Asimismo el Código plantea agravantes para algunos delitos en el caso de que se cometan contra los parientes del cónyuge o conviviente: el de abusos sexuales tanto de personas menores e incapaces como el de mayores de edad, el de corrupción, proxenetismo, trata de personas y el de privación de libertad.<sup>426</sup>

*“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 ligada en relación análoga de convivencia (artículos 191 y 192 del Código Penal). En este caso, los jueces no*

<sup>425</sup> Código Penal. *Op. cit.*, artículos 112 y 157.

<sup>426</sup> Al respecto véase los artículos 161, 162, 168, 170, 172, y 192 del Código Penal de Costa Rica en los que se hace referencia “al autor que realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente”, con excepción del 192 que dice “contra la persona de un ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o de un funcionario público;” excluyendo al conviviente.

*podrían aplicar el agravante por analogía a los “convivientes”, por estar expresamente prohibida en materia penal.”<sup>427</sup>*

Se difiere de esa posición en esta investigación en cuanto a que no se hace referencia al conviviente, ya que el concubinato es una relación de convivencia y el artículo se refiere al “concubinado”, y a pesar de no haber encontrado ese adjetivo en ningún diccionario de manera expresa, se entiende por la versión anterior del artículo que decía “concubinario”, que proviene de la relación de concubinato. Ahora la duda está en si se podría, o no, considerar concubinato una relación homosexual, ya que siempre las definiciones de concubinato apuntan a la “relación marital”. Sin embargo, es preciso insistir aquí, en la tendencia del Derecho Penal a favorecer al imputado en el momento de aplicar su normativa.

Por todo lo que hasta aquí se ha expuesto con respecto a las cuestiones penales, se entiende que la pareja homosexual tampoco está contemplada en esta materia, si no es para relacionarla con el delito de sodomía. Las uniones homosexuales se encuentran en palpable diferencia con respecto a las heterosexuales, al obstruírseles una serie de posibilidades que ofrece el Derecho Penal que responden al reconocimiento del ordenamiento del vínculo familiar existente entre los miembros de la pareja.

Como se puede observar la conformación de esta sección del capítulo es muy variada, y va desde temas que quizás no repercuten en la vida del ser humano de una manera trascendental, como el caso del disfrute de clubes sociales, hasta otros, como el que acabamos de finalizar, que podrían acarrear incluso la pérdida de libertad de una persona.

El concepto que se tenga de familia es muy importante en cualquier ámbito. Sin embargo, es primordial en el campo del Derecho, ya que el ordenamiento jurídico brinda la única forma legítima de coacción para regular las relaciones en sociedad.

En Costa Rica desde la perspectiva jurídica, la familia la componen quienes están ligados por vínculos jurídicos reconocidos como el matrimonio, la unión de hecho (heterosexual), la filiación y el parentesco, sin embargo también se dan otras relaciones afectivas que entrarían dentro del concepto de familia realista o material y que el ordenamiento no reconoce por no calzar dentro de su codificación, tal es el caso de las uniones homosexuales, y estamos completamente convencidos que por la relevancia en el desarrollo del ser humano, el afecto debe tutelarse.

---

<sup>427</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 213.



Para finalizar, procede repetir que muchos de los derechos expuestos que gozan los cónyuges, no se refieren específicamente a los convivientes en unión de hecho, sino que más bien surgen como resultado de una ardua lucha por equiparar a la familia de hecho con el matrimonio, además de que se trata de ejemplos que hemos obtenido a lo largo de nuestra experiencia en la realización de este trabajo, sin embargo en nada limita las situaciones que se pueden dar en el acontecer de la vida en sociedad de los homosexuales.

## CAPÍTULO V

### **Modificación del artículo 242 del Código de Familia para abarcar las uniones de hecho de parejas del mismo sexo**

Tal y como se ha venido exponiendo a lo largo de este trabajo, con toda la información que se ha esbozado lo que se pretende es evidenciar la necesidad de que el ordenamiento jurídico costarricense reconozca el vínculo existente entre dos personas del mismo sexo que deciden unirse con la finalidad de convivir, cooperar y auxiliarse mutuamente.

En el presente capítulo se ahondará en la unión de hecho que contiene el Código de Familia, para plantearla como la opción para que se dé ese reconocimiento, ya que a pesar de ser preciso contar con una figura que permita la introducción de ese tipo de parejas en el ámbito legal desde que inicia su convivencia, si es que así éstas lo desean, llámese esa figura matrimonio, unión civil u otro equivalente, igualmente el ordenamiento no puede ignorar los efectos que surgen de esa convivencia, con la única excusa de tratarse de parejas homosexuales.

La Ley de Unión de Hecho se creó hace poco, el 8 de agosto de 1995 –algo más de una década no es mucho en Historia–, mediante la Ley número 7532, que entró en vigencia a partir de su publicación en La Gaceta N° 162 del 28 de agosto del mismo año. Esa reforma, lo que hizo fue incluir en el Código de Familia el Título VII, Capítulo Único “De la Unión de Hecho”.

*“Dicha Ley estableció dos tipos de unión de hecho mas una de ellas, la denominada unión de hecho irregular, fue declarada inconstitucional mediante voto 3858-99 dictado a las dieciséis horas cuarenta y ocho minutos del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve. Dicha unión de hecho que se declaró inconstitucional es aquella en la que los convivientes no tenían aptitud legal para casarse. Así queda en vigencia únicamente aquella unión denominada regular. Son los artículos 242, 243 y 244 los cuales se refieren a ésta. El artículo 242 del Código de Familia dispone lo siguiente:*

*“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.”<sup>428</sup>*

Sin restarle méritos al esfuerzo de todos los que en busca de la protección a la familia lucharon por ese agregado, que se sabe fue el resultado de un largo y difícil proceso, pareciera

---

<sup>428</sup> Tribunal de Familia de San José, resolución N° 1040 de las nueve horas y treinta minutos del veinticuatro de junio del dos mil cuatro.

conveniente hoy día realizar un estudio a fondo que posibilite la ampliación en el alcance de ese reconocimiento, no sólo a uniones “que posean aptitud legal para contraer matrimonio”, como dice el artículo 242, sino también a otro tipo de relaciones de pareja, que a pesar de no fundamentarse en un vínculo entre un hombre y una mujer con aptitudes legales para casarse, forman sin duda alguna un vínculo familiar.

### 1) La unión de hecho en Costa Rica

El camino recorrido para llegar a plantear la posibilidad del reconocimiento de unión de hecho en nuestro país ya se abarcó en el capítulo primero de esta investigación, en esta parte del trabajo se analizará de manera más profunda el desarrollo del proyecto de ley que propuso la figura hasta convertirse en Ley.

Lo que se pretende con este razonamiento es demostrar la dificultad que se tiene en Costa Rica para aceptar cambios legislativos que incidan en la familia, ya que el proceso para aprobar el reconocimiento de la unión de hecho fue bastante convulsivo en el Plenario, tal y como sucedió durante la aprobación del propio Código de Familia en los años setentas, cuando “la discusión se centró en dos aspectos: la posibilidad de que el Estado reconociera el matrimonio celebrado por otras religiones diferentes a la Católica, y la consideración del adulterio de cualquiera de los cónyuges como causal de divorcio.”<sup>429</sup>

Además, se busca evidenciar con el desarrollo de este apartado, la necesidad de que sea en el Derecho de Familia que se abarquen las diversas situaciones que enfrentan los diferentes tipos de ese grupo social primario, es prioritario que sea en ese campo que se comprenda todo lo referente a los vínculos familiares presentes en nuestra sociedad.

Belluscio refiriéndose al “concubinato” como familia extramatrimonial en su Manual de Derecho de Familia cuenta la condición que tenía esa figura en Roma:

*“En el derecho romano, el concubinato no era una mera unión de hecho sino una forma de unión legal pero inferior al matrimonio. Consistía en la cohabitación sin affectio maritalis de un ciudadano con una mujer de baja condición, como una esclava o liberta...”<sup>430</sup>*

Siempre el concubinato, como se ha conocido la unión de hecho a lo largo de la historia, va ligado al matrimonio, por ser su forma ilegítima, es decir, la convivencia de una pareja mientras no

---

<sup>429</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>430</sup> BELLUSCIO, Augusto César. *Op. cit.*, p. 406.

cumpla con el acto del matrimonio es conocida como concubinato, o con términos como el utilizado en nuestro país: unión de hecho.

*“El matrimonio consensual requiere, para ser tal, el consentimiento que se expresan entre sí los contrayentes, aun cuando no sea necesaria la presencia de un funcionario del Estado o del ministro de un culto determinado; es decir, se origina en un acto, en el que las partes se comunican entre sí la decisión de tomarse por marido y mujer. Ello no aparece en el concubinato, que sólo es una situación que se da en los hechos, pues se origina en la convivencia y se mantiene mientras ésta subsiste.”<sup>431</sup>*

Don Gerardo Trejos se refiere a esta institución en su libro de Derecho de Familia Costarricense de la siguiente forma:

*“La unión de hecho o unión libre es una forma de relaciones sexuales extramatrimoniales. En su base –como bien señala el Profesor Cornú– hay siempre (elemento positivo) una relación de hecho, pero falta siempre (elemento negativo) un vínculo jurídico. El punto común de todas estas relaciones –agrega Cornú– es existir, de hecho, sin haber sido, en sus orígenes, jurídicamente fundadas. Sin embargo la unión de hecho pese a ser una situación informal, no es en sentido estricto, una situación ajurídica. A tal estado de hecho la ley y la jurisprudencia le asignan determinados efectos jurídicos.”<sup>432</sup>*

En nuestro país durante mucho tiempo el concubinato fue muy condenado, a pesar de la costumbre muy generalizada de la población costarricense de convivir sin casarse. A lo mejor esa costumbre se basó en razones como la explicada por Bossert y Zannoni, cuando dicen que en Latinoamérica “el desarrollo del concubinato admite como causa, fundamentalmente, el factor económico, que inclina a vastos sectores de la sociedad, de escasos recursos, a apartarse del establecimiento de una relación que crea cargas y obligaciones de origen legal”<sup>433</sup>, o quizás en nuestro país se debió simplemente a la comodidad de los convivientes.

*“Una razón primordial que citaron los expertos en la materia para justificar la necesidad de su regulación, fue la magnitud del fenómeno social de los convivientes de hecho. La unión de hecho en Costa Rica era una realidad latente, pero desprovista de una regulación especial acorde con sus necesidades propias e inmediatas.”<sup>434</sup>*

Durante mucho tiempo los operadores del derecho ignoraron la situación. Sin embargo, los cambios se fueron dando en materias específicas, que fueron regulando las uniones de hecho en diferente normativa, a pesar de su inexistencia en el Código de Familia.

---

<sup>431</sup> BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Op. cit.*, p. 425.

<sup>432</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 397.

<sup>433</sup> BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Op. cit.*, 425.

<sup>434</sup> JARA MORÚA, Eugenia y ZAMORA BARRANTES, Adriana. *Op. cit.*, p. 65.

*“Podemos enunciar algunos ejemplos de normas que iniciaron el camino: Reglamento del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte, Reglamento del Régimen de Enfermedad y Maternidad (ambos de la Caja Costarricense del Seguro Social), Ley de Pensiones e Indemnizaciones de Guerra #1922 del 5 de agosto de 1955, Ley de Promoción Social de la Mujer (reforma artículo 43 del Código de Familia para incluir a convivientes como posibles beneficiarios del régimen de habitación familiar; modifica también artículo 152 CPP en cuanto a salida del hogar y alimentos en casos de agresiones; y reforma artículo 572 inciso 1 del Código Civil, que otorga derechos sucesorios ab intestato al conviviente que cumpla ciertas condiciones). También el artículo 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en caso de jubilaciones.”<sup>435</sup>*

Siempre al estudiar la unión de hecho en Costa Rica, la historia esbozada por la mayoría de quienes la cuentan remite a los diferentes censos que se realizaron en nuestro país, Trejos menciona especialmente el de 1973 que constataba que 87.532 personas convivían en unión de hecho en esa época. “Es decir, en esa fecha existían en el país aproximadamente 43.000 familias que vivían en unión libre.”<sup>436</sup>

Otra investigadora dice que el censo de 1984, mostraba que “del 16 al 20 por ciento de las parejas que vivían en Guanacaste, Limón y Puntarenas, convivían en unión libre.”<sup>437</sup>

*“En la actualidad los datos al respecto demuestran que la situación no ha cambiado, más bien parece haberse intensificado en la capital. Los datos arrojados en el censo del año 2000, muestran que la provincia de San José, es la que reporta la mayor cantidad de uniones de hecho seguida de Alajuela. Puntarenas, Guanacaste y Limón tienen un número de uniones de hecho muy parecido entre sí...”<sup>438</sup>*

Como se adelantó en el primer capítulo de esta investigación, la unión de hecho fue reconocida en nuestro ordenamiento por la aprobación del proyecto de ley N° 10.644, denominado Adición de un Capítulo al Código de Familia sobre la Unión de Hecho, fue impulsado por don Luis Fishman Zonsinki, diputado en el período comprendido entre 1986 y 1990, quien lo presentó al plenario.

El proyecto planteaba agregar cinco nuevos artículos al Código de Familia, el 229, el 230, el 231, el 232 y el 233, la misma cantidad de artículos que en la actualidad tiene el título sobre la unión de hecho en el Código de Familia, pero con algunas diferencias en la redacción.

A continuación haremos una comparación de los artículos presentados en el proyecto y el articulado tal y como se encuentra en la ley hoy día, se anticipa que la numeración es diferente a la que hoy día contienen esa normativa:

<sup>435</sup> BENAVIDES SANTOS, Diego. *Op. cit.*, p. 491.

<sup>436</sup> TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. *Op. cit.*, p. 401.

<sup>437</sup> AGUILAR SANDÍ, Evelyn Priscila. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>438</sup> *Ibíd.*, pp. 6 y 7.

Proyecto de Ley 10.644 <sup>439</sup>	Código de Familia <sup>440</sup>
Artículo 229: La unión de hecho entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, pública, singular y establecida por más de dos años, al finalizar por cualquier causa, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente.	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.
Artículo 230: El reconocimiento de la unión de hecho para los efectos dichos, podrá solicitarla al Tribunal cualquier de los convivientes y los herederos de cualquiera de ellos. La acción se tramitará por la vía de la jurisdicción voluntaria y caducará en dos años a partir de la ruptura de la convivencia o de la muerte del causante.	Artículo 243: Para los efectos indicados en el artículo anterior, cualquiera de los convivientes o sus herederos podrán 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.
Artículo 231: El reconocimiento judicial de la unión de hecho retrotraerá sus efectos a la fecha de iniciada la unión.	Artículo 244: El reconocimiento judicial de la unión de hecho retrotraerá sus efectos patrimoniales a la fecha en que se inició esa unión.
Artículo 232: Cuando la convivencia terminare por acto unilateral de una de las partes, el otro conviviente podrá pedir para sí a cargo del primero, una pensión de asistencia, siempre y cuando carezca de medios propios para subsistir.	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.
Artículo: 233: Los convivientes podrán constituir régimen de patrimonio familiar en el inmueble destinado a habitación familiar, para ese efecto, actuando de consuno, podrá pedir al Tribunal el reconocimiento de la unión de hecho, por la vía establecida en el artículo 230.	Artículo 246: La unión de hecho pública, notoria, estable y única, cuya duración sea mayor de cuatro años, en la cual uno de los convivientes esté impedido para contraer matrimonio por existir un vínculo anterior, tendrá los efectos patrimoniales limitados que se estipulan en este artículo, pues los convivientes no tendrán derecho a exigirse alimentos. De romperse esa unión, los bienes adquiridos durante la convivencia deberán repartirse en partes iguales entre los convivientes. Los derechos se reconocerán dentro del proceso abreviado establecido en el artículo 230 de este Código. En tal caso, deberá tenerse como partes a quienes puedan resultar afectados por la resolución y al Patronato Nacional de la Infancia si existen

<sup>439</sup> Proyecto de Ley 10.644. Adición de un Capítulo al Código de Familia sobre la Unión de Hecho. Presentado a la Asamblea Legislativa el 4 de mayo de 1988.

<sup>440</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, Título VII, Capítulo Único De la Unión de Hecho.

	<p>hijos menores.</p> <p>Si uno de los convivientes muere, el supérstite conservará su derecho patrimonial sobre el cincuenta por ciento (50%) de los bienes adquiridos durante esa unión. Para que se le reconozca ese derecho, deberá plantear el proceso abreviado de reconocimiento de la unión de hecho dentro del juicio sucesorio correspondiente.</p> <p>Comprobado el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo, el juez adjudicará al conviviente supérstite el cincuenta por ciento (50%) de los bienes adquiridos durante la convivencia y ordenará excluirlo de la masa hereditaria).</p>
--	---

Es necesario subrayar el cambio en la numeración de los artículos “otrora 127 y siguientes, que actualmente son 140 y siguientes”<sup>441</sup>, en razón de la Ley 7538, que modificó las normas que regulan la adopción, esa transformación incluyó cambios en los artículos 84, 85 y 89, además de un aumento en el articulado del código que trata de la adopción. “Los veintiséis artículos que la regulaban en el texto original de Código (arts. 100 a 126) se elevan a treinta y nueve (arts. 100 a 139) después de la reforma de 1995.”<sup>442</sup>

Por esa razón es que los números de los artículos presentados en el proyecto no son los mismos que hoy día contiene el Código de Familia. De manera que si el artículo 229 –así en el proyecto– lo corremos trece numerales, tal y como hizo esa reforma, corresponderá efectivamente al número 242.

Además el último artículo mostrado en el cuadro, que en el proyecto se refiere al 233, en realidad encuentra su correlativo en el artículo 43 del Código de Familia, en cuanto a afectación familiar se refiere, modificado en el Código de Familia por una reforma impulsada por la Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer, N° 7142 en 1990, que amplió los artículos 42 y el 43 sobre ese tema, para que abarcara a las parejas en unión de hecho y que dice así:

*“Artículo 43: La afectación la hará el propietario a favor del cónyuge o conviviente, si se tratare de unión de hecho, o de los hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble. Tanto la afectación como su cesación deberán hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro correspondiente, y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción. La afectación y su cesación no estarán sujetas al pago de impuestos ni de derechos de registro.”*

<sup>441</sup> BENAVIDES SANTOS, Diego. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>442</sup> TREJOS, Gerardo. *Op. cit.*, p. 151.

No está muy clara la situación por la cual se redactó de esa forma en el proyecto el artículo 233, pensamos que la razón fue para abarcar las situaciones de hecho de parejas con impedimento por estar comprometidas en un matrimonio o vínculo anterior, ya que después se modificaría mencionando esa circunstancia y en lo que a afectación familiar se refiere ya la Ley N° 7142 había incluido a los convivientes, como se puede observar en la transcripción anterior del artículo 43 del Código de Familia.

También es necesario recordar que el artículo 246 del Código de Familia fue declarado inconstitucional por medio de la resolución 3858-99:

*“En efecto, se pierde la razonabilidad de protección a la unión de hecho, al otorgarse a los convivientes una mayor garantía que a los cónyuges, que no pueden constituir la familia si existe un vínculo matrimonial previo. El ordenamiento jurídico-matrimonial costarricense se inspira en el concepto monogámico de la cultura occidental, de modo tal que para contraer matrimonio, debe existir libertad de estado. Si no tenemos presente este requisito fundamental, al otorgar protección a la convivencia extramatrimonial, estaríamos excediendo el propósito de equipararla a la matrimonial, para pasar a un escenario en que la oponemos a la institución matrimonial, de una manera evidente...”*<sup>443</sup>

Continuando con el proyecto, una vez presentado pasó a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, la cual realizó un dictamen positivo recalcando la necesidad de una ley que amparara especialmente a las mujeres, que estaban siendo muy perjudicadas al ser despojadas de sus casas por sus convivientes y ensalzaron la importancia de lograr algún tipo de legislación que regulara esa situación, “no defendiendo a la Unión de Hecho, sino todo lo contrario, imponiendo una regulación para sentar a los individuos ante sus responsabilidades”<sup>444</sup>

Sin embargo el proyecto sufrió algunas modificaciones, en el artículo 229 se aumentaron a tres los años necesarios para el reconocimiento. Al artículo 230 se le cambió la redacción y debería leerse ahora “los efectos indicados en el artículo anterior”, además se sustituyó la vía de jurisdicción voluntaria por la vía del proceso abreviado para su reconocimiento.

“Al artículo 232 se le agrega la palabra “injustificado” luego de “unilateral”, así como la “y” luego de “para sí” y finalmente se cambia la frase “pensión alimenticia” por “pensión de asistencia”<sup>445</sup>; sin embargo, de esos cambios esbozados en el dictamen de la Comisión, solamente

<sup>443</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 3858 de las dieciséis horas cuarenta y ocho minutos del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

<sup>444</sup> Expediente Legislativo del Proyecto de Ley 10.644. Adición de un Capítulo al Código de Familia sobre la Unión de Hecho. Presentado a la Asamblea Legislativa el 04 de mayo de 1988, p. 134

<sup>445</sup> AGUILAR SANDÍ, Evelyn Priscila. *Op. cit.*, p. 78.



permaneció el referente a “unilateral injustificado”, ya que los otros no aparecen en su formato actual.

El artículo 233 del proyecto se transformó completamente en el dictamen y quedó redactado de la siguiente forma:

*“La unión de hecho en los términos indicados en el artículo 229 anterior, por más de seis años, surtirá efectos aun cuando alguno de los convivientes tenga impedimento para contraer matrimonio por existir un vínculo anterior, pero en tal caso, sólo el conviviente que no tenga impedimento, tendrá derecho a gananciales y a ser beneficiario del régimen de patrimonio familiar.*

*Igualmente lo dispuesto en el artículo anterior, sólo podrá beneficiar al conviviente sin impedimento para contraer matrimonio.”<sup>446</sup>*

También se sugirió una modificación al artículo 48 del Código de Familia por medio del inciso “8) La separación de hecho por un término no menor a tres años.”<sup>447</sup> Así se presenta ese artículo hoy en día.

El proyecto también obtuvo un dictamen positivo por la Comisión Permanente con Potestad Legislativa Plena Tercera en un primer debate. Se realizaron algunas correcciones que incluían una nueva modificación al artículo 233 que se redactó de la siguiente forma:

*“La unión de hecho en los términos indicados en el artículo 229 anterior, por más de cuatro años, aun cuando uno de los conviviente tenga impedimento para contraer matrimonio por existir un vínculo anterior, surtirá también los efectos patrimoniales indicado en ese numeral. En este caso, en el proceso abreviado de reconocimiento que establece el artículo 230 de este Código, deberá tenerse como parte a quienes pudiesen ser afectados por la resolución y al Patronato Nacional de la Infancia, si hubiese hijos menores.”<sup>448</sup>*

El artículo 229 quedó redactado como se transcribe:

*“Artículo 229: La unión de hecho entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, pública, única y estable, por más de tres años, al finalizar por cualquier causa, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente.”<sup>449</sup>*

Y el artículo 232 quedó así:

*“Los convivientes, después de reconocida la unión, podrán pedirse pensión alimenticia. Cuando la convivencia terminare por acto unilateral injustificado de una de las partes, el otro*

<sup>446</sup> Expediente Legislativo del Proyecto de Ley 10.644. *Op. cit.*, p. 134

<sup>447</sup> *Ibíd.*, p. 136.

<sup>448</sup> Expediente Legislativo del Proyecto de Ley 10.644. *Op. cit.*, p. 223.

<sup>449</sup> *Ibíd.*, pp. 223 y 224.

*conviviente podrá pedir para sí y a cargo del primero, una pensión alimenticia, siempre y cuando carezca de medios propios para subsistir.”<sup>450</sup>*

Al artículo 92 del Código de Familia le agregaron: “Se presume la paternidad del hombre que hubiera convivido en unión de hecho, de conformidad con lo indicado en el Título VII de este Código, durante el período de la concepción.”<sup>451</sup> Que en la actualidad reza algo parecido: “Se presume la paternidad del hombre que durante el período de la concepción, haya convivido, en unión de hecho, de conformidad con lo indicado en el Título VII de este Código.”<sup>452</sup>

El proyecto tuvo dos consultas constitucionales, la primera por el proceso normal de aprobación de un proyecto, y en la que la Sala Constitucional recalcó la importancia de regular las relaciones de hecho:

*“Además, es también entendido que existe un derecho fundamental de las personas a contraer matrimonio (...) sin que ello obste para que, en ejercicio de la libertad individual, las personas opten por fundar una familia sin cumplir con las formalidades del matrimonio. Esa libertad, por una parte implica que el Estado no puede en forma alguna impedirlo u obstaculizar, de modo irrazonable el matrimonio de las personas, y por otra, que no es posible que se imponga como única forma de constitución de una familia, la matrimonial. La promulgación de una ley que establezca normas relativas a la unión de hecho, constituye más bien una respuesta obligada del Estado...”<sup>453</sup>*

En esa misma resolución la Sala Constitucional declaró inconstitucional el artículo 233. Sin embargo en el Por Tanto dijo:

*“No es inconstitucional la adición hecha en la Comisión Permanente con Potestad Legislativa Plena Tercera ni en la Comisión de Asuntos Sociales, mediante las que amplió la regulación de los efectos patrimoniales de la unión libre, a las uniones de hecho en que uno de los convivientes no tenga libertad de estado por matrimonio anterior.”<sup>454</sup>*

Después de ese estudio de constitucionalidad, el proyecto pasó a la Comisión Permanente Especial sobre Consultas de Constitucionalidad, la que igualmente emitió un dictamen positivo.

*“... El dictamen vertido acoge lo que los magistrados en dictamen de mayoría establecieron y que consiste en que para que de las uniones de hecho surtan efectos patrimoniales, como las establecidas para los matrimonios, es necesario que los convivientes cumplan con los mismos*

---

<sup>450</sup> Expediente Legislativo del Proyecto de Ley 10.644. *Op. cit.*, pp. 224 y 225.

<sup>451</sup> *Ibíd.*, p. 224.

<sup>452</sup> Código de Familia. *Op. cit.*, artículo 92.

<sup>453</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 3693 de las nueve horas dieciocho minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

<sup>454</sup> *Ibíd.*

*requisitos. Pero también considera que los magistrados no impiden el otorgamiento de efectos patrimoniales limitados para los casos en que no se cumplan con los requisitos.”<sup>455</sup>*

Esa comisión recomendó una modificación en el artículo 233 y lo redactó así:

*“Artículo 233: La unión de hecho por más de cuatro años, que sea pública, notoria, estable y singular, en que uno de los convivientes tenga impedimento para contraer matrimonio por existir un vínculo anterior, tendrá los efectos patrimoniales limitados que señala este artículo. En el caso de ruptura de esa unión, los bienes adquiridos durante la convivencia deberán ser repartidos en partes iguales entre los convivientes.*

*El reconocimiento de tales derechos se dará dentro del proceso abreviado que establece el artículo 230. En este caso, deberán tenerse como partes a quienes puedan resultar afectados por la resolución y, si existieran hijos menores, al Patronato Nacional de la Infancia.*

*En el caso de muerte de uno de los convivientes, el conviviente supérstite conservará su derecho patrimonial sobre el cincuenta por ciento de los bienes adquiridos durante la unión de hecho.*

*Para tal reconocimiento, el conviviente supérstite deberá plantear el proceso abreviado de reconocimiento de la unión de hecho dentro del juicio sucesorio correspondiente. Comprobando el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo, para la unión de hecho, el juez adjudicará el cincuenta por ciento de los bienes adquiridos durante la convivencia, al conviviente supérstite y ordenará su exclusión de la masa hereditaria.”<sup>456</sup>*

Ese dictamen, de mayoría afirmativo, de la Comisión Permanente Especial sobre Consultas de Constitucionalidad fue aprobado por la Comisión Permanente con Potestad Legislativa Plena Tercera, así el proyecto pasó a ser discutido en primer debate legislativo, en el cual quedó aprobado por una mayoría de 11 diputados de los 17 que se encontraban presentes.

La segunda consulta a la Sala Constitucional fue promovida por diferentes diputados y estaba motivada por la nueva redacción que presentaba el artículo 233 del proyecto –que por cierto ya aparece en la resolución de la Sala a esta consulta igual al aprobado– y por una evidente preocupación de que la ley en disputa posibilitara la legalización de las uniones homosexuales:

*“Con la aprobación de este artículo se está violando el deber de fidelidad que se deben mutuamente los esposos y la unidad de la familia, y el requisito esencial de heterosexualidad de la unión (...) El artículo 233 **NO EXIGE**, el requisito de que la unión sea entre personas de **DIFERENTE SEXO**, como lo exige el artículo 229 del proyecto por lo que los efectos patrimoniales podrían darse incluso cuando el adulterio se diera por la unión de hecho entre homosexuales o lesbianas.”<sup>457</sup>*

Sin embargo, el tema de las parejas conformadas por personas del mismo sexo nunca fue discutido en la Comisión Plena Tercera. La Sala Constitucional tampoco profundizó cuando los

<sup>455</sup> AGUILAR SANDÍ, Evelyn Priscila. *Op. cit.*, p. 90.

<sup>456</sup> Expediente Legislativo del Proyecto de Ley 10.644. *Op. cit.*, p. 338.

<sup>457</sup> *Ibid.*, p. 687.

diputados consultantes abordaron el tema, y siempre se refirió a la protección de familias constituidas por personas de diferente sexo, como objeto del proyecto.

*“... es entendido que los fines del proyecto tienden a la regulación de consecuencias patrimoniales de la unión de hecho, no se refieren a la unión entre personas de diferente sexo: la reforma se inserta en el sistema del Código de Familia, que supone una unión entre hombre y mujer.”<sup>458</sup>*

El proyecto continuó a segundo debate, y el 9 de noviembre del año 1994 se aprobó con una mayoría de 12 diputados, de los 16 presentes; no obstante, como había una consulta planteada, la Sala Constitucional en la misma resolución que respondía la consulta, es decir en la N° 7515-94, obligaba a la Asamblea Legislativa a votar nuevamente en segundo debate el proyecto, a pesar de no haber sido notificada la admisión de la consulta de los diputados. El segundo debate se realizó el 5 de julio del año 1995.

Finalmente, el proyecto se aprobó con la redacción de los artículos que se expusieron antes en el cuadro comparativo que corresponden al Código de Familia y con las adiciones también mencionadas de los artículos 48 y 92 de esa misma norma.

Sin embargo, como ya se dijo en reiteradas ocasiones, posteriormente, el artículo 246 correspondiente al artículo 233 tan discutido en la aprobación del proyecto, fue declarado inconstitucional, por haberse percibido “un conflicto normativo y de valores entre la unión de hecho de personas casadas, y el matrimonio.”<sup>459</sup>

La tarea de esbozar de manera general el recorrido que ha tenido en la historia jurídica de nuestro país la unión de hecho, ha tenido como finalidad, visualizar la dificultad que tiene en la sociedad la adaptación de temas con enfoque familiar, por la influencia que ejercen factores religiosos y morales, además de la tendencia que se tiene a preferir la comodidad de una sociedad poco convulsa y en la cual se manifiesten comportamientos acordes con los propios de la mayoría, que incentiva un rechazo hacia las minorías.

Ahora bien, elaborar un análisis de la regulación que tiene en Costa Rica la unión de hecho es tarea complicada, ya que aún cuando se sabe que se debe comenzar con el estudio de la tutela jurídica que para la familia esboza la Constitución Política y, por supuesto, variedad de instrumentos internacionales, seguidos por el Código de Familia. También, hay que realizar una labor de

---

<sup>458</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7515 de las quince horas veintisiete minutos del veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

<sup>459</sup> BENAVIDES SANTOS, Diego. *Op. cit.*, p. 511.

recopilación de otras leyes y reglamentos, además de una necesaria función interpretativa a nivel jurisprudencial.

Toda esa labor ya se ha realizado a cabalidad en diversidad de trabajos de investigación que se han hecho para esta facultad sobre la unión de hecho. Pero además, mucha de esa normativa se abarcó al abordarse el tema de la protección a la familia y cuando se expusieron las disimilitudes entre los derechos que tienen las parejas heterosexuales y de los cuales carecen las homosexuales, en los capítulos respectivos.

## **2) Solución inmediata, menos controversial y subsidiaria**

En esta sección se expondrán las razones para considerar que en este momento, el reconocimiento de unión de hecho representa la opción más viable para regular dentro del ordenamiento costarricense a las parejas homosexuales que conviven de manera estable, ya que la posibilidad de que se cree una figura que –como el matrimonio– las contemple de mejor forma, no excluye las eventuales necesidades de reconocimiento que continúen teniendo aquellas que opten por no formalizar su relación.

Para iniciar, queremos primero que todo recalcar que las uniones homosexuales que serían candidatas para ese reconocimiento de unión de hecho, deberán cumplir con las mismas obligaciones que se le imponen a las uniones heterosexuales, obviando lógicamente la de ser una unión “entre hombre y mujer”. Así las ha descrito nuestra jurisprudencia:

*“Son ocho los requisitos de esta unión de hecho, entonces: 1) unión de hecho; 2) pública; 3) notoria; 4) única; 5) estable; 6) por más de tres años; 7) entre hombre y mujer; 8) con aptitud legal para casarse. La unión de hecho se refiere a las relaciones de pareja no fundadas en el matrimonio, es decir al denominado concubinato. Los requisitos de publicidad y notoriedad, implican que la relación de la pareja no se da en forma clandestina u oculta, sino que la misma es evidente, patente, manifiesta, a la vista y conocimiento de todos. La unicidad o singularidad de la relación excluye relaciones simultáneas. De esta manera, se tutela una relación no fundada en el matrimonio, pero lo más parecida al matrimonio en cuanto a la monogamia y la fidelidad. En cuanto a la estabilidad se trata de uno de los requisitos más interesantes, pues implica solidez y permanencia (...) En cuanto al plazo de tres años se constituye en el parámetro de estabilidad, o permanencia en el tiempo (...) La aptitud legal para casarse se refiere sobre todo a la exclusión de un vínculo matrimonial.”<sup>460</sup>*

Antes que nada, nótese que se ha utilizado unión de hecho y concubinato como sinónimos, porque en realidad así se entienden, la misma jurisprudencia costarricense utiliza ambos conceptos para referirse a los convivientes de hecho, pero llama la atención que la autora Graciela Medina, se

<sup>460</sup> Tribunal de Familia de San José, resolución N° 1040 de las nueve horas y treinta minutos del veinticuatro de junio del dos mil cuatro.

refiere a concubinato cuando se trata de parejas heterosexuales (así también lo abordaron doctrinarios en los conceptos que presentamos al inicio de este capítulo) y a unión de hecho al referirse a parejas homosexuales:

*“En nuestro Derecho, la unión heterosexual es identificada con el nombre **concubinato** y puede ser definida como: La unión libre de un hombre y una mujer que, sin estar unidos por el matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges.*

*Mientras que: Las **uniones de hecho homosexuales** son uniones de dos personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida que es conocida públicamente.”<sup>461</sup>*

Sin embargo, ella misma dice al principio de su libro que la unión de dos personas fuera del matrimonio puede denominarse de muchas formas: “convivencia fuera del matrimonio, convivencia extramatrimonial, unión libre, unión de hecho, concubinato, familia de hecho, familia no matrimonial, matrimonio de hecho, uniones maritales de hecho, parejas no casadas, compañeros no matrimoniales y convivencia *more uxorio*.”<sup>462</sup>

La unión de hecho en Costa Rica, es una figura evidentemente subsidiaria, en razón de su reconocimiento al finalizar la relación, que aunque no siempre se reconozca hasta que termina, la norma que la contiene así lo establece. Es una figura que como claramente lo dijo la Sala Constitucional “brinda la oportunidad de darle una regulación más o menos razonable al vacío normativo que experimentaba el Código de Familia”.<sup>463</sup>

Por lo tanto, queda claro que lo ideal sería contar con una figura que como el matrimonio – para las parejas heterosexuales–, regulara las relaciones estables y duraderas de las personas homosexuales.

Ahora bien, la posibilidad del matrimonio ha quedado descartada con el voto N° 7262 del 2006 de la Sala Constitucional, al menos hasta que alguien más insista en el asunto y la composición de ese Tribunal varíe. Mientras tanto, más bien se está en riesgo de que quienes hayan analizado a fondo la cuestión y sean asiduos opositores de los homosexuales, traten de modificar el artículo 52 de la Constitución Política –tal y como sucedió en California, según se explicó en el capítulo segundo– para limitarlo a parejas heterosexuales, ya que verdaderamente la constitución en Costa Rica, no establece las características que debería tener ese matrimonio.

---

<sup>461</sup> MEDINA, Graciela. *Op. cit.*, pp. 38 y 39.

<sup>462</sup> *Ibid.*, 32.

<sup>463</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 3693 de las nueve horas dieciocho minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Adicional a eso, el matrimonio es una institución con amplia envergadura religiosa, que etimológicamente proviene del latín *matrimonium*, “referente en su origen solamente a la mujer, ya que literalmente significa “estado de madre”<sup>464</sup>, y quizás esté muy lejano el día en que se pueda aceptar su uso para parejas del mismo sexo en nuestro país. En cambio, el reconocimiento de la unión de hecho podría gozar de mayor aceptación, amén de la necesidad que de éste siempre se va a tener, porque siempre existirán parejas que no legalicen su situación, aún cuando tengan esa posibilidad.

*“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 (...) 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, académico y jurídicos del país (...) 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”.<sup>465</sup>*

La otra posibilidad es la de establecer una figura alterna, llámese: pacto civil de solidaridad, como se denomina en Francia; cohabitación homosexual, según la Ley de Suecia; unión de pareja registrada como se llama en Islandia; o unión civil, como se propone en el proyecto de ley presentado a la Asamblea Legislativa y que se analizó en el capítulo tercero.

El inconveniente que vemos en ese caso, o mejor dicho la observación que se puede hacer, es que incluso el proyecto de ley de unión civil plantea el reconocimiento de unión de hecho de forma subsidiaria, ya que la necesidad del reconocimiento de las uniones de hecho homosexuales persiste aún permitiéndose esa otra figura, para quienes no legalicen su relación. Además la unión de hecho ya existe en nuestro ordenamiento y sería más fácil e inmediato ampliar el alcance de la norma para que incluya a los homosexuales, asimismo, se regiría dentro del Derecho de Familia y no en el ámbito civil.

Todavía no entendemos las razones para que no se estudiara más a fondo la posibilidad de incluir a las parejas homosexuales cuando se aprobó la ley que adicionó el título VII al Código de Familia que regula la unión de hecho, porque si cruzó por la mente de algunos diputados como se aprecia en la consulta legislativa que realizaron a la Sala Constitucional; probablemente la evasión del tema se debió a la intención de no hacer más difícil una discusión que ya de por sí era bastante escabrosa, tal y como se explicó en el apartado anterior.

---

<sup>464</sup> Tomado de la definición de matrimonio en COUTURE, Eduardo. Vocabulario Jurídico Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán. 3ª Edición actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Reimpresión. Editor Julio César Faira. Editorial B de F Ltda., Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 495.

<sup>465</sup> MURILLO RODRÍGUEZ, Luis Guillermo. *Op. cit.*, pp. 250 y 251.

Sin embargo, sobresale que tampoco se considerara para la redacción final del hoy artículo 242 del Código de Familia, la resolución que había emitido la Sala Constitucional a razón de un recurso de amparo planteado por un asunto de discriminación, relacionado al artículo 14 de la Constitución Política sobre naturalización, que hacía referencia únicamente a “la mujer” extranjera y no tomaba en consideración a los hombre en esas mismas condiciones. En esa oportunidad la Sala dijo:

*“En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de la facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, **se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos "hombre" ó "mujer", deberán entenderse como sinónimos del vocablo "persona", y con ello eliminar toda posible discriminación "legal" por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados.**”<sup>466</sup>(El resaltado es nuestro).*

A pesar de esa transcripción, no desconocemos el hecho de que en esa sentencia también se hace referencia al matrimonio como base esencial de la familia, y claramente se podría alegar la existencia de un valor superior en el trato que se le dio a la redacción del artículo sobre reconocimiento de unión de hecho, más aún si se analiza la postura de la Sala Constitucional en su resolución 7262 del año 2006 sobre la constitucionalidad del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia.

El artículo 242 del Código de Familia actualmente dice así:

*“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.”(El resaltado es nuestro).*

Esta tesis lo que propone es una modificación muy simple al artículo, que sustituya la frase “entre un hombre y una mujer” por la frase “entre dos personas”, de esa manera se amplía el alcance a parejas del mismo sexo. Lo que brindaría una solución inmediata a la laguna innegable del ordenamiento jurídico que tiene en desabrigo a los convivientes homosexuales, por no cumplir con el requisito establecido en dicho artículo de ser una unión “entre un hombre y una mujer”.

De más está decir que ese cambio cubriría toda la normativa que hace referencia a los “convivientes”, ya que el concepto está delimitado generalmente por la descripción que proporciona el Código de Familia.

---

<sup>466</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N°3435 de las dieciséis horas veinte minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y dos.



La redacción al realizar esa modificación quedaría entonces de la siguiente manera:

**ARTICULO 242.-**

*La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre dos personas que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.*

Cabe aclarar que cuando se habla de aptitud legal, nos estamos refiriendo a todas los requisitos que deben cumplir quienes pretenden casarse, especialmente el de libertad de estado. La única duda que surge es si podrían alegar los opositores de una modificación de este tipo, que una lectura *a contrario sensu* del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia que establece la imposibilidad de casarse entre personas del mismo sexo, incluye como condición para poseer “aptitud legal para contraer matrimonio” que la pareja sea de diferentes sexo.

Lo anterior nos parece improcedente, y así lo debieron haber considerado los diputados firmantes del proyecto de ley 16.182, ya que no hicieron referencia al impedimento de casarse entre personas del mismo sexo. De todas formas, como nunca se sabe las ocurrencias que podrían surgir, de necesitar especificarse la excepción aplicable a las uniones de hecho homosexuales en el artículo 242, se podría agregar algo así al final del artículo: *“Para el reconocimiento patrimonial propio del matrimonio en el caso de las parejas del mismo sexo no les será aplicable el inciso 6 del artículo 14 de este Código.”*

Si se recuerda el proyecto de ley 16.182, tratado en el capítulo tercero, se encontrará una similitud en la intención de modificación, mas no en la redacción del artículo propuesto, ya que el del proyecto implica una serie de referencias al vínculo creado, que tratan de definir la relación en sí: “La unión de hecho nace espontáneamente del encuentro de dos voluntades que deciden vivir en comunidad. Implica la existencia de reciprocidad entre derechos y deberes, compromiso de solidaridad y apoyo mutuo...”<sup>467</sup> Abordaje desafortunado, según nuestro criterio, en razón de considerar inapropiado dar definiciones de ese tipo en una ley, por considerarlas valoraciones más propias de ámbitos doctrinales o jurisprudenciales.

Además, una modificación mínima y más sencilla podría propiciar una mayor aceptación en el ámbito legislativo, de manera que el proceso de modificación transcurra de forma casi desapercibida que evite protagonismos rimbombantes y que logre su objetivo primordial de amparar a un sector de la población que necesita una regulación en aras de obtener seguridad jurídica que le proporcione mayor bienestar.

---

<sup>467</sup> Proyecto de Ley 16.182. *Op. cit.*, artículo único.

Reiteramos, que lo ideal sería poseer una figura específica que legitime las uniones estables homoafectivas, tal y como hace la institución del matrimonio con las parejas heterosexuales, pero mientras tanto, en el ínterin de adquirir esa legitimación, la unión de hecho sería una solución rápida y eficaz para solventar algunas situaciones que como en toda sociedad pueden complicarse por tratarse en el ámbito familiar, un ámbito que por la importancia que tiene en la socialización afecta en demasía a las personas.

La reforma propuesta es únicamente modificar la unión de hecho tal y como está regulada hoy en día, por ser evidente ante todo lo esbozado en el capítulo tercero, que algunos sectores de la sociedad costarricense no están preparados para aceptar una unión civil, menos un matrimonio entre personas del mismo sexo, e imaginamos continuarán en esa lucha por evitar, según ellos, figuras que “van contra la dignidad y la existencia de la familia.”<sup>468</sup>

Indudablemente ese reconocimiento de unión de hecho no cubriría todas las necesidades que una familia puede tener, ya que no se debe olvidar que la unión se reconoce en nuestro país una vez que finaliza, es decir, no se cuenta con un registro de ellas, condición que de realizarse eliminaría lo de “hecho” de esa unión, sin embargo tampoco existe otra figura diferente al matrimonio para legalizar una relación de pareja que tenga como objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.

Sin embargo, creemos firmemente en la evolución del Derecho que va de la mano de la evolución social. Así se ha de comprender cuando votos salvados en otrora escandalosos, se convirtieron en predicciones de la sociedad que tenemos hoy. Muchas de las posiciones que esbozan algunos juristas en sus votos salvados son anuncios de lo que está por venir, a veces pareciera que son clarividentes, o quizás simplemente son impulsores de los cambios necesarios para lograr una sociedad más justa y equitativa.

Las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, existieron antes, existen hoy y seguirán existiendo, y el Derecho debe responder a las necesidades que éstas presenten, porque con negarlas o ignorarlas no va a solucionar el problema que estas personas viven, ni tampoco va a evitar que existan. Hace poco científicos de la Universidad de Oxford encontraron un gen que incrementa las posibilidades de ser zurdo, quizás también algún día encuentre un gen de la homosexualidad que reafirme la aceptación que debe tener la sociedad sobre este tema, pero mientras tanto no puede el Derecho permanecer indolente al sufrimiento de los homosexuales.

---

<sup>468</sup> Palabras de Monseñor Hugo Barrantes al referirse a los proyectos de ley que promueven un reconocimiento de las uniones homosexuales, citado por HERRERA CASTRO, Luis Miguel. *Op. cit.*

No se puede dejar de legislar por creencias religiosas, el Estado se aleja de la religión en su actuar la mayoría de las veces, si no lo hiciera, una persona divorciada no podría casarse nuevamente de forma civil, o dejaría en libertad a quienes cometieron delitos pero se arrepintieron de corazón. Tenemos, por el bien de la sociedad, que apartar nuestras creencias religiosas de nuestro actuar jurídico.

El morbo por la homosexualidad irá pasando, como ha sucedido con otros asuntos en la sociedad: las madres solteras, las parejas "juntadas". H&G un canal de televisión muy popular de Estados Unidos, frecuentemente visto en nuestro país –muestra de ello la cantidad de pauta publicitaria de productos costarricenses–, presenta constantemente programas donde la pareja dueña de la casa que exhiben es homosexual y lo transmiten con la misma naturalidad que si fuera una pareja heterosexual. Muchos utilizan vocablos de afinidad familiar –como suegra o cuñado– para referirse a los familiares de los miembros de una pareja homosexual. Ahora son más las personalidades que "se salen del closet" y han aceptado públicamente su orientación sexual, y así podríamos continuar citando ejemplos.

Los estereotipos de que las parejas homosexuales son promiscuas e inestables y que su reconocimiento podría incentivar un incremento de la homosexualidad, también están superándose. Podría ser que la inestabilidad y promiscuidad que se les achaca a los homosexuales, sea más bien una percepción por tratarse de una minoría que sobresale entre la mayoría heterosexual, o deberse en parte a la afectación psicológica que le ha causado la misma sociedad, especialmente su familia. "Es en el seno de la familia donde en muchas ocasiones se inicia la agresión, la violencia y la violación de los derechos humanos de las lesbianas y los homosexuales."<sup>469</sup>

Lejos de pensar que la apreciación de la homosexualidad como normalidad acrecentaría el número de homosexuales, creemos que más bien eliminaría los prejuicios que se presentan en la sociedad. Podría ser que un niño que crezca en un ambiente homosexual, opte por ese estilo de vida, pero también podría ser que nunca sienta atracción por personas de su mismo sexo, porque su atracción por los demás no dependerá de lo que vea en quienes le rodean, sino no habría homosexuales que crecieron con papá y mamá y aprendiendo a leer "Paco y Lola".

Lo que sí estimula el respeto por la orientación sexual de los demás, es el desarrollo de seres humanos más felices, más plenos, sin miedos, ni prejuicios, con ansias de construir un mundo sin estereotipos y que buscan realizarse sin represiones, viviendo como su sentir les indique, y no de

---

<sup>469</sup> AGUILAR SANDÍ, Evelyn Priscila. *Op. cit.*, p. 24.

acuerdo con lo que la sociedad les impone, porque al final de cuentas ¿para qué se une una persona con otra, sino para ser más dichosa?

Una figura que reconozca a la pareja homosexual dentro del ordenamiento, como la unión de hecho, la unión civil o incluso el matrimonio si fuera posible, podría suavizar la visión que de las personas con esa orientación sexual se tiene, ya que la regularidad de las situaciones van formando nuestra cotidianidad y de la misma forma como se ha acostumbrado la sociedad a características antes inimaginables en ella, sucederá con las parejas homosexuales, que tienen los mismos derechos que tenemos las parejas heterosexuales.

*“... debe otorgarse la posibilidad a las parejas homosexuales de decidir si desean vivir bajo la institución del matrimonio, o si por el contrario desean continuar su soltería o vivir en un régimen de unión de hecho, en cuyo caso también debe otorgarse reconocimiento después de una convivencia de tres años, tal como sucede en el caso de las parejas heterosexuales. Por lo anterior, como consecuencia de mi voto, también creo indispensable interpretar el artículo 242 del Código de Familia, en el sentido de que la unión de hecho también debe reconocerse en el caso de parejas del mismo sexo, pues al eliminarse la prohibición para contraer matrimonio tienen aptitud legal para que se les reconozca su unión de hecho también.”<sup>470</sup>*

Los homosexuales son personas, son hijos, padres, hermanos, amigos, amantes, no perjudican con su orientación sexual en nada a la sociedad, y no deberían tratarse legislativamente de forma diferente, sus derechos y deberes no deben ser distintos a los de los heterosexuales, deberían ser los mismos que la constitución establece para *todos* los costarricenses, no para la mayoría.

Los operadores del Derecho, entendido este como un “sistema de normas que regulan la conducta humana en forma bilateral, externa y coercible, con el objeto de hacer efectivos los valores jurídicos reconocidos por la comunidad”<sup>471</sup>, deberían procurar que ese sistema sea completo y no presente lagunas que perjudique a miembros de esa comunidad, que aunque sean minoría, son parte de la sociedad tanto como la mayoría. El reconocimiento de la unión de hecho, no se puede considerar nunca la solución a la desprotección que sufren los homosexuales, igual que no lo es para los heterosexuales, pero sí sirve de contención para mayores injusticias que sufren quienes no lo pueden utilizar.

---

<sup>470</sup> VARGAS BENAVIDES, Adrián. *Op. cit.*

<sup>471</sup> Definición del Derecho como orden jurídica general, tomada de COUTURE, Eduardo. Vocabulario Jurídico Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán. 3ª Edición actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Reimpresión. Editor Julio César Faira. Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 255.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

---

La familia constituye el eje del desarrollo del ser humano, por ser una constante en su vida y el concepto que se tenga de esa célula natural y fundamental de la sociedad puede divergir de una persona a otra, según la experiencia de cada una. Sin embargo siempre hará referencia a vínculos consanguíneos o de afinidad, afectivos o de convivencia. A partir de esa posición se considera como conclusión elemental de esta investigación, que "la familia" no se debería analizar desde una perspectiva conceptual, sino más bien es un tema que obliga un abordaje realista o material, razonado en datos empíricos.

Lógicamente, a través de la historia, la percepción que cada sociedad ha tenido de la familia también ha discrepado, mas su ligamen con la relación marital ha sido persistente desde épocas muy tempranas, tanto, que generalmente el análisis de una de esas figuras exige la referencia a la otra. Sin embargo, también se reconocen una serie de vínculos familiares que no se constituyen en el matrimonio.

Imprescindible recalcar antes de continuar, que esos vínculos familiares también comparten el afecto de sus miembros, y se caracterizan por la cohabitación, la cooperación y el auxilio mutuo que se da entre éstos. De esa manera la convivencia de una pareja, a pesar de no haberse legitimado su unión por la vía del matrimonio, empíricamente se considera familia, sin poder negar, claro está, la posibilidad de que esa percepción esté basada en una analogía con el matrimonio.

La significación que se tenga de familia es importante en cualquier ámbito, sin embargo es primordial en el campo del Derecho, ya que el ordenamiento jurídico constituye la única forma legítima de coacción para regular las relaciones en sociedad y se caracteriza en la actualidad por su protección a la familia.

En Costa Rica, la Constitución Política establece una obligación especial del Estado de proteger a la familia como elemento natural fundamental de la sociedad y considera como su base esencial al matrimonio, además según el ordenamiento la familia la componen quienes están ligados por vínculos jurídicos *reconocidos* como el matrimonio, la unión de hecho (heterosexual), la filiación y el parentesco.

Pero también se dan otras relaciones afectivas que se incluyen dentro del concepto realista o material de familia y que no se reconocen formalmente por no calzar dentro de ninguno de esos

vínculos familiares de la esfera jurídica, tal es el caso de las uniones de pareja homosexuales, y una de las conclusiones pilares de este trabajo es el convencimiento pleno de la relevancia de tutelar las relaciones afectivas en la sociedad, por tratarse de un contenido primordial en el desarrollo del ser humano.

En el Derecho Comparado todavía se presentan muchas contradicciones entre los países sobre el tratamiento que se les da a las uniones estables homoafectivas. Sin embargo, esta investigación se acentuó en la exposición de algunas clasificaciones dentro de las que se han enmarcado las relaciones homosexuales que no se habían abordado en tesis anteriores, con el fin de complementar con material diferente y actualizar los recientes avances en las ya analizadas.

Al respecto es preciso concluir, la existencia permanente de la penalización de los actos homosexuales respaldada por leyes severas, que a pesar de no ser aplicadas sistemáticamente en algunos países, su sola existencia evidencia la dificultad para obtener datos verdaderos sobre ese tipo de relaciones, fundada en la necesidad de esconderlas por temor a ser castigados, con penas que van desde multas hasta la muerte por lapidación.

Además ese tipo de legislación fomenta la invisibilidad de la homosexualidad en el mundo, empujando a la negación de una orientación sexual presente en los seres humanos en todas las épocas y que ha tenido una percepción de aberración transmitida de generación en generación, aunque algunos ejemplos de culturas antiguas como la greca, la china y la japonesa, demuestren que las prácticas homosexuales eran más bien permitidas en las clases privilegiadas de la sociedad.

Algunos concluyen que los cambios en esas apreciaciones y en los comportamientos de esas sociedades, pudieron deberse a una mayor influencia de creencias religiosas o a la colonización por parte de otras culturas, lo que permitiría entender la homofobia como un fenómeno cultural.

Los costarricenses hemos sido testigos en los últimos años de una variedad de iniciativas de índole jurídica que están relacionadas con la orientación homosexual de las personas. Algunas de esas propuestas propician el reconocimiento de las uniones homoafectivas, también intentan protegerlas ante una sociedad mayoritariamente heterosexual, que a veces deliberadamente y otras veces de manera inconsciente actúa de forma peyorativa contra ellas.

También se han manifestado otras intenciones legales, muy distantes a la realidad social actual y con contenidos homofóbicos que promueven, pudiera ser que por desconocimiento, la intolerancia y el irrespeto por la diversidad.

Una de esas iniciativas promovía por medio de una acción de inconstitucionalidad la eliminación del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia que impide el matrimonio entre personas del mismo sexo; específicamente del voto N° 7262-2006 resultante, llamó la atención la discusión sobre la consideración, o no, del matrimonio como un derecho fundamental.

Se concluye para efectos de este trabajo que el matrimonio es un derecho fundamental, por ser así asumido al describirse en el artículo 52 de la Constitución Política como base esencial de la familia y por su relación de importancia con el ser humano, amén del reconocimiento en varios instrumentos internacionales como tal.

En cuanto a si constituye, o no, un derecho fundamental para los homosexuales, creemos que a pesar de ser concebido principalmente para parejas heterosexuales, su extensión de aplicación a esa minoría, es una demostración de madurez jurídica, de tolerancia y de desarrollo social, pero sobre todo, de una amplia apreciación por los derechos humanos de los países que lo han considerado aplicable a cualquier persona independientemente de su orientación sexual.

Nuestra Constitución Política no establece la orientación sexual que deben tener la pareja en el matrimonio, la única referencia que hace sobre esa institución es reconocerla como base esencial de la familia, y claro está que dice descansar en la igualdad de los cónyuges, pero el término cónyuge es un concepto que igual que sucede con la significación de familia, puede incluir diversas determinaciones.

Lo que más bien nos encaminaría a reconocer que de haberse declarado la inconstitucionalidad del famoso inciso, el matrimonio sería la única institución jurídica con la que contaría el país para amparar a la pareja homosexual, ya que la unión de hecho según la normativa correspondiente limita el reconocimiento a las uniones entre un hombre y una mujer, en razón de no haberse considerado la disposición de la Sala Constitucional mediante la resolución 3435 de 1992, de utilizar el vocablo "persona", en lugar de "hombre" o "mujer", cuando se incluyó en el Código de Familia el reconocimiento de unión de hecho y de no haber sido tampoco corregido posteriormente.

Sin embargo, el resultado de la popular resolución sobre el matrimonio homosexual, lo que podría provocar, es que asiduos opositores de las personas con orientación homosexual, procuren modificar la referencia al matrimonio que hace la Constitución Política, para acotarla a parejas heterosexuales. A no ser, como han planteado algunos, que una variación en la composición de la Sala Constitucional permita a la comunidad homosexual hacer un nuevo intento de demostrar la contrariedad de la norma con lo dispuesto en la constitución.

Como actores de la democracia, se deben buscar soluciones que impulsen la lucha contra la discriminación. Porque indudablemente, este tema nos plantea una serie de argumentos metajurídicos, de gran contenido axiológico, que conllevan la valorización de la discriminación basada en la orientación sexual de las personas.

Ante la mitigación de la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo, pareciera que la discusión sobre la incorporación de las uniones homosexuales al ordenamiento jurídico, se centrará ahora entre otras dos iniciativas presentadas en la Asamblea Legislativa como proyectos de ley, que se refieren a la aprobación de una ley de unión civil para personas del mismo sexo o a la reforma al Código de Familia que amplíe la figura del reconocimiento de la unión de hecho a este tipo de vínculos familiares.

Ante esa disyuntiva se plantea también a modo de conclusión, que la solución más práctica por inmediata y por considerarse que podría presentar una menor resistencia entre esas dos propuestas, corresponde a la que plantea una modificación del artículo 242 del Código de Familia, que a pesar de no especificar dentro de su justificación el reconocimiento de uniones homosexuales como su única intención, también las abarcaría.

Se considera también una solución más justa en el sentido de que las integraría al campo del Derecho de Familia dignificando la unión, sin embargo por la misma naturaleza de la figura los efectos no ampararían a la pareja durante su relación, sino de forma retroactiva al finalizar por cualquier causa, lo que plantea la tarea de buscar una alternativa, que no excluye la posibilidad de encaminar la unión civil a una aplicación dentro del Derecho de Familia.

Asimismo se debe hacer notar que de aprobarse la unión civil, se trataría de una solución para las parejas que decidan ir e inscribir tal unión, mas no así para las parejas que por temor a ser discriminadas o por simple comodidad con su situación no realicen tal registro, lo que no exime la posibilidad de necesitar del reconocimiento de la unión de hecho, aún más sabiendo que funcionaría como solución para la regulación de la situación de la pareja antes de registrarse la unión civilmente.

Además se debe subrayar que se concluye también en este trabajo, que de aprobarse una figura como la propuesta unión civil, debería incluir –de la misma forma que se cree respecto de los homosexuales en cuanto al matrimonio y la unión de hecho–, también a los heterosexuales que deseen optar por un instituto alternativo al matrimonio, si quisieran disidir de esa institución con tantos matices religiosos y estandarte permanente de la procreación.



Conviene agregar, que el proyecto de ley que promueve la unión civil de parejas del mismo sexo, cuenta con un apartado que contempla la unión de hecho en caso de no haberse formalizado la unión civil, intención que reafirma nuestra posición en cuanto a la necesidad de ampliar la figura del reconocimiento de unión de hecho de manera que cubra a las parejas homosexuales, a pesar de la aceptación de una figura legitimadora, llámese ésta matrimonio, unión civil o cualquier otra denominación que se le intente dar.

La vida en sociedad es compleja y el Derecho como regulador de las relaciones humanas tiene la obligación de por lo menos tratar de alcanzar las diferentes situaciones que enfrenta la vida en sociedad y brindar soluciones que procuren un mayor bienestar para las personas.

Las relaciones de pareja tanto en el acontecer entre sus miembros como con su relación con el resto de la sociedad pueden originar un abanico de escenarios en los que requiere del Derecho para solventar dificultades, y esa es una realidad que viven tanto las parejas homosexuales como las heterosexuales.

No obstante, las parejas heterosexuales cuentan con la figura del matrimonio como medio para ser concebidas por el ordenamiento jurídico y si no formalizan su relación también existe la posibilidad de obtener los mismos efectos que adquieren de su relación quienes se casan, por medio del reconocimiento de unión de hecho.

La unión de hecho contemplada en el Código de Familia costarricense, ha servido para suplir el matrimonio en aquellas parejas heterosexuales, que a pesar de no haber cumplido con el formalismo del matrimonio, han mantenido una relación pública, notoria, única y estable por más de tres años, otorgándoles los mismos efectos patrimoniales del matrimonio, efectos que la jurisprudencia y algunas leyes específicas han ido ampliando con el pasar del tiempo.

Si la unión de hecho pudiera registrarse antes de su disolución, a diferencia de como se plantea en el Código de Familia, sería más justo para quienes escogen convivir fuera del matrimonio, pero se reconoce que eso sería contrario a su naturaleza porque dejaría de ser "de hecho". Sin embargo, se debe hacer notar que el incluir a los convivientes en alguna normativa o el tener que dar fe de convivir con otra persona para algunos trámites administrativos es de alguna manera un reconocimiento de la unión antes de que finalice.

Contrariamente, las parejas homosexuales muy lejanas a la posibilidad de legitimar sus uniones con el matrimonio, tampoco cuentan con el reconocimiento de unión de hecho como medida alternativa.

Si a las parejas homosexuales se les impide casarse, los operadores del Derecho deberían proporcionarles una figura sustituta del matrimonio –que no sólo registre su relación como un vínculo familiar, sino que también las ampare jurídicamente–, y si no, por lo menos deberían permitir que se les incluyan dentro del grupo de parejas que cuentan con la contingencia del reconocimiento de su unión.

El meollo del asunto en toda esta cuestión es identificar a la pareja compuesta por personas del mismo sexo como familia, porque una vez que eso ha sucedido, una discusión sobre su legislación o protección no prospera, si conforman una familia, entonces se debe proteger y debe – como cualquier otra familia–, tener dentro del ordenamiento del Derecho de Familia una forma de reconocimiento.

La inclusión en el ordenamiento de la unión ilegítima heterosexual sin hijos, dentro de lo que se considera familia por las fuentes del derecho, es la prueba fehaciente de que se debe abarcar también las uniones de hecho de parejas compuestas por personas del mismo sexo. Lo anterior se concluye de la correspondencia en las características de ambos tipos de pareja, es decir: la cohabitación, publicidad, notoriedad, singularidad y estabilidad de su unión.

La búsqueda del reconocimiento legal de las relaciones de pareja del mismo sexo es en parte una búsqueda de la afirmación del Estado, por medio de la cual los homosexuales pueden erigirse ciudadanos y sobresalir como componentes básicos de la sociedad y pilares de la comunidad. La ausencia de ese reconocimiento tiene además repercusiones prácticas para las uniones homosexuales, ya que en cuestiones de Derecho se les trata como solteros, negándoles el acceso a algunos mecanismos y subvenciones que la sociedad impulsa para la familia.

La falta de regulación adecuada, sustituida por una dispersa y escasa normativa en el tema de uniones de hecho, que además de limitar la actividad judicial y demandar un análisis más concienzudo de los operarios judiciales para resolver de forma homogénea los conflictos que en cuanto a éste se generan en nuestra sociedad, siempre es mejor que la carencia total de regulación. Contar al menos con un reconocimiento de unión de hecho, es lo que nos lleva a plantear esa figura como solución inmediata a la laguna jurídica de la que son víctimas las familias homosexuales en este país.

Una ampliación en el alcance de la de unión de hecho de manera que abarque también a las parejas homosexuales solucionaría ese vacío legal de manera inmediata, y además continuaría funcionando una vez que los legisladores aprueben una figura que legitime su convivencia desde

que inicia, porque siempre habrá parejas que como sucede con parejas de personas heterosexuales, opten por no formalizar su unión.

La lucha por la igualdad de los derechos de las personas de orientación homosexual es complicada, sobre todo cuando pareciera que quienes defienden los intereses homosexuales, son únicamente los que captan la atención de una mayoría heterosexual, unos cuantos travestis que de vez en cuando se ven en las noticias ondeando la bandera del arco iris en algunas manifestaciones públicas o, las parejas gay que ante la asistencia de los medios de prensa se abrazan o se besan tratando de demostrar su rebeldía y desinterés por lo que opine la mayoría heterosexual, provocados por la ira y el resentimiento contra una sociedad excluyente.

Muchas veces remotos a esas manifestaciones se encuentran quienes conviven en uniones homosexuales establecidas por el afecto y la necesidad de convivencia, como la generalidad de las relaciones maritales en nuestro país, pero difícilmente, a no ser que se trate de activistas reconocidos, homosexuales sobresalientes a nivel profesional, político o académico que prueban que la homosexualidad no es un comportamiento aberrante de personas de escasos recursos o sin educación, sino que es una forma de ser, una diversidad en la orientación sexual todavía muy estudiada en el campo de la ciencia que aún no ha encontrado su origen y muy alejada de estar basada en el capricho, o la intención de incomodar a los demás, o llamar la atención, sean quienes se manifiesten.

Si se tratara de resumir lo asimilado en este proceso de aprendizaje habría que comenzar refiriéndose al descubrimiento de las deficiencias jurídicas que presenta el ordenamiento jurídico costarricense, en contraposición con legislaciones de otros países que sobresalen por su desarrollo en el tema de las relaciones de pareja.

Continuar, con la referencia a la percepción del sentir de la sociedad costarricense sobre temas todavía muy desconocidos, caracterizados por una gran ignorancia fundada en el desinterés por aprender, comprender y discutir con quienes han investigado o estudiado al respecto, y por la incapacidad de tolerancia y solidaridad con los demás.

Y no podría faltar, la comprobación de la persistente manía –por no decir necedad– que padecemos los costarricenses de considerar posiciones religiosas para decidir asuntos de justicia e igualdad en el campo del Derecho.

Sin embargo, el mayor logro de esta investigación está relacionado al supuesto desinterés por mejorar la calidad de vida de esa minoría, de quienes sabemos –incluyendo a muchos

homosexuales-, son gente que podría influir en la opinión de los demás si participara discutiendo y respaldando iniciativas que fomenten el respeto por esos derechos. En razón de tratarse de personas respetables, con puestos importantes y que provienen de familias con grandes valores morales, pero que después de todo este estudio, se ha comprendido que quienes defiendan las propuestas que beneficien a la minoría homosexual no serán ellos, por diversas razones.

La primera de ellas es que de no ser, como se dijo anteriormente de activistas reconocidos quienes desde hace mucho tiempo se han destacado por su desempeño en la búsqueda de un mejor sistema, o de actores políticos que en su rol dentro de la función pública tienen como obligación buscar una mayor bienestar para *todos*, los demás no se sentirán en la obligación de hacerlo si no son homosexuales.

La segunda, quienes son homosexuales, se han resignado al desarrollo de una sociedad cruel ante lo diferente y muchas veces ignorante. Además de que los homosexuales sobresalientes a nivel social, es decir, destacados o con influencias, quienes podrían generar una visualización diferente de la homosexualidad, como cuando se lee sobre su existencia permanente en la historia desde la antigüedad o su aceptación hoy día en países desarrollados como Canadá y Noruega, difícilmente quieran exponerse a ser discriminados y no se les dificulta tanto el gasto innecesario que tienen, por no contar con la cobertura automática que da el estatus marital a las parejas heterosexuales.

Es decir, las parejas formadas por personas del mismo sexo con ciertas ventajas sociales, ya sea en razón de su desarrollo educativo o económico, *no* serán quienes más resientan la exclusión del ordenamiento jurídico. Generalmente esas parejas, serán vistas con mayor respeto, y se les cuestionará menos su orientación sexual, o al menos eso aparentarán quienes conforman su ámbito social que serán personas también con un mayor roce social, con más educación y una mayor exposición a diferentes realidades culturales.

No requieren tanto del resguardo del Estado, porque su posición económica les permite tomar una serie de medidas por sí mismas para procurarse protección: Pueden hacer testamentos, adquirir seguros, recurrir a figuras comerciales como las sociedades anónimas, que aunque no dignifican su unión desarrollándose en el campo del Derecho de Familia, sirven para proteger el patrimonio común, además de que tienen la posibilidad de asesorarse mejor con especialistas de diferentes materias.

No sufren tanto como quienes además de ser discriminados, enfrentan dificultades resultantes de una legislación excluyente, que no les proporciona los medios para protegerse y

superarse, como sí lo hace con los heterosexuales, a quienes les crea una serie de instituciones que procuran el alcance de la felicidad.

En aras de mejorar el sistema democrático, nuestra sociedad debe fomentar la integración, promoviendo el respeto y la tolerancia por la libre determinación de las personas, para que las próximas generaciones sean conscientes de que la diversidad es una característica primordial de nuestra sociedad.

El hecho de no prohibir los actos homosexuales, como tanto se ufanaron los magistrados en la resolución 7262 del 2006, no es suficiente para evitar la discriminación. Excluir a una persona por su orientación sexual, es discriminar.

Considerando la hipótesis de esta investigación, se debe recalcar primero que todo, su comprobación, y segundo, que a través de su demostración se reafirma la recomendación base de este análisis, la cual consiste en una ampliación del alcance del artículo 242 del Código de Familia, que consiste en una modificación más simple que la propuesta en el proyecto de ley 16.182, ya que únicamente debería contemplarse la sustitución de la frase “entre un hombre y una mujer” por la frase “entre dos personas”. Agregando además, que aún implementándose otra institución que produzca efectos durante la relación, persistiría la necesidad del reconocimiento de las parejas que no formalizaran su unión.

Dicha evolución en la normativa debe promoverse, fundamentándose primordialmente en la resolución 3435 de 1992, que disponía la utilización del vocablo “persona” en lugar de los vocablos “hombre” o “mujer”, en aras de evitar la discriminación. Sin embargo, queda pendiente la justificación para determinar como discriminación, el tratamiento de inferioridad que se dé en razón de la orientación sexual de las personas, tema muy amplio para abarcar en esta misma tesis y que sin duda alguna representa una materia muy rica para abordar en otro trabajo de investigación.

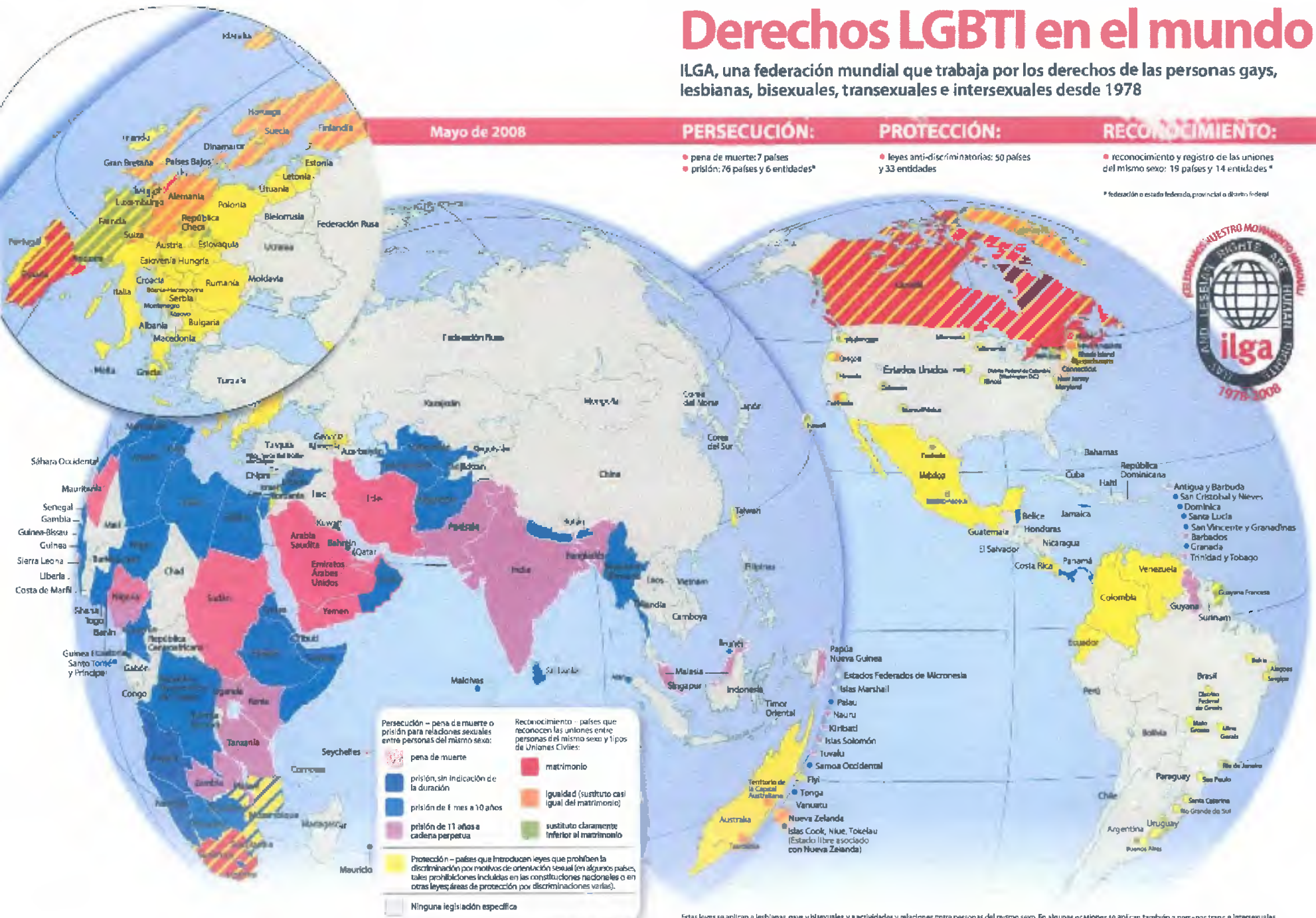
La iniciativa deberá aclarar que el reconocimiento de las uniones de hecho de las parejas homosexuales no exime la necesidad de una institución que abarque las uniones homoafectivas desde que inician su convivencia y que preferiblemente se incluya dentro del ámbito del Derecho de Familia.

Pero sobre todo, deberá agotar la explicación de la eterna necesidad de regular en el ordenamiento las relaciones afectivas de *todos* y no sólo las de la mayoría. Porque *todos* sentimos afecto y el afecto, como dice Maria Berenice Dias, doctrinaria destacada en esta materia, merece ser visto como una realidad digna de tutela.

**ANEXOS**

# Derechos LGBTI en el mundo

ILGA, una federación mundial que trabaja por los derechos de las personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersexuales desde 1978



Estas leyes se aplican a lesbianas, gays y bisexuales y a actividades y relaciones entre personas del mismo sexo. En algunas ocasiones se aplican también a personas trans e intersexuales. Proyecto de mapa mundial coordinado por Jarkko Lavikainen (ILGA-Europa) y Stephen Rivers (ILGA). Este mapa fue originalmente diseñado por Philippe Mouchelet para la revista 'Tú y ILGA', editada para ILGA-Europe Newsletter por parte de Silja Pagale. Los datos recopilados en este mapa se basan en el informe 'Homofobia de Estado: un repaso a las legislaciones mundiales que prohíben las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo', elaborado para ILGA por Daniel Ottosson (disponible en [www.ilga.org](http://www.ilga.org) en Inglés, Español, Portugués y Francés).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Libros

Barberia, María Emma. Diccionario de Latín Jurídico (2006). 1ª Edición. Valleta Ediciones SRL. Buenos Aires, Argentina.

Belluscio, Augusto César (2004). Manual de Derecho de Familia. Tomos 1 y 2. 7ª Edición actualizada y ampliada. 1ª Reimpresión. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires, Argentina.

Benavides Santos, Diego. Actualizado por González Solera, Marcela (2006). Código de Familia Concordado y comentado con jurisprudencia constitucional y de casación. Tercera Edición, Editorial Juritexto, S.A., San José, Costa Rica.

Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. (2004). Manual de Derecho de Familia. 6ª Edición actualizada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires, Argentina.

Brenes Córdoba, Alberto (1984). Tratado de las Personas. Volumen II, Derecho de Familia. Cuarta Edición, refundida y actualizada por Gerardo Trejos. Editorial Juricentro, San José.

Couture, Eduardo. Vocabulario Jurídico Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán. 3ª Edición actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Reimpresión. Editor Julio César Faira. Editorial B de F Ltda., Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 495.

Engels, Federico (1979). El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. En relación con las investigaciones de L.H. Morgan. Editorial Nuevo Horizonte, Cali, Colombia.

Llobet Rodríguez, Javier (2003). Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado). Segunda Edición. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica.

Medina, Graciela (2001). Uniones de Hecho Homosexuales. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina.

Pacheco, Francisco Antonio (2007). Introducción a la Teoría del Estado. Segunda Edición. Octava reimpresión. Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica.

Perelman, Chain; traducción de Díez-Picazo (2003). La Lógica Jurídica y la nueva retórica. Antología de textos para el Curso Metodología Jurídica II. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José.

Pérez Vargas, Víctor (1991). Derecho de Familia: Matrimonio, Unión de Hecho, Divorcio, Patria potestad, Adopción, Alimentos. Editorial Duplicadoras de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Real Academia Española (1999). Ortografía de la Lengua Española. Edición Revisada por las Academias de la Lengua Española. Madrid, España.

Rubenstein, William B. (1997). Cases and Materials on Sexual Orientation and the Law. Segunda Edición, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, Estados Unidos.



Sáenz Carbonell, Jorge Francisco (2003). Elementos de Historia del Derecho. Primera Edición. Ediciones Chico, Santo Domingo de Heredia, Costa Rica.

Sampieri Hernández, Roberto; Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar (2004). Metodología de la Investigación. Tercera Edición. McGraw-Hill Interamericana. Querétaro, México.

Trejos Salas, Gerardo (2005). Derecho de Familia Costarricense. Tomo II. Primera Edición, Reimpresión, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica.

Trejos Salas, Gerardo y Ramírez Altamirano, Marina (1999). Derecho de Familia Costarricense. Tomo I. Quinta Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica.

Witker, Jorge (1991). Cómo elaborar una tesis de Derecho. Pautas Metodológicas y Técnicas para el Estudiante o Investigador del Derecho. Editorial Civitas, S.A. Primera Edición. Reimpresión de Gráficas Rogar. Madrid, España,

### **Journals**

Borneman, John. (1996). Until Death Do Us Part: Marriage/Death in Anthropological Discourse. *American Ethnologist*. Vol. 23, N° 2: 215-235, mayo. Publicado por Blackwell Publishing de parte de la American Anthropological Association.

Brown, Stephen. (2002) "Con discriminacion y represion no hay democracia": The Lesbian Gay Movement in Argentina". *Latin American Perspectives*. Gender, Sexuality, and Same-Sex Desire in Latin America. Vol. 29, N° 2: 119-138, marzo. Publicado por Sage Publications Inc.

Eskridge, William N. Jr. (1993). A History of Same-Sex Marriage. Symposium on Sexual Orientation and the Law. Vol. 79, N° 7: 1419-1513, octubre. Publicado por Virginia Law Review.

### **Revistas**

Baudrit Carrillo, Luis (1994). Apuntes sobre la Unión Marital de Hecho. Revista Ivstitia. San José, Costa Rica, año 8, N° 92, agosto.

Campos, Henry (2004). La Mujer en la literatura jurídica romana: una aproximación de género. Las Instituciones de Gayo. Pensamiento Jurídico Feminista. San José, Costa Rica, año I, N° 1, noviembre.

Fernández de Rota, Antón (2006). Significado del matrimonio gay y de sus rechazos. Una aproximación antropológica. Revista de Antropología Experimental. Universidad de Jáen, España, N° 6, Texto 19: 257-270.

Pérez Vargas, Víctor y Manavella Cavallero, Carlos (2000). La "constitucionalidad" del artículo 246 del Código de Familia. Revista Ivstitia. San José, Costa Rica, año 14, N° 160, abril.

### **Otros**

AFP. Sección El Mundo del Periódico La Nación, del 24 de setiembre del 2007.

Ávila, María Luisa, et al. (2008). Mesa Redonda. Perspectivas de la sociedad civil en relación al Proyecto de Ley: Uniones civiles y de hecho entre personas del mismo sexo. Centro Cultural de España, en colaboración con el Movimiento Diversidad. 12 de mayo.

Carvajal Pérez, Marvin (2004). Lecciones de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho de la Sede Rodrigo Facio de la Universidad de Costa Rica.

Cerdas Pérez, Jorge (2007). Lecciones de Juicios Universales. Facultad de Derecho de la Sede Rodrigo Facio de la Universidad de Costa Rica.

Consejo Nacional de la Política Pública de la Persona Joven (2008). Primera Encuesta Nacional de Juventud, Costa Rica 2008: Principales resultados. 1ª Edición. Mundo Creativo, S.A. San José, Costa Rica: Fondo de Población de las Naciones Unidas, UNFPA.

Fernández Silva, Mario (2003). Lecciones de Historia del Derecho. Facultad de Derecho de la Sede Rodrigo Facio de la Universidad de Costa Rica

ILGA (International Lesbian and Gay Association) (2008). Mapa sobre Derechos LGBTI en el mundo. ILGA, Bruselas, Bélgica.

Madden, Rose Mary, et al. (2008). Conversatorio por el Día y el Decreto Nacional contra la Homofobia. Sala Joaquín Gutiérrez Monge de la Facultad de Letras de la Universidad de Costa Rica. 26 de mayo.

Montero Soto, Karla (2005). Lecciones de Derecho de Familia. Facultad de Derecho de la Sede Rodrigo Facio de la Universidad de Costa Rica.

Mora Sánchez, Hannia (2001). Lo que usted debe saber de las Pensiones Alimentarias. Primera Edición. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia, San José, Costa Rica.

Ottosson, Daniel, para la ILGA (2008). Homofobia de Estado. Un informe mundial de las leyes que prohíben la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas. ILGA, Bruselas, Bélgica, mayo.

Pelando el Ojo. Comentarios sobre la propuesta del referéndum para la aprobación del proyecto de ley de unión civil de parejas del mismo sexo. Programa radial que se transmite de lunes a viernes en Radio Monumental a las 5:00pm. 2 de octubre del 2008.

Rueda, Amelia, et al. (2008). Debate: Unión civil para gays ¿sí o no? Programa radial Nuestra Voz, que se transmite de lunes a viernes en Radio Monumental a las 7:30am. 25 de setiembre.

Valerín Rodríguez, Gloria y Piedra Sánchez, Alex (2007). Informe Técnico: Proyecto de Ley "Reforma del artículo 107 del Código de Familia, impedimento para que personas de la misma orientación sexual adopten menores de edad." Departamento de Servicios Técnicos, Asamblea Legislativa de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Zamora, Gerardo, et al. (2008). Reportaje Televisivo. Comunidad gay con derechos cercenados. Programa 7 Días. Televisora de Costa Rica, S.A. 11 de agosto.

### **Trabajos Finales de Graduación**

Aguilar Sandí, Evelyn Priscila (2004). Las uniones de hecho, su legislación y la violación de los Derechos Humanos de las lesbianas. Trabajo final de graduación para optar al grado de Magister en Derechos Humanos. Heredia. Universidad Nacional.

Álvarez Mondragón, Ana Patricia y Fajardo Torres, Anahí (1997). Prestaciones Laborales y de Seguridad Social que corresponden a los causahabientes en Unión de Hecho: Análisis a la luz de la Jurisprudencia, Doctrina y Legislación. Tesis de grado para optar al título de Licenciadas en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Barboza Topping, Francine; León Mora, María Gabriela y Sáenz Umaña, Sara (1997). 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. Seminario de Graduación para optar por el grado de Licenciadas en Derecho. Campus Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica.

González Ávila, Juan Diego y Gutiérrez Aiza, Randall (1997). Los derechos que nacen con el reconocimiento legal de la unión de hecho, en materia de: régimen patrimonial, pensión alimentaria y derechos sucesorios, a la luz de la adición al título séptimo del Código de Familia costarricense. Tesis para optar al grado de Licenciados en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

Hernández Leiva, Mónica y Valverde Phillips, Carmen Laura (2007). Estudio sobre la Inconstitucionalidad de la Prohibición del Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo. Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica.

Jara Morúa, Eugenia y Zamora Barrantes, Adriana (2001). Unión de hecho con impedimento: Necesidad de una regulación en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de Licenciadas en Derecho. Campus Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica.

Murillo Rodríguez, Luis Guillermo (2003). 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.

Rosés Hernández, Patricia (2005). Familia y Paternidad en Costa Rica. Una aproximación desde la Perspectiva de Padres y Madres Jóvenes. Tesis sometida a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Sociología para optar al grado de Magister Scientiae en Sociología. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. Universidad de Costa Rica.

## **Legislación**

Código Civil. Ley N° 30 del 19 de abril de 1885. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.

Código de Familia. Ley N° 5476 del 2 de diciembre de 1973. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.

Código de Trabajo. Ley N° 2 del 23 de agosto de 1943. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.

Código Penal. Ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.

Código Procesal Penal. Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.

- Constitución Política de la República de Costa Rica. Del 7 de noviembre de 1949. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. De 1948. Obtenida del portal de internet de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Del 10 de diciembre de 1948. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.
- Ley de Jurisdicción Constitucional. Ley N° 7135 del 11 de octubre de 1989. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.
- Ley de Pensiones Alimentarias. Ley N° 7654 del 19 de diciembre de 1996. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.
- Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda. Ley N° 7052 del 13 de noviembre de 1986. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada a julio del 2008.
- Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos. Ley N° 7527 del 7 de julio de 1995. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.
- Ley General sobre el VIH-SIDA. Ley N° 7771 del 29 de abril de 1998. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.
- Ley para la Regulación del Referéndum. Ley N° 8492 del 23 de febrero del 2006. Obtenida de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Del 16 de diciembre de 1966. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.
- Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de Libertad. Decreto Ejecutivo N° 22139-J del 26 de febrero de 1993. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.
- Reglamento de la Ley General sobre VIH-SIDA. Decreto Ejecutivo N° 27894-S del 3 de junio de 1999. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.
- Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte. Publicado en La Gaceta N° 50 del 10 de marzo de 1995. Obtenido de la base de datos de Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.
- Reglamento del Seguro de Salud. Aprobado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, en el artículo 19 de la sesión número 7082, celebrada el 3 de diciembre de 1996. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.
- Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario. Decreto Ejecutivo N° 33876-J del 11 de julio del 2007. Obtenido de la base de datos Master Lex, actualizada hasta julio del 2008.

## **Proyectos de Ley**

Proyecto de Ley Expediente N° 16.182. Modificación del artículo 242 del Código de Familia, Ley N° 5476, de 21 de diciembre de 1973 y sus reformas. Presentado el 10 de mayo del 2006.

Proyecto de Ley Expediente N° 16.258. Reforma del artículo 107 del Código de Familia, impedimento para que personas de la misma orientación sexual adopten menores de edad Presentado el 11 de julio del 2006.

Proyecto de Ley Expediente N° 16.390. Ley de Unión Civil entre personas del mismo sexo. Presentado a la Asamblea Legislativa el 3 de octubre del 2006.

Proyecto de Ley Expediente N° 16.887. Adición de un nuevo Capítulo III referente a los derechos en salud sexual y salud reproductiva, al Título I del Libro I de la Ley General de Salud, N° 5395 de 30 de octubre de 1973 y sus reformas. Presentado el 5 de diciembre del 2007.

Proyecto de Ley Expediente N° 16.970. Ley para la prevención y eliminación de la discriminación. Presentado el 13 de marzo del 2008.

Proyecto de Ley Expediente N° 16.978. Modificación del artículo 373 del Código Penal, Ley N° 4573, de 4 de mayo de 1970 y sus reformas, Ley para combatir la discriminación por orientación sexual. Presentado el 31 de marzo del 2008.

## **Expedientes**

Expediente Judicial N° 03-008127-0007. Acción de Inconstitucionalidad contra los artículos 14 inciso 6 del Código de Familia y el 176 del Código Penal. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Expediente Judicial N° 08-002849-0007. Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 66 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Expediente Legislativo del Proyecto de Ley N° 10.644. Adición de un Capítulo al Código de Familia sobre la Unión de Hecho. Presentado a la Asamblea Legislativa el 04 de mayo de 1988.

## **Jurisprudencia**

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N°3435 de las dieciséis horas veinte minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 1620 de las diez horas del dos de abril de mil novecientos noventa y tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 1151 de las quince horas treinta minutos del primero de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 3693 de las nueve horas dieciocho minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7515 de las quince horas veintisiete minutos del veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 2313 de las dieciséis horas dieciocho minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 3340 de las nueve horas del cinco de julio de mil novecientos noventa y seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 3858 de las dieciséis horas cuarenta y ocho minutos del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 378 de las catorce horas con treinta y siete minutos del dieciséis de enero del dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 10162 de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diez de octubre del dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 9237 de las once horas trece minutos del veintinueve de agosto del dos mil tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 7262 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

Tribunal de Familia de San José, resolución N° 336 de las diez horas treinta minutos del veintiséis de febrero del dos mil cuatro.

Tribunal de Familia de San José, resolución N° 1040 de las nueve horas treinta minutos del veinticuatro de junio del dos mil cuatro.

### **Entrevistas**

Anónimo (2008). Experiencias varias en el desarrollo de relaciones estables afectivas de parejas formadas por personas del mismo sexo. Conversatorios: Casa Particular en Curridabat. 03 de marzo y 07 de setiembre.

Pacheco Zumbado, Mauricio. (2008). Consulta sobre la utilización del término “conviviente” del Código Procesal Penal en la práctica de la defensa del imputado. Entrevista: Segundo Circuito Judicial de San José. 06 de octubre.

Salas Porras, Ricardo. (2008). Consulta sobre el artículo 382 del Código Penal que prohibía la sodomía y su tratamiento en el Derecho Costarricense. Entrevista: Sede Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica. 22 de agosto.

Salas Solís, Minor. (2008). Consulta sobre la utilización del término “conviviente” del Código Procesal Penal en la doctrina costarricense. Entrevista: Sede Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica. 3 de noviembre.

Tencer, Mara L. (2008). Consultas diversas sobre la legislación y la jurisprudencia estadounidense relacionada a la homosexualidad. Entrevista: En su casa de habitación, en Oak Park, Chicago, Estados Unidos. 19 de abril.

Tencer, Mara L. (2008). Consultas sobre la aprobación vía referéndum de la “Proposition 8” en el estado de California, que especifica en la constitución estatal que sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido. Entrevista telefónica: 8 de noviembre.

Valerín Rodríguez, Gloria. (2008). Consulta sobre el Proyecto de Ley 16.182 y otros relacionados con las uniones homosexuales. Entrevista: Departamento de Servicios Técnico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. 22 de julio.

### **Material en Internet**

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Boletín de Prensa del miércoles 13 de junio del 2007. Comisiones. Niños adoptados por homosexuales en posición desventajosa. < <http://www.asamblea.go.cr/actual/boletin/2007/jun07/13jun07.htm> > [Consulta: 22 de setiembre del 2008].

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyectos de Ley por número de expediente. < [http://www.asamblea.go.cr/proyecto/por\\_expediente.htm](http://www.asamblea.go.cr/proyecto/por_expediente.htm) > [Consulta: julio del 2008].

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Leyes y Decretos Legislativos. < <http://www.asamblea.go.cr/ley/leyes.htm> > [Consulta: 24 de julio del 2008].

Arley Vargas, Alejandro [aarley@aldia.co.cr] (2008). Sexo desde los 14 años. Presentan resultados de primera Encuesta Nacional de Juventud. Nacionales. Periódico Al Día del 20 de febrero del 2008. < [http://www.aldia.cr/ad\\_ee/2008/febrero/20/nacionales1432032.html](http://www.aldia.cr/ad_ee/2008/febrero/20/nacionales1432032.html) > [Consulta: 22 de setiembre del 2008].

Asociación Internacional de Gays y Lesbianas (ILGA). Trabajando para lograr igualdad de derechos a escala mundial desde 1978. < <http://www.ilga.org/aboutilga.asp?LanguageID=2> > [Consulta: 20 de junio del 2008].

Banco Hipotecario de la Vivienda. Bono Familiar de Vivienda. Programa Ordinario. < <http://www.banhvi.fi.cr/bono01.htm> > [Consulta: 20 de setiembre del 2008].

Banco Hipotecario de la Vivienda. Información General. Reseña Histórica. < <http://www.banhvi.fi.cr/info01.htm> > [Consulta: 20 de setiembre del 2008].

Barrantes Ureña, Hugo. La Marcha por la Familia. Opinión. Primera Plana Digital. Colegio de Periodistas Profesionales de Costa Rica. Edición #134. Fecha: 2008-09-19. < [http://www.primeraplana.or.cr/app/cms/www/boletin/articles.php?pk\\_tipo=5&pk\\_articulo=1640](http://www.primeraplana.or.cr/app/cms/www/boletin/articles.php?pk_tipo=5&pk_articulo=1640) > [Consulta: 22 de setiembre del 2008].

Beirute, Pedro (2008). Hay otro camino legal. Sección de Opinión. La Nación del 1 de junio del 2008. < [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2008/junio/01/opinion1559181.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2008/junio/01/opinion1559181.html) > [Consulta: 01 de junio del 2008].

Blog Conejitos Suicidas. Matrimonio Homosexual en Costa Rica. < <http://conejos-suicidas.ticoblogger.com/2007/11/matrimonio-homosexual-en-costa-rica.html> > [Consulta: 20 de setiembre del 2008].

Buján, Nilsen (junio, 2008). Abogado demanda a diputado Guyón Massey por discriminación. Adaptación Teletica.com del 26 de junio del 2008. < <http://www.teletica.com/noticia-detalle.php?id=24223&idp=1> > [Consulta: 19 de setiembre del 2008].

Caja Costarricense del Seguro Social (2006). Cultura Organizacional. Historia. < [http://www.ccss.sa.cr/html/organizacion/c\\_organizacion/c\\_org\\_06.html](http://www.ccss.sa.cr/html/organizacion/c_organizacion/c_org_06.html) > [Consulta: 04 de setiembre del 2008].

Carballo, José Ricardo [josecarballo@aldia.co.cr] (octubre, 2004). Fallo causa polémica. Resolución que dio custodia de menor a travesti. Nacionales. Periódico Al Día del 4 de octubre del año 2004. < [http://www.aldia.cr/ad\\_ee/2004/octubre/04/nacionales1.html](http://www.aldia.cr/ad_ee/2004/octubre/04/nacionales1.html) > [Consulta: 02 de setiembre del 2008].

Cariari Country Club. Reglamento Interno. Tomado del portal del Cariari Country Club. < [http://www.clubcariari.com/pdf/reglamento\\_interno.pdf](http://www.clubcariari.com/pdf/reglamento_interno.pdf) > [Consulta: 20 de setiembre del 2008].

Cariari Country Club. Membresía. Tomado del portal del Cariari Country Club. < <http://www.clubcariari.com/inscripcion.php> > [Consulta: 20 de setiembre del 2008].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. < <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm> > [Consulta: 02 de setiembre del 2008].

Cordero, Mónica [mocordero@lanacion.com] (2008). 17 de mayo será Día contra la Homofobia. Sección Aldea Global de La Nación del 28 de marzo del 2008. < [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2008/marzo/28/aldea1475548.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2008/marzo/28/aldea1475548.html) > [Consulta: 19 de setiembre del 2008]

Costa Rica Tennis Club. FAQ. ¿Quiénes tiene derecho a utilizar las instalaciones? < [http://www.crtennis.com/club/index.php?option=com\\_content&task=view&id=10&Itemid=25](http://www.crtennis.com/club/index.php?option=com_content&task=view&id=10&Itemid=25) > [Consulta: 20 de setiembre del 2008]

ELMUNDO.ES (2008). ¿El primer hombre embarazado? Obtenido de elmundo.es salud. < <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/03/26/medicina/1206561500.html> > [Consulta: 02 de agosto del 2008].

Espino González, Gilberto. (2003). Comunicación Familiar y Adicción. Tomado del portal de Internet de la Fundación de Investigaciones Sociales A.C. Alcohol-Infórmate. Educación y Prevención < <http://www.alcoholinformate.org.mx/familia.cfm?articulo=f3> > [Consulta: 22 de agosto del 2008].

González P. De Haro, Luis. (2008) ¿Homofobia? Sección Foro. Periódico La Nación del 19 de setiembre del 2008. < [http://nacion.com/ln\\_ee/2008/septiembre/19/opinion1706788.html](http://nacion.com/ln_ee/2008/septiembre/19/opinion1706788.html) > [Consulta: 19 de setiembre del 2008].

Herrera Castro, Luis Miguel [lherrera@prensalibre.co.cr] (2008). Iglesia critica proyectos de ley que clasifica nocivos para la familia. Periódico La Prensa Libre del 1 de setiembre del 2008. < <http://www.prensalibre.co.cr/2008/setiembre/01/nacionales01.php> > [Consulta: 22 de setiembre del 2008].

Instituto Nacional de Seguros. Salud Ocupacional. Gestión Preventiva en Salud Ocupacional. Información y Presentación. < <http://portal.ins-cr.com/Social/SaludOcup/> > [Consulta: 20 de setiembre del 2008].