

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO
DE LICENCIATURA EN DERECHO

**Análisis legal de la posible inconstitucionalidad del artículo 14
inciso 6 del Código de Familia, basado en que el Derecho al
matrimonio es un derecho humano independientemente de la
orientación sexual de las personas.**

SUSTENTANTES:

RAFAEL ÁNGEL CARRILLO UGALDE A81378
JOSÉ DANIEL RAMOS DUARTE A85180

SEDE REGIONAL DE GUANACASTE
LIBERIA, GUANACASTE, COSTA RICA

2017



14 de diciembre de 2017
FD-3254-2017

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
FACULTAD DE DERECHO

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de los estudiantes Rafael Ángel Carrillo Ugalde, carné 481378 y José Daniel Ramos Duarte, carné A85180 denominado "Análisis legal de la posible inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia, basado en que el derecho al matrimonio es un derecho humano independientemente de la orientación sexual de las personas" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

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

Tribunal Examinador

FIRMA FECHA

		FIRMA	FECHA
Informante	Lic. Carlos Sandoval Núñez		
Presidente	MSc. Marilú Rodríguez Araya		
Secretaría	Licda. Iveth Orozco García		
Miembro	Licda. Alejandra Larios Trejos		
Miembro	Lic. Daniel Mayorga Baltodano		

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **17 de enero del 2018**, a las 10:00 a.m. en la sede de Libertad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
DIRECTOR

RSP/lcv
Cc: arch expediente



Carta de aprobación de Comité Asesor.

Director

Liberia, 15 de noviembre de 2017

Dr. Alfredo Chirino Sánchez.

Decano.

Universidad de Costa Rica.

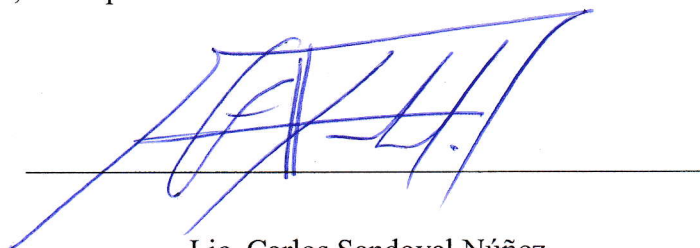
Facultad de Derecho.

Estimado doctor:

Reciba un respetuoso saludo. Por medio de la presente y en mi condición de director de la tesis titulada *“Análisis legal de la posible inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia, basado en que el derecho al matrimonio es un derecho humano independientemente de la orientación sexual de las personas”*, realizada por los estudiantes **Rafael Ángel Carrillo Ugalde**, carné A81378, y **Jose Daniel Ramos Duarte**, carné A85180, le informo que dicho trabajo tiene mi aprobación para ser defendido públicamente.

Por todo lo anterior, considero que la investigación presentada cumple a cabalidad con los criterios establecidos por el reglamento de trabajos finales de graduación de la Universidad de Costa Rica.

Sin otro particular, se despide atentamente.



Lic. Carlos Sandoval Núñez

Director de tesis.

Carta de aprobación de Comité Asesor.

Lectora

Liberia, 15 de noviembre de 2017.

Dr. Alfredo Chirino Sánchez

Decano

Universidad de Costa Rica.

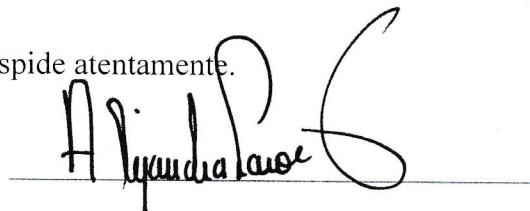
Facultad de Derecho.

Estimado doctor:

Reciba un respetuoso saludo. Por medio de la presente y en mi condición de lectora de la tesis titulada “*Análisis legal de la posible inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia, basado en que el Derecho al matrimonio es un derecho humano independientemente de la orientación sexual*”, realizada por los estudiantes Rafael Ángel Carrillo Ugalde, carné A81378, y Jose Daniel Ramos Duarte, carné A85180, le informo que dicho trabajo tiene mi aprobación para ser defendido públicamente.

Por todo lo anterior, considero que la investigación presentada cumple a cabalidad con los criterios establecidos por el reglamento de trabajos finales de graduación de la Universidad de Costa Rica.

Sin otro particular, se despide atentamente.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra Larios Trejos', written over a horizontal line.

Licda. Alejandra Larios Trejos

Lectora de tesis.

Carta de aprobación de Comité Asesor.

Lectora

Liberia, 15 de noviembre de 2017.

Dr. Alfredo Chirino Sánchez

Decano

Universidad de Costa Rica.

Facultad de Derecho.

Estimado doctor:

Reciba un respetuoso saludo. Por medio de la presente y en mi condición de lectora de la tesis titulada "*Análisis legal de la posible inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia, basado en que el Derecho al matrimonio es un derecho humano independientemente de la orientación sexual*", realizada por los estudiantes Rafael Ángel Carrillo Ugalde, carné A81378, y Jose Daniel Ramos Duarte, carné A85180, le informo que dicho trabajo tiene mi aprobación para ser defendido públicamente.

Por todo lo anterior, considero que la investigación presentada cumple a cabalidad con los criterios establecidos por el reglamento de trabajos finales de graduación de la Universidad de Costa Rica.

Sin otro particular, se despide atentamente.



Licda. Iveth Orozco García

Lectora de tesis.

LICDA. ELVIA FERNÁNDEZ MORALES
FILÓLOGA UCR
SAN RAMÓN, ALAJUELA TEL. 2-447 1581 8-825- 3794
elviafdz@gmail.com
C.2312338 COL. LIC. Y PROF

CONSTANCIA DE REVISIÓN FILOLÓGICA

La suscrita, Licenciada en Filología Española, ELVIA FERNÁNDEZ MORALES, hace constar que efectuó la revisión filológica del documento denominado, **ANÁLISIS LEGAL DE LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 14 INCISO 6 DEL CÓDIGO DE FAMILIA, BASADO EN QUE EL DERECHO AL MATRIMONIO ES UN DERECHO HUMANO INDEPENDIENTEMENTE DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL.** Este consiste en una TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIATURA DE LICENCIATURA EN DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA (UCR), FACULTAD DE DERECHO. Los postulantes son RAFAEL ÁNGEL CARRILLO UGALDE A81378 y JOSÉ DANIEL RAMOS DUARTE A85180.

Al respecto, indica que luego de efectuadas las correcciones necesarias, dicho documento se encuentra listo para su presentación y disertación, pues se ajusta a las normas gramaticales y ortográficas establecidas y a la modalidad de discurso, correspondiente a su especialidad.

Dado en San Ramón, Alajuela, Costa Rica, el veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete, a solicitud de las personas interesadas y para los efectos administrativos pertinentes.



Licda. Elvia Fernández Morales
Carné COLYPRO 2312338

DEDICATORIA

Quiero dedicar este logro a mi madre quien siempre ha estado a mi lado, así como también a mi novia que me impulsó a conseguir esta meta para no quedar ahí en el camino y quien celebra este momento como si fuese suyo, sin el apoyo de ustedes esto no hubiese sido posible. Lo logramos.

Daniel

AGRADECIMIENTO

Agradezco de corazón, a todas las personas que me dieron su apoyo en este camino tan difícil, familiares, amigos, profesores, en especial a los profes que nos brindaron su ayuda con este proyecto. Sería una injusticia mencionar nombres, gracias a la vida por enseñarme tanto en estos años de estudio en esta gran institución educativa.

DEDICATORIA

A mis padres, porque gracias a su apoyo y sacrificio hoy puedo dar por concluida esta meta, a pesar de todas las dificultades que pasamos, siempre han estado a mi lado, este logro es para ellos.

A mi hermano y hermana, quienes me siempre me han brindado su apoyo incondicionalmente, este triunfo también es para ellos.

Rafael

AGRADECIMIENTO

Agradecer primeramente a Dios, por iluminarme en este largo camino. Agradezco también a esta gran institución, como lo es la Universidad de Costa Rica, que gracias a su labor social hizo posible que hoy pueda dar por finalizado este sueño.

A los profesores que me han enseñado a lo largo de esta carrera, de los cuales queda en mí un legado para siempre.

A los integrantes del Tribunal Examinador, gracias por dedicarnos de su tiempo para escucharnos y compartir con nosotros sus conocimientos.

TABLA DE ABREVIATURAS

LGBT: Lesbianas, Gais, Bisexuales y Transexuales.

VIH - SIDA: Virus de la Inmunodeficiencia Humana - Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.

OEA: Organización de Estados Americanos.

DESC: Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

CORTE IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

CADH: Convención Americana de los Derechos Humanos.

RESUMEN

La presente investigación, parte de un estudio histórico el origen y evolución de la familia y el matrimonio, mediante un análisis doctrinario de las diferentes tipos y teorías de familia que han existido, con el objetivo de evidenciar los cambios que se han dado a través del tiempo en la conformación de la familia y sobre la variación de los requisitos para contraer matrimonio.

Se demuestra la evolución que han tenido la conformación de familia y el matrimonio, mediante un enfoque cualitativo que se ha desarrollado en esta investigación, con el aporte doctrinario sobre los tipos de familia: consanguínea, punulúa, siandiásmica, monogámica, es decir desde la plena comunidad sexual hasta concepción monogámica actual.

Siguiendo con el estudio del matrimonio, y abordando en conflicto, se analizan los aspectos extrajurídicos que rodean el matrimonio entre parejas del mismo sexo, tales como sociológicos, morales, religiosos, así como también se desarrollan los argumentos a favor y en contra. En este apartado se realiza una crítica ética – racional (Laica) a los argumentos morales tradicionales que rechazan las iniciativas para reivindicar los derechos de los homosexuales.

Luego de este análisis sociológico, se traslada a conocer e interpretar la legislación costarricense que regula el matrimonio en Costa Rica, haciendo un análisis de derecho comparado con los países donde se ha aprobado el matrimonio entre parejas del mismo sexo, para verificar si es posible la aprobación de este tipo de uniones. Para realizar este análisis es necesario el estudio de los antecedentes del matrimonio civil en Costa Rica, así como las disposiciones legales expresadas en la legislación costarricense, tales como el código civil,

código de familia y la constitución política, complementado con la Ley General de la persona joven y la legislación internacional, tales como la declaración universal de los derechos humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de derechos Civiles y políticos, y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Con la reforma del artículo primero de la Constitución Política, donde se agregan los términos de “multiétnica” y “pluricultural” a dicho texto, se da un reconocimiento de la multiplicidad de etnias y culturas por parte del Estado Costarricense, donde se trata de reconocer tanto a la población natal como a la foránea. Si se realiza una comparación con los artículos 3 y 4 del Pacto de Concordia, donde se establecía la confesionalidad del Estado, el reconocimiento de una sola religión en el territorio nacional, se puede determinar como el país en un corto periodo a través de los años ha dado grandes saltos en el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos que buscan la consolidación de una democracia madura y respetuosa de los derechos humanos, orientados a la perfección y modernización.

Finalmente, se visualiza la posible viabilidad legal del matrimonio entre parejas del mismo sexo en Costa Rica, basados en una confrontación legal del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia frente a los artículos 33, 48, 50, 51 y 52 de Constitución Política y artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y otros instrumentos de Derechos Humanos, donde se reconoce el derecho al matrimonio como un derecho humano, y que está proscrito de cualquier tipo de discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra condición social, incluyendo la orientación sexual de las personas; llegando a la conclusión de no existe un fundamento objetivo de la prohibición impuesta por el legislador el artículo 14 inciso 6 del Código de Familia, máxime en el caso de que cuando una norma de derecho internacional otorgue mayores derechos fundamentales, debe

prevalecer sobre cualquier norma derecho nacional.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Ficha bibliográfica

Carrillo Ugalde, Rafael Ángel & Ramos Duarte, Jose Daniel. *Análisis legal de la posible inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia, basado en que el Derecho al matrimonio es un derecho humano independientemente de la orientación sexual*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2017. xiii 221.

Director: Lic. Carlos Sandoval Núñez.

Palabras claves: Matrimonio, Familia, Homosexual, Heterosexual, Matrimonio homosexual, derechos humanos.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
TABLA DE ABREVIATURAS.....	v
RESUMEN.....	vi
FICHA BIBLIOGRAFICA.....	x
INTRODUCCIÓN.....	1
JUSTIFICACIÓN.....	2
OBJETIVO GENERAL.....	3
OBJETIVOS ESPECÍFICOS:.....	3
HIPÓTESIS.....	4
METODOLOGÍA.....	4
ESTRUCTURA.....	5
CAPÍTULO 1: ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA EN LA SOCIEDAD.....	7
Sección Primera. Origen del Matrimonio.....	7
A. Los orígenes del parentesco y de la familia.....	7
1. Surgimiento del parentesco a partir de la evolución de la gens o clan.....	7
a. Plena comunidad sexual.....	8
b. La familia consanguínea.....	10
c. La familia punalúa.....	11
d. La familia sindiásmica.....	12
e. La familia monogámica.....	15
2. Evolución de la familia desde el clan hasta etapas posteriores a la aparición del Estado.....	16
B. Origen del matrimonio.....	19
1. Precisión conceptual y evolución histórica del matrimonio.....	19
a. Puntualizaciones acerca del vocablo.....	19
b. Transformación histórica.....	20
2. Caracterización del matrimonio en algunas culturas antiguas.....	21
3. Influencia del cristianismo en la conformación de la legislación matrimonial civil contemporánea.....	23

Sección Segunda. Matrimonio en Roma	25
A. Concepto.....	25
B. Requisitos e impedimentos.....	26
1. Requisitos.....	26
2. Impedimentos.....	27
C. Efectos.....	28
Sección Tercera. Origen de la Familia Romana	28
Sección Cuarta. Requisitos del Matrimonio	31
Sección Quinta. Historia del Matrimonio en Costa Rica	32
CAPÍTULO 2: ASPECTOS EXTRAJURÍDICOS QUE RODEAN EL MATRIMONIO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COSTA RICA	37
Sección Primera. Aspectos Sociológicos	37
A. Justificación del apartado.....	37
B. Anotaciones acerca del enfoque sociológico.....	38
C. Correlación entre actitudes y prácticas religiosas, autoritarismo, prejuicio sexual y experiencias de contacto con personas homosexuales y actitudes hacia los homosexuales y su estilo de vida en Costa Rica.....	42
1. Objetivo general del estudio e hipótesis.....	44
2. Definición de las variables independientes.....	44
a. Actitudes religiosas.....	44
b. Autoritarismo.....	46
c. Homofobia.....	47
d. Contacto.....	49
3. Resultados y discusión.....	49
Sección Segunda. Aspectos Morales	53
A. Diferenciación entre moral y ética (o filosofía moral).....	53
B. Juicios morales que operan en la mentalidad de quienes rechazan el modo de vida homosexual y, por lo tanto, las iniciativas para reivindicar los derechos de los homosexuales.....	53
Sección Tercera. Aspectos Religiosos	60
A. La postura de la Iglesia Católica ante la homosexualidad.....	60
1. Respeto y acogida de personas con tendencias homosexuales	61
2. Valoración moral del comportamiento homosexual.....	62

3. Valoración de las iniciativas legislativas tendientes a equiparar el estatus jurídico de los homosexuales y los heterosexuales.....	62
Sección Cuarta. Argumentos a favor y en contra del matrimonio entre parejas del mismo sexo.....	63
A. Argumentos a favor del matrimonio entre parejas del mismo sexo.....	63
1. En la dogmática del derecho de familia costarricense.....	63
2. Contra crítica ética-racional (laica) a los argumentos morales tradicionales que rechazan las iniciativas para para reivindicar los derechos de los homosexuales.....	65
B. Argumentos en contra del matrimonio entre parejas del mismo sexo.....	69
1. Crítica que emana de la iglesia católica.....	69
CAPÍTULO 3: LEGISLACIÓN COSTARRICENSE SOBRE EL MATRIMONIO Y DERECHO COMPARADO.....	71
Sección Primera. Antecedentes del matrimonio civil en Costa Rica.....	71
Sección Segunda. Código de Familia y otras disposiciones normativas en la legislación nacional.....	74
A. Disposiciones del Código de Familia referidas al matrimonio y a las uniones de hecho.....	74
B. Artículo 4 de la Ley General de la Persona Joven.....	76
C. Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI (Decreto n° 38999 de 17 de mayo de 2015).....	77
Sección Tercera. Constitución Política.....	82
Sección Cuarta. Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.....	84
A. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	84
B. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	86
C. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	87
D. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	87
Sección Quinta. Jurisprudencia.....	88
A. Votos relevantes emanados de órganos jurisdiccionales costarricenses.....	89
1. Sentencia 7262-06 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del año dos mil seis.....	92
2. Sentencia 9765-11 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las quince horas y trece minutos del veintisiete de julio de dos mil once.....	99
3. Acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 242 del Código de Familia y 4 de la Reforma a la Ley de la Persona Joven (Expediente 13032-2013).....	104

4.	Sentencia 270-15 del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José, de las ocho horas del quince de abril del año dos mil quince.	109
B.	Proceso de solicitud por parte de la República de Costa Rica de Opinión Consultiva OC-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a esa solicitud.	112
1.	Recapitulación y estado actual del proceso de solicitud por parte de la República de Costa Rica de Opinión Consultiva OC-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	112
2.	Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la solicitud, por parte de la República de Costa Rica, de Opinión Consultiva OC-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	114
3.	Solicitud del abogado costarricense Yashin Castrillo Fernández para que se rechace la solicitud, por parte de la República de Costa Rica, de Opinión Consultiva OC-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	138
	Sección Sexta. Legislación de países donde se ha aprobado el matrimonio homosexual.....	143
	CAPÍTULO 4: VIABILIDAD LEGAL DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN COSTA RICA.....	147
	Sección Primera. Análisis jurídico del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia frente a los artículos 33, 48, 51 y 52 de la Constitución Política y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	147
A.	Interpretación voluntarista efectuada por la Sala Constitucional para afirmar la conformidad con las disposiciones constitucionales de la prohibición contenida por el sexto inciso del artículo 14 del Código de Familia.....	148
B.	Críticas jurídicas a la interpretación voluntarista efectuada por la Sala Constitucional, en relación con la conformidad del sexto inciso del artículo 14 del Código de Familia con las normas, principios y disposiciones constitucionales.	152
1.	Voto salvado del Magistrado Adrián Vargas Benavides en Sentencia 0762 de las 14:46 del veintitrés de mayo de 2006, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.	152
2.	Voto salvado del Magistrado Ernesto Jinesta Lobo en Sentencia 0762 de las 14:46 del veintitrés de mayo de 2006, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.	162
C.	Inconstitucionalidad del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia.	164
1.	Precariedad de la interpretación voluntarista de la Sala Constitucional.	164
2.	Razones jurídicas que respaldan la tesis de la inconstitucionalidad del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia.	168

Sección Segunda. Proyecto de ley 16.390 (Proyecto de Ley de Uniones Civiles en Costa Rica).....	174
Sección Tercera. Desafíos a los que se enfrenta la aprobación del Matrimonio entre parejas del mismo sexo en Costa Rica.....	177
CONCLUSIONES.....	180
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	183

INTRODUCCIÓN

Esta investigación acerca del matrimonio homosexual en Costa Rica se enfocará en aspectos importantes de esta figura jurídica, donde se va a analizar la posible inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia, el cual impide el matrimonio entre personas del mismo sexo, basándose nuestro argumento en que el derecho al matrimonio es un derecho humano independientemente de la orientación sexual.

En el desarrollo de esta investigación se dará a conocer una serie de factores que han influido para que el contrato de matrimonio homosexual no sea posible en Costa Rica, y la manera en que otros países sí han aprobado este tipo de matrimonio. Además se analizarán los aspectos sociales, religiosos, biológicos y políticos que se pueden ver involucrados para la aprobación o no de este tipo de matrimonios en nuestro país.

Por otra parte, se examinará el contenido de los cuerpos legales involucrados tales como la Constitución Política de Costa Rica, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y así mismo el Código de Familia, respecto al contenido evidenciar si es clara la legislación o si más bien deja alguna posibilidad para que pueda realizarse el matrimonio homosexual con lo que estos cuerpos normativos establecen.

En Costa Rica ha dado de que hablar el tema, provocando reacciones de todo tipo así como también opiniones, es por esto que analizaremos el origen histórico de la familia y el matrimonio en sociedad para determinar si la imposibilidad de realizar este tipo de matrimonio es un asunto legal o si más bien refleja la reacción de una sociedad históricamente

conservadora y de esta manera determinar la inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia.

JUSTIFICACIÓN

En Costa Rica, al igual que en otros países un cierto grupo de personas, que pertenecen a las minorías, pretenden que se hagan valer sus derechos y se les trate con igualdad ante las leyes. En este caso, dicha investigación se centra en analizar la legalidad del matrimonio homosexual en Costa Rica, y qué posibilidad legal existe para que este sector social logre alcanzar los derechos individuales que la Constitución Política de este país concede a los ciudadanos de la nación.

En ello recae la importancia de dicha investigación, debido a los movimientos que este sector de la sociedad ha impulsado en los últimos años, sin obtener grandes logros, puesto que se ha denegado a pesar de las luchas la posibilidad de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo en Costa Rica, más por un motivo social y religioso que por motivos legales.

OBJETIVO GENERAL

Analizar la legalidad del matrimonio como un derecho humano indistintamente de la orientación sexual.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Explicar el origen histórico de la familia y el matrimonio en la sociedad.
2. Evaluar los aspectos extrajurídicos que rodean el matrimonio entre parejas del mismo sexo en Costa Rica.
3. Analizar la legislación nacional e internacional que rige el matrimonio y jurisprudencia.
4. Demostrar la viabilidad legal del matrimonio homosexual en Costa Rica.

HIPÓTESIS

Tomando en cuenta lo que establece en los artículos 48, 51 y 52 de la Constitución Política de Costa Rica y el artículo 16 de la declaración universal de los derechos humanos podemos afirmar que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica es inconstitucional.

METODOLOGÍA.

El presente proyecto plantea una investigación con un análisis crítico acerca posible inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6 del código de familia, donde prohíbe la unión en matrimonio entre parejas del mismo sexo, siendo un tema controversial, esto porque la constitución política, siendo de mayor jerarquía, en el artículo 52 establezca el matrimonio como un derecho de las personas, y siendo a la vez la base esencial de la familia.

Para llegar al fondo de este asunto, se realizará un análisis profundo de la historia del matrimonio, la familia y el homosexualismo, estudiando el origen e impacto social que tenían estas figuras en la historia de la humanidad para llegar a la conclusión que se presente dar con esta investigación.

Como segundo objetivo nos trazamos estudiar e investigar la legislación nacional e internacional que rige el matrimonio, para ello será necesario hacer un análisis crítico de la legislación que aplican estas figuras, entre ellos la Constitución Política, Código de Familia, Declaración Universal de los derechos humanos y código civil; además de la jurisprudencia aplicable en este tema.

Como tercer objetivo se pretende conocer y estudiar la legislación de los países en los

que se ha aplicado y aprobado el matrimonio entre parejas del mismo sexo, realizando para ello un análisis cualitativo entre la legislación aplicable entre esos países y el nuestro.

Como cuarto y último objetivo, pretendemos demostrar la posibilidad de celebrar matrimonios entre parejas del mismo sexo en Costa Rica, a partir de un análisis cualitativo de la legislación existente en nuestro país se demostrará la viabilidad legal para la celebración de este tipo de contrato.

ESTRUCTURA

La presente investigación se conforma de cuatro capítulos, que permite el desarrollo de los objetivos planteados al inicio de este proyecto, se estructura de la siguiente manera. En el primer capítulo realiza un estudio amplio de lo que es el origen y evolución histórica de la familia y el matrimonio en la sociedad.

En el segundo capítulo se desarrollan aspectos extrajurídicos que rodean el matrimonio entre personas del mismo sexo en el país, por los que se dan a conocer algunos aspectos sociológicos, morales y religiosos, y se dan argumentos a favor y en contra de tipo de uniones.

Por su parte, el tercer capítulo conlleva un examen de derecho comparado, se dan a conocer los antecedentes del matrimonio civil en Costa Rica, se analiza la legislación nacional acerca de lo que regula el matrimonio, los instrumentos internacionales sobre los Derechos Humanos, Jurisprudencia y por último de analiza la legislación de los países donde se ha aprobado el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

En el cuarto capítulo se analiza la viabilidad legal del matrimonio entre parejas del mismo sexo en Costa Rica, realizando un análisis jurídico del artículo 14 del código de familia y sus incisos, así como los artículos 33, 48, 51 y 52 de la constitución política, así como el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Además se realiza una crítica a la interpretación voluntarista que hace la Sala Constitucional acerca de la conformidad del inciso 6 del artículo 14 del código de familia. Se analiza el proyecto de Ley 16390 (Ley de Matrimonio Igualitario) y por último se visualizan los desafíos a los que se enfrenta la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica.

CAPÍTULO 1: ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA EN LA SOCIEDAD.

Sección Primera. Origen del Matrimonio.

A. Los orígenes del parentesco y de la familia.

1. Surgimiento del parentesco a partir de la evolución de la gens o clan.

Aunque la mayoría de las sociedades contemporáneas se encuentran organizadas bajo la forma de Estado, lo cierto es que las colectividades que les originaron en épocas primigenias no conocieron nada parecido a dicha institución. Las personas se asociaban en *conjuntos familiares* que sólo eventualmente se unen entre sí para empresas comunes. Así las cosas, la *individualidad* (tal y como la entendemos contemporáneamente) no existe: el grupo familiar absorbe a sus componentes. Para designar esta forma de organización social se ha empleado la palabra *gens* (vocablo de origen latino) o bien *clan* (término de linaje escocés).¹ Siguiendo al jurista e historiador nacional Jorge Francisco Sáenz Carbonell (a partir de lo dicho por Lewis Henry Morgan y Federico Engels), en lo sucesivo se formula una explicación del origen de la forma de asociación antedicha.

Desde la óptica jurídica (aunque, en realidad, desde varias otras), la “familia” no ha sido un fenómeno estático e inmutable en su devenir por el tiempo. No se puede caracterizar de una sola forma. Al contrario, dependiendo de los patrones culturales que emerjan de la intersección de las variables época y lugar, la “familia” se ha manifestado de maneras distintas (disímiles algunas).

¹ Fournier, Fernando. *Historia del derecho*. San José, Costa Rica: Ediciones Juricentro S.A., 1978, pp. 9-10.

Muchos autores, tales como el antropólogo americano Lewis Henry Morgan, en su obra *La sociedad primitiva*, o el pensador alemán Federico Engels, en su obra *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, formularon la hipótesis de que a partir de una época primigenia de plena comunidad sexual, el surgimiento de sucesivos tabúes² hizo aparecer diferentes tipos de familia, denominadas con los nombres de *consanguínea*, *punalúa*, *sindiásmica* y *monogámica*.³ A continuación se explica esa conjetura, a partir de la caracterización de los tipos de familia enunciados.

a. Plena comunidad sexual

El ser humano se singulariza por su precariedad defensiva frente a las bestias de la naturaleza. Por esta circunstancia, desde su aparición, debió acostumbrarse a vivir en

² Jorge Francisco Sáenz Carbonell, explica la idea del *tabú* como “...norma esencialmente negativa, que con base en el miedo a reales o supuestas consecuencias perjudiciales prohibía ciertas conductas, tales como visitar un sitio en particular, pronunciar algunas palabras, ingerir ciertos alimentos, tener relaciones sexuales fuera de determinado grupo de personas, etc.” (Sáenz, Jorge. *Elementos de historia del derecho*. San José, Costa Rica: ISOLMA, 2012, p. 16). A ello añade que: “Algunos tabúes a la larga pudieron ser ventajosos para ciertas sociedades. Por ejemplo, los tabúes que limitaban la endogamia (unión sexual o matrimonial entre personas de un mismo grupo) habitualmente contribuían al mejoramiento genético de la especie, al impedir o restringir las relaciones sexuales entre parientes consanguíneos y de ese modo disipar o disminuir la recurrencia de discapacidades. Sin embargo, muchos de los tabúes resultaban estacionarios, y desde una perspectiva occidental contemporánea, incluso podrían parecer absurdos. Por ejemplo, en ciertas comunidades del Pacífico meridional, el nombre de los jefes muertos era tabú y no se podía pronunciar. La consecuencia negativa del tabú se planteaba, por ejemplo, cuando esas personas tenían nombres que identificaban fenómenos naturales, animales, plantas o cosas de uso común (vg. Nube, pájaro, árbol, flecha, etc.), y se hacía indispensable buscar una nueva palabra para denominar al objeto cuyo nombre llevaban. Esto significaba que con el paso de los años el vocabulario cambiaba por completo y la comunicación, sobre todo entre personas de diversas edades, resultaba sumamente engorrosa.” (Sáenz, Jorge. *Op. Cit.*, p. 16).

³ Sáenz, Jorge. *Elementos de historia del derecho*. San José, Costa Rica: ISOLMA, 2012, p. 23.

comunidad, lo que también le permitía cazar animales de mayores dimensiones que él.⁴ En ese sentido, hace más de dos mil años, a la anterior observación añadiría Aristóteles:

Si el hombre es infinitamente más sociable que las abejas y que todos los demás animales que viven en grey, es evidentemente, como he dicho muchas veces, porque la naturaleza no hace nada en vano. Pues bien, ella concede la palabra al hombre exclusivamente. Es verdad que la voz puede realmente expresar la alegría y el dolor, y así no les falta a los demás animales, porque su organización les permite sentir estos dos afectos y comunicárselos entre sí; pero la palabra ha sido concedida para expresar el bien y el mal, y, por consiguiente, lo justo y lo injusto, y todos los sentimientos del mismo orden cuya asociación constituye precisamente la familia y el Estado.⁵

Por ello, afirma este filósofo, la naturaleza arrastra instintivamente a todos los hombres a la asociación política. La prueba de ello es que, de otro modo, el individuo podría bastarse a sí mismo, aislado de la vida en asociación. Sin embargo, aquel que no puede vivir en sociedad y que en medio de su independencia no tiene necesidades, no puede ser nunca miembro del Estado porque o es un bruto o es un dios.⁶

Ahora bien, a propósito de la necesidad de supervivencia que obliga al hombre a asociarse, ha de decirse que en la naturaleza, una condición necesaria para que puedan formarse grupos duraderos es la *tolerancia recíproca entre machos adultos*, porque los celos

⁴ *Ibíd.*, p. 24.

⁵ Aristóteles. *La política*. 10ª edición. Trad. de Patricio Azcárate. Madrid: Espasa-Calpe S.A., 1965, p. 24.

⁶ *Ibíd.*

operan como elemento disociador que tiende a alterar o suspender la vida del grupo. Dicho de otro modo, ante la necesidad de sobrevivir (algo casi imposible de lograr individualmente, como señalaba Aristóteles), los seres humanos debieron erradicar los celos y vivir en grupos en los que había plena comunidad sexual. Así las cosas, todos los varones pertenecían a todas las mujeres y viceversa, aunque biológicamente fuesen padres, hijos, nietos, hermanos, etc.⁷

La restricción sexual por causa del parentesco era inexistente, porque no había relación de parentesco alguna. Más que una plena libertad, imperaba una comunidad sexual obligatoria, porque si bien las personas podían elegir a sus compañeros sexuales, también era cierto que no podían rechazar las pretensiones sexuales de otro miembro del grupo. Desde este punto de vista, tratar de monopolizar sexualmente a una persona u oponerse a los deseos de otra, resultaban amenazadoras para la supervivencia del conjunto y podían ser castigadas o por lo menos vistas como egoístas o inmorales.⁸

b. La familia consanguínea

Habiendo surgido un tabú en determinado momento de la historia del grupo, que proscribía las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes, la plena comunidad sexual encontró su ruptura. Es entonces que aparece un primer tipo de familia: la denominada *consanguínea*.⁹

En las sociedades en las que brotó este modelo inicial de familia, los grupos “conyugales” se clasificaban *por generaciones*. Todas las personas de una misma generación

⁷ Sáenz, Jorge. *Op. Cit.*, p. 24.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

eran considerados hermanos y cónyuges entre sí, y a su vez padres y madres de la siguiente generación. En consecuencia, cada generación se integraba con hijos de toda la generación anterior y era progenitora en común de la siguiente. Es así como una persona solamente tenía tres tipos de parientes: los *antepasados*, los *descendientes* y los *hermanos-cónyuges*. Las relaciones sexuales solamente eran permitidas entre personas de la misma generación.¹⁰

Este tipo de familia se ve retratada en los relatos griegos antiguos relativos a las divinidades del Olimpo, en los que era habitual que un dios fuese hermano y a la vez esposo de cierta diosa aunque ninguno de los dos, necesariamente, circunscribiese al cónyuge su actividad sexual.¹¹

c. La familia punalúa.

En momento posterior se plantea otro tabú con respecto a la relación sexual entre *hermanos uterinos*, es decir, nacidos del mismo vientre. Las mujeres, que hasta entonces habían sido *madres* de toda la generación siguiente, empezaron a distinguir a sus hijos biológicos y, con el tiempo, el tabú se hizo extensivo a todos los *cognados* o parientes que por vía exclusivamente uterina o cognática, es decir, de mujer en mujer, tuviesen antepasadas en común.¹²

Aunque permanecía cierta comunidad sexual (varias mujeres comunes convivían con varios varones), se restringió a individuos que no tuvieran parentesco cognático. Morgan llamó a este tipo de familia con el nombre de punalúa, apelativo que se daban entre sí los

¹⁰ Ibid., p. 25.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid., p. 26.

varones hawaianos que convivían con un grupo de mujeres, y que significa amigo, asociado o compañero. Podía, por consiguiente, darse una forma simultánea y combinada de *poligamia* (pluralidad de mujeres para un varón) y *poliandría* (pluralidad de varones para una mujer).¹³

Con el desarrollo de este tabú apareció la institución de la *gens matriarcal*, que era el conjunto de descendientes por vía cognática de una antepasada común. En este tipo de sociedades no se sabía con certeza quién era el padre biológico de una persona, dado que las mujeres convivían con varios varones aunque el asunto no tenía mayor relevancia, ya que el parentesco se establecía únicamente por medio de la madre. En cambio sí empezaron a definirse otras relaciones de parentesco y se desarrollaron conceptos como los de tío materno, sobrino materno, primo materno, etc. Los hijos de dos hermanas uterinas eran primos entre sí y pertenecían a la misma *gens*; en cambio, los hijos biológicos de dos hermanos uterinos no tenían legalmente parentesco alguno por esa circunstancia. La paternidad biológica carecía de importancia, mientras que solía tener gran significación el avunculamiento, sea la relación entre sobrino y tío materno.¹⁴

d. La familia sindiásmica.

En las primeras etapas de la evolución de la familia posiblemente se formaban parejas de relativa estabilidad, una especie de *favoritas* y *favoritos* entre el numeroso grupo de cónyuges, pero sin que ello alterase la obligatoriedad de la comunidad sexual entre los miembros del grupo cuya relación no era prohibida por los tabúes. Sin embargo, conforme

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

aumentaron las dimensiones numéricas de las comunidades, esa obligatoriedad se tornó más difícil y gravosa, sobre todo para las mujeres, sujetas constantemente a embarazos.¹⁵

Algunos grupos empezaron a desarrollar prácticas que permitían a sus miembros, sobre todo a las mujeres, librarse de sus obligaciones sexuales con la comunidad y convivir exclusivamente con una persona, elegida libremente o elegida por sus parientes. Tal fue el origen de la práctica denominada *prostitución sagrada* y el *derecho de pernada*.¹⁶

La prostitución sagrada existió en Babilonia y en otras ciudades de la antigüedad. Conforme con sus reglas, una mujer debía presentarse en el templo de una determinada divinidad y tener allí relaciones sexuales con un varón cualquiera, que a cambio entregaba una ofrenda al templo. Con este acto, la mujer obtenía la libertad para contraer matrimonio y no estaba obligada a tener relaciones sexuales con nadie más que su marido.¹⁷

El derecho de pernada o *ius primae noctis* (derecho de la primera noche), que existió en ciertos lugares de Europa y en algunas comunidades indígenas de América (tales como en el reino chorotega de Nicoya), significaba que una mujer, antes de contraer matrimonio, debía tener relaciones sexuales con el rey, jefe o caudillo del grupo.¹⁸

Este tipo de prácticas simbolizaban el cumplimiento de los deberes sexuales de la mujer hacia el grupo. Mediante esa relación sexual sagrada o ritual, el varón representaba a los restantes varones de la comunidad. Una vez consumado el acto, la mujer conseguía la libertad

¹⁵ Ibid., p. 27.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid., p. 28.

¹⁸ Ibid., p. 28-29.

para formar una pareja con quien decidiesen sus parientes o con quien ella quisiera, sin que un tercero pudiera exigirle nada en el ámbito sexual. La formación de parejas más o menos estables dio origen a lo que Morgan llamó familia *sindiásmica* –derivada del latín *syndyasmō* que significa emparejamiento-.¹⁹

Pese a que la convivencia de las parejas era estable, lo cierto es que, como ocurre con la unión de hecho actual, la familia podía disolverse con facilidad, por mutuo acuerdo o incluso por la voluntad unilateral. Las únicas excepciones a la disolubilidad de las parejas se presentaban cuando, en momentos en que escasearan las mujeres, el varón hubiese “comprado” a su compañera mediante la entrega a la familia de ésta ciertos bienes.²⁰

En las familias sindiásmicas prevalecía la *residencia uxoriocal*, es decir, el varón se iba a vivir con la familia de la mujer y no al revés. La residencia uxoriocal hacía que económicamente las hijas fueran más valiosas que los hijos, ya que las primeras, al formar pareja, traían a la familia varones que trabajasen para ella, mientras que los segundos se iban a vivir con las familias de sus mujeres y se integraban a su fuerza de trabajo.²¹

Cuando una pareja sindiásmica decidía poner fin a su convivencia, cada uno conservaba la propiedad de sus bienes personales –armas, vestidos, utensilios, etc.-. Esto significaba que la mujer se quedaba con los hijos, puesto que en el parentesco regía exclusivamente la cognación y no había interés en determinar la paternidad biológica. Incluso en parejas que hubiesen practicado una monogamia estricta, legalmente los hijos no lo eran

¹⁹ Ibid., p. 29.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid., p. 29-30.

del varón sino sólo de la mujer. Por ello es que la época de la *gens* cognática ha sido llamada también época del *matriarcado*, dado que era la única transmisora de la sangre gentilicia.²²

e. La familia monogámica.

Para Engels, el desarrollo de la agricultura, la ganadería y la metalurgia, en muchas sociedades aumentó la importancia económica del varón, que usualmente era el dueño de los animales, los esclavos y las herramientas de labranza, mientras que permanecía sin variaciones o disminuía la posición de la mujer. Sin embargo, dado que continuaban imperando las reglas de parentesco cognaticio, cuando un varón fallecía, la riqueza que hubiese acumulado la heredaban los hijos de sus hermanas y no sus hijos biológicos, por más que estuviesen claramente identificados como tales y la filiación efectiva fuese conocida. Legalmente esos hijos no pertenecían a la familia del padre biológico: eran de otra *gens* y no tenían más que parientes cognáticos.²³

El deseo de cambiar esta situación hizo que en algunos grupos empezara a desarrollarse un sistema *patriarcal*, fundamentado en relaciones de *agnación*, es decir, parentesco basado en líneas exclusivamente masculinas, de varón a varón. Esto hizo que surgiera otro tipo de *gens* —o conjunto de individuos ligados por un antepasado común—, la *gens agnática*, formada por los *agnados* o descendientes de un antepasado común, por vía exclusivamente masculina. Al igual que las *gens* cognáticas, muchas de las agnáticas desarrollaron patrones

²² *Ibid.*, p. 30.

²³ *Ibid.*, p. 32.

matrimoniales exogámicos, que proscribían total o parcialmente las relaciones sexuales entre sus miembros.²⁴

El sistema patriarcal de parentesco impuso decididamente la *monogamia femenina*, para asegurarse la filiación de los futuros herederos y transmisores de la sangre gentilicia. Al varón le interesaba que los herederos de su nombre y de sus bienes fuesen biológicamente hijos suyos, y por ello la unión sindiásmica fue remplazada por el *matrimonio indisoluble o semiindisoluble*. Ahora bien, como lo que importaba era la fidelidad de la mujer, no la del varón, este nuevo patrón familiar usualmente autorizó o toleró sin mayores problemas el adulterio del varón, aunque por razones económicas tal posibilidad usualmente era ocasional y en la práctica resultaba privilegio exclusivo de los ricos y poderosos.²⁵

2. Evolución de la familia desde el clan hasta etapas posteriores a la aparición del Estado.

Se estudió en el apartado precedente, el modo en que evolucionó el clan (o forma organizacional pre-estatal) desde la plena comunidad sexual hasta la familia monogámica. Ahora, se efectuará un recuento de su evolución desde la aparición de las primeras formas de Estado.

Siguiendo al tratadista Guillermo Borda, Augusto Belluscio²⁶ explica la evolución de la familia, que vio reducido su tamaño en el proceso, en función de un esquema de tres fases: el clan, la gran familia y la pequeña familia.

²⁴ Ibid., p. 33.

²⁵ Ibid.

²⁶ Belluscio, Augusto. *Manual de derecho de familia*. 1ª reimpresión de la 7ª edición actualizada y ampliada. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 16.

El clan, como ha quedado patente desde el apartado anterior, era una vasta familia o grupo de ellas unidas bajo la autoridad de un jefe común, que a la vez hacía de agrupación social, política y económica.²⁷

La gran familia, por su parte, nace con la aparición del Estado, con lo cual la familia deja de pertenecer al poder político.²⁸

La pequeña familia, que es el último estadio en la evolución del fenómeno, es la que conocemos actualmente. Principalmente se caracteriza porque ha desaparecido su unidad política y económica, limitándose a su función biológica y espiritual. Dicho de otro modo, su función primordial es la procreación y educación de los hijos, así como la asistencia moral y espiritual entre sus integrantes.²⁹

Como resulta evidente, esa evolución integra el cambio en la importancia de la familia, desde el punto de vista político, económico, social y jurídico. Acerca del aspecto político puntualiza Belluscio:

En el aspecto político, su importancia era primordial en la etapa del clan; las tribus y gens en Roma, las fraternías en Grecia y los clanes entre los germanos eran unidades políticas. Aun después de formados los Estados, la importancia política persistió, como lo revelan las funciones de tal tipo desempeñadas por el *paterfamilias*. La última

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

manifestación de la función política de la familia fue el feudalismo, sistema en el cual le correspondía la soberanía sobre el territorio que ocupaba.³⁰

Desde el punto de vista económico, perdió relevancia con el derecho romano, toda vez que el *paterfamilias* era el único sujeto de derechos patrimoniales. Empero, con la propiedad feudal recobró el vigor económico hasta el advenimiento de la revolución industrial en el siglo XIX. Sin embargo, el aspecto económico recobró importancia en el siglo XX, con la institución del bien de familia en numerosas legislaciones (por ejemplo en Italia, en 1942) que tanto abarca bienes muebles como inmuebles y títulos de crédito, indisponibles en resguardo de los intereses de la familia.³¹

Finalmente, del aspecto jurídico Belluscio detalla que:

(...) persiste su importancia como fuente de numerosas relaciones jurídicas, aunque en este aspecto se haya producido una paulatina disminución de la extensión e intensidad de los vínculos, revelada, por ejemplo, en la tendencia a limitar el derecho sucesorio intestado por los colaterales, o los impedimentos matrimoniales, que ya han quedado reducidos al segundo grado en la consanguinidad colateral.³²

³⁰ Idem.

³¹ Idem., p. 17.

³² Idem.

B. Origen del matrimonio.

1. Precisión conceptual y evolución histórica del matrimonio.

a. Puntualizaciones acerca del vocablo.

Habiendo llegado una sociedad al estadio cultural del cual emerge la familia monogámica descrita en los apartados precedentes, ha de surgir también la institución del matrimonio.³³ Precizando el contenido de este vocablo, debe decirse que al menos puede tener tres significados diferentes, de los cuales solo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En un primer sentido, matrimonio es el acto de celebración; en un segundo es el estado que para los contrayentes deriva ese acto; y en el tercero, es la pareja formada por los esposos.³⁴

Sólo las dos primeras son acepciones jurídicas del vocablo y, según Belluscio³⁵, se corresponden con las denominaciones de origen francés: “matrimonio-fuente” (o “matrimonio-acto”) y “matrimonio-estado”, respectivamente. Al respecto aclara que matrimonio-fuente es, pues, el acto por el cual la unión se contrae, y matrimonio-estado es la situación jurídica que para los cónyuges deriva del acto de celebración.³⁶

³³ En ese sentido apunta Belluscio cuando afirma que *“El origen del matrimonio se vincula con el origen de la familia, y a su respecto existe igual disidencia que con relación a ésta.”* (Belluscio, Augusto. *Op. Cit.*, p. 172).

³⁴ Belluscio, Augusto. *Manual de derecho de familia*. 1ª reimpresión de la 7ª edición actualizada y ampliada. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 161.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*, p. 162.

b. Transformación histórica.

Habida cuenta de los datos que informa el conocimiento histórico, se pueden abstraer elementos que caracterizaron al matrimonio en distintas épocas y culturas.

Así, por ejemplo, acerca de la manera en que se reguló, se sabe que el matrimonio, como institución, ha sido normado por la ley o por la religión o que, en cuanto al número de personas que le configuran, se suele distinguir el matrimonio monogámico (un hombre y una mujer) del poligámico (de uno o más hombres con una o más mujeres).³⁷

Acercas de la forma de iniciarse la unión matrimonial, se distingue el matrimonio por rapto, el matrimonio por compra y el matrimonio por consentimiento de los contrayentes. Una sucedió a la otra en lo que parece ser un proceso evolutivo. Refiriéndose a las dos primeras de ellas, Belluscio explica que:

La forma primitiva del matrimonio por rapto se fundaba únicamente en la superioridad física masculina; su existencia parece indudable por los vestigios que ha dejado en las formas de celebración de las nupcias en algunos países en que se simula la apropiación violenta de la mujer, tal como en algunas de las formas de matrimonio reconocidas en la India, y asimismo en los países de cultura occidental en que es costumbre que el flamante esposo entre con la esposa en brazos al nuevo hogar. La forma del matrimonio por compra supone un primer paso en la elevación del rango de la mujer, que se convierte en una cosa valiosa que sus padres negocian, pero sin dejar de ser todavía cosa; el rastro queda también en los esponsales de futuro, en especial en las arras

³⁷ Idem., p. 172.

esponsalicias, y en la forma del matrimonio que simula la compra, que tuvo aplicación en el derecho romano.³⁸

El matrimonio basado en el consentimiento de los contrayentes es de reciente data. Únicamente en esta fase es que adquiere importancia el consentimiento de la mujer en la celebración.

2. Caracterización del matrimonio en algunas culturas antiguas.

Los autores María Antonia Abundis Rosales y Miguel Ángel Ortega Solís³⁹ dan cuenta del contenido del matrimonio (como “fuente” y como “estado”) a lo largo de la historia en diversas culturas.

Para los hebreos el matrimonio era considerado como algo sagrado, una revelación de origen divina, que vinculaba a un hombre y a una mujer, para llevar una vida en común, practicar los deberes religiosos, reproducirse y formar una familia. La ceremonia simbólica consistía en beber a sorbos vino del mismo vaso, que luego se rompía en el atrio de la sinagoga. El celibato no era posible, pues todo hombre soltero estaba obligado a casarse.⁴⁰

En la India el matrimonio siempre tuvo carácter religioso. Como allí existe un sistema de castas, el matrimonio entre personas de casta distinta estaba prohibido, de modo que, cuando se realizaban matrimonios entre individuos de castas diferentes, el repudio por parte del grupo era la respuesta inmediata. La celebración del matrimonio era ritual y existían

³⁸ Idem.

³⁹ Abundis, María, Ortega, Miguel. *Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara (Centro Universitario de la Costa), 2010.

⁴⁰ Abundis, María, Ortega, Miguel. *Op. Cit.*, p. 18.

ciertos impedimentos para contraerlo, como el parentesco entre primos hermanos (matrimonio exogámico) y la mujer hindú estaba totalmente sometida a la voluntad del marido. Por su carácter sacramental, el matrimonio siempre fue entendido como indisoluble al menos para las castas superiores. En las clases inferiores, en cambio, el divorcio está admitido, aunque de forma limitada.⁴¹

En China los matrimonios eran concertados, comúnmente, por los padres. El novio entregaba una dote (dinero o regalos valiosos) a los padres de la mujer. Como generalmente se conocían hasta el día de la ceremonia, si el novio no quedaba satisfecho con su belleza, podía devolverla a sus padres, sin embargo lo pagado no lo recuperaba ya. El matrimonio se efectuaba a muy temprana edad, generalmente los 14 años para la mujer y 15 años para el varón y estaba prohibido el matrimonio entre personas de distintas clases sociales o pertenecientes a la misma familia o clan y entre parientes consanguíneos. Se permitía la bigamia y el concubinato; el hombre podía tener una segunda esposa y un incontable número de concubinas y favoritas.⁴²

Dada la importancia que para los egipcios significaba conformar una familia, se consideraba que las edades adecuadas para casarse serían 20 años para el hombre y entre 14 y 18 para la mujer. Como en muchas otras culturas, los enlaces solían ser concertados por los padres, generalmente por motivos económicos o para la consolidación de alianzas y siempre dentro de la misma clase social. Los padres de la novia recibían presentes del futuro esposo y el permiso del padre para llevar a cabo la boda era un requisito imprescindible. Aunque en

⁴¹ Idem., pp. 19-20.

⁴² Idem., pp. 20-21.

su mayoría los egipcios fueron monógamos, no había prohibición para efectuar matrimonios múltiples, casarse una segunda o más veces, si bien la causa económica reducía su frecuencia, pues la mayoría de los hombres no podían cubrir los gastos generados por más de una familia.⁴³

3. Influencia del cristianismo en la conformación de la legislación matrimonial civil contemporánea.

Belluscio afirmó que el cristianismo ha tenido singular importancia para la formación del matrimonio moderno. Ello puede comprobarse en la circunstancia de que el derecho canónico es la base de la legislación matrimonial civil.⁴⁴

Sin embargo, hasta la Edad Media no existió una legislación clara acerca del matrimonio. Fue un legado de la antigüedad, gracias a la filosofía griega estoica, que formuló el fundamento moral a la relación matrimonial, que fue tomada después por los tratadistas y moralistas cristianos, para elaborar el derecho eclesiástico o canónico.⁴⁵ Así, por ejemplo:

En el siglo XII, los canonistas Graciano, monje italiano, autor del *Decretum* (1140) y Lombardo, maestro de la Escuela Jurídica de Bolonia, obispo de París y autor de la *Sententiae* (1152), dejaron establecidos los principales enfoques del concepto de matrimonio europeo, que en algunos casos perduran hasta nuestros días. Para Pedro Lombardo, la palabra de matrimonio (*Verba de Futuro*), el compromiso de palabra de los novios no tiene mayor importancia, lo que sí reviste sentido verdadero es “la promesa hecha en presente (*Verba de Praesenti*), cuando los miembros de la pareja se

⁴³ *Idem.*, p. 21.

⁴⁴ Belluscio, Augusto. *Op. Cit.*, p. 173

⁴⁵ Hipp, Roswitha. *Op. Cit.*, p. 61.

aceptan como marido y mujer” (Lavrin, 1989: 17). Esa promesa de presente debe ser hecha con intención de casarse. Para él, “el matrimonio debe ser un contrato en toda regla”, hecha públicamente y ante testigos. La palabra de casamiento era primordial para Graciano, definiéndola como el compromiso entre dos personas para una unión futura, pues se trataba de un acuerdo irrevocable.⁴⁶

Sin embargo, no es sino con el Concilio de Trento (1545-1563), que se fija la normativa matrimonial. Entre otras cosas, se reconoció la importancia del matrimonio cristiano, se fijaron las normas para efectuar el rito matrimonial, se reafirmó el carácter sacramental e indisoluble, se establecieron los aspectos fundamentales que debían considerarse a la hora de contraer matrimonio. Se prohíbe la poligamia; se establecen los impedimentos de parentesco; se reafirma la ley del celibato eclesiástico y de la superioridad de la virginidad y del celibato sobre el matrimonio; se prohíben las relaciones sexuales fuera del matrimonio y el rapto.⁴⁷

En resumen:

Las innovaciones fundamentales a que dio lugar [el cristianismo] fueron la dignificación de la familia fundada en el matrimonio, la tendencia a la desaparición de las uniones desiguales –como el concubinato, que existía en el derecho romano y persistió en el español antiguo -, el carácter esencial del consentimiento personal de la desposada en el acto de celebración, la proscripción del repudio, y la tendencia hacia la igualdad jurídica de los esposos.⁴⁸

⁴⁶ Idem., p. 62.

⁴⁷ Idem., p. 63.

⁴⁸ Belluscio, Augusto. *Op. Cit.*, p. 173

Sección Segunda. Matrimonio en Roma.

A. Concepto.

La concepción romana del matrimonio es significativamente diferente a la que conocen en la actualidad los pueblos de cultura occidental, dada la influencia del derecho canónico y el cristianismo.⁴⁹

Según nos informa Juan Iglesias, matrimonio es la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer (*affectio maritalis*).⁵⁰ En esa línea, Alfredo Di Pietro y Ángel Lapieza afirman que se trata de una institución social con relevancia jurídica que consiste en una permanente situación, en un estatus, de convivencia de dos personas de sexo distinto con la voluntad de ser marido y mujer y constituyentes de una sociedad doméstica.⁵¹

El matrimonio, tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis*. La convivencia, por otra parte, debe interpretarse en sentido ético y no únicamente en sentido material: el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa, y siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y respeto debidos (*honor matrimonii*).⁵²

Para los romanos, el matrimonio no estaba sujeto a formalidades de ninguna clase (como lo serían la celebración ante una autoridad o la redacción de un documento). Cuando

⁴⁹ Di Pietro, Alfredo, Lapieza, Ángel. *Manual de derecho romano*. 1ª reimpresión de la 4ª edición. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 367.

⁵⁰ Iglesias, Juan. *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. 15ª edición. Barcelona: Ariel, 2004, p. 565.

⁵¹ Di Pietro, Alfredo, Lapieza, Ángel. *Op. Cit.*, p. 368.

⁵² Iglesias, Juan. *Op. Cit.*, pp. 565-566.

falta el *affectio maritalis*, cesa el matrimonio y, como no es un acto jurídico, tampoco el divorcio puede configurarse como tal. El matrimonio romano siempre fue monogámico y siempre se le tuvo en alto valor social.⁵³ No hay, pues, formalidades ni un acto jurídico iniciador del matrimonio: ni la ceremonia religiosa de la *confaerreatio* (aquella en la que consumían pan de cebada, como símbolo de una perfecta comunión de vida) ni la social de la *domun deductio* (introducción a la casa del marido) son condición del estatus matrimonial, aunque sirvan como pauta para saber cuándo se ha iniciado ese estatus.⁵⁴

B. Requisitos e impedimentos.

1. Requisitos.

Se requieren tres aspectos positivos: idoneidad física (pubertad), capacidad jurídica (*conubium*) y consentimiento⁵⁵, los cuales se explican a continuación.

- ❖ Idoneidad física: Cuando menos los contrayentes deben ser púberes. Según las reglas de Justiniano, el hombre alcanza la pubertad a los catorce años y la mujer a los doce.⁵⁶
- ❖ Capacidad jurídica (*conubium*): Se acostumbra hablar de falta *conubium* para indicar ciertas situaciones o circunstancias que impiden –que se verán en el apartado siguiente- el matrimonio.⁵⁷

⁵³ Idem., p. 567.

⁵⁴ Di Pietro, Alfredo, Lapieza, Ángel. *Op. Cit.*, p. 368.

⁵⁵ Idem., p. 370.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem., p. 371.

- ❖ Consentimiento: Además del consentimiento de los contrayentes, es requerido el consentimiento inicial del *paterfamilias* del cónyuge *alieni iuris* (quien no puede actuar por sí mismo, por estar sometido a la autoridad del *pater*).⁵⁸

2. Impedimentos.

Los impedimentos derivan de variados motivos (por ejemplo éticos, religiosos o sociales). Sin pretender agotar el tema, a continuación se enlista un catálogo de los mismos.

- ❖ Prohibición de la bigamia: Si uno de los contrayentes está vinculado en matrimonio, no puede contraer nuevamente, salvo que cese el *affectio maritalis*.⁵⁹
- ❖ Por sanciones penales: por ejemplo es prohibido el matrimonio de la adúltera, o el del raptor con su víctima.⁶⁰
- ❖ Por motivo de parentesco: En línea recta, entre ascendientes y descendientes en cualquier grado. En línea colateral, entre hermanos, tíos y sobrinos.⁶¹ Parentela adoptiva, esclavos libertos y parientes afines.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Idem., p. 372.

⁶¹ Idem.

C. Efectos.

Alfredo Di Pietro y Ángel Lapieza⁶² enumeran, entre otros, los siguientes efectos propios del matrimonio romano:

- ❖ Los concebidos en tal unión son hijos legítimos.
- ❖ Se establece el vínculo de afinidad (relación entre un cónyuge y los cognados del otro).
- ❖ Obligación de fidelidad por parte de la mujer.
- ❖ Entre cónyuges se establecen derechos a alimentos y sucesorios.

Sección Tercera. Origen de la Familia Romana.

La familia romana es un cuerpo social totalmente distinto de la familia en el sentido moderno. Lo que define con propiedad a la familia es el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad de un jefe (*paterfamilias*). Esta unidad real de la familia, se escindiendo dando lugar a la formación de otras tantas familias (*familia proprio iure dicta*) cuantos son los hijos varones (pues las mujeres, o pertenecen a la familia del marido, o están sometidos a la potestad del tutor). Sin embargo, en el supuesto de que el *paterfamilias* fallezca, aún subsiste un vínculo agnaticio entre todos los que estaban sometidos a la misma autoridad, de modo que los agnados constituyen la *familia communi iure dicta*.⁶³

Dicho de otro modo, la familia en sentido propio o de derecho propio (*familia proprio iure dicta*) es el conjunto de personas vinculadas entre ellas por el hecho de estar sometidas a la voluntad de un *paterfamilias*; mientras que en sentido amplio o de derecho comunitario

⁶² Idem., p. 373.

⁶³ Idem., pp. 547-548.

(*familia communi iure dicta*), se refiere al grupo de individuos que están vinculados por un ancestro masculino en común (vinculo agnaticio), que habrían estado sujetas a la autoridad de ese ancestro (*paterfamilias*), de no ser que él hubiese fallecido.

Acerca del origen de la distinción entre *familia communi iure* y *familia proprio iure dicta*, Juan Iglesias ha explicado:

(...) a medida que nos remontamos a los orígenes precívicos, todo parece confirmar la idea de que el grupo agnaticio coincide con la *gens*. Por otra parte, cabe suponer que la primitiva familia abrigase en su regazo a todos los agnados, y que razones de orden y de defensa, es decir, razones superiores a las simplemente domésticas, impusieran a la que después se llamó *familia communi iure* la conservación intacta de su propia unidad política a la muerte del jefe, bajo la potestad de otro jefe designado por el predecesor. Asumidas luego por la *civitas* las fundamentales funciones políticas de orden y de defensa, la unidad compacta del grupo familiar entra en quiebra: la familia se escinde en tantos grupos cuantos son los *filifamilias* inmediatamente sujetos a la potestad del jefe muerto, si bien es otorgada a éstos la facultad de conservar indiviso el patrimonio familiar, en un régimen compartido entre hermanos. La gradual escisión o disgregación de la *familia communi iure* —que en época posterior es mero residuo histórico del tipo de familia más antiguo—, acarrea la formación y vigorización de la *familia proprio iure*, de tipo más reciente.⁶⁴

Es aquí en donde se comprueba la validez del esquema evolutivo planteado por Belluscio y recogido en el apartado A.2 de la Sección Primera del Capítulo 1 de este trabajo.

⁶⁴ Idem., pp. 548-549.

Allí se explicó que la evolución de la familia se materializó como una reducción en su tamaño en tres fases: el clan, la gran familia y la pequeña familia. A su vez, se dijo allí que esta disminución está correlacionada con el cambio en la importancia de la familia desde el punto de vista político, económico, social y jurídico, de forma tal que la evolución no solo implica una disminución en el tamaño de la familia, sino también en cuanto a sus funciones.

Es en esa línea que apuntan las siguientes anotaciones de Iglesias:

El sistema jurídico romano surge como expresión de una conciencia política, fundada en la estructura y en la vida de los grupos sociales primitivos, organizados para el cumplimiento de fines de orden y de defensa. En aquellos agrupamientos primitivos se formulan ya las líneas cardinales de todo un sistema de conceptos jurídico-políticos, cuales son los relativos al poder absoluto, omnicompreensivo y autónomo del señor o jefe, a la subordinación del individuo —*filiusfamilias* o *servus*—, al vínculo efectivo que une a todos entre sí y con relación al soberano. **Al surgir la *civitas*, como grupo político unitario y supremo, la gran familia —la *familia communi iure*— se atrofia, pero de ella toma sus notas de unidad y de vigor la *familia proprio iure dicta*.**⁶⁵

Por todo lo anterior, el origen de la familia romana debe rastrearse en la *gens*. En tiempos de conformación de Roma, ellas constituían un grupo humano primordial, de unidad política, comunidad económica, religiosa y jurídica y con fuertes lazos de solidaridad social. Se trataba de una unidad pre estatal en la cual ya se encuentran los elementos que configuran el estado moderno, tales como territorio propio, órganos de gobierno (asamblea y *pater* o jefe

⁶⁵ Idem., p. 549. Resaltado no es del original.

de la *gens*) y normas de conducta (las *mores* o costumbres).⁶⁶ Sin embargo, con el advenimiento de la *civitas*⁶⁷, que empezó a tomar a su cargo la protección del individuo al margen de los cuadros gentilicios y a integrar a los *cives* (ciudadanos) por medio de instituciones políticas tales como el Senado, los comicios, las magistraturas, los colegios sacerdotales y el ejército ciudadano, la *gens* fue perdiendo vigencia y razón de ser.⁶⁸

Sección Cuarta. Requisitos del Matrimonio.

El Código de Familia establece, entre otros, los siguientes requisitos para la consolidación del matrimonio:

- ❖ Que la persona no esté ligada por un matrimonio anterior.
- ❖ Que no se efectúe entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, tampoco entre hermanos consanguíneos (ni entre adoptante y adoptado y sus descendientes; los hijos adoptivos de la misma persona; el adoptado y los hijos del adoptante; el adoptado y el excónyuge del adoptante; y el adoptante y el ex cónyuge del adoptado)

⁶⁶ Di Pietro, Alfredo, Lapieza, Ángel. *Op. Cit.*, pp. 21-22.

⁶⁷ Este concepto ha de entenderse tal como lo explican Alfredo Di Pietro y Ángel Lapieza: “*Civitas*, como concepto jurídico, es un ente unitario, persona ideal distinta de los *cives* [ciudadanos] que la integran; como realidad política que se dio en la historia del Mediterráneo, equivale plenamente a lo que los griegos denominaban *polis*: una sociedad de hombres libres organizados para una vida política soberana, una ciudad estado” (Di Pietro, Alfredo, Lapieza, Ángel. *Op. Cit.*, pp. 27.). A ello debe añadirse: “Se trata de un conjunto de hombres ocupantes de un territorio relativamente pequeño —cabían cientos de ellos en las penínsulas helénica e itálica— con, por lo menos, un centro cívico en que puedan funcionar los órganos de gobierno: un conjunto de magistrados, un consejo de notables o de ex magistrados y la asamblea de todos los que están en condiciones de cumplir con el deber esencial de defender la comunidad” (Idem.).

⁶⁸ Di Pietro, Alfredo, Lapieza, Ángel. *Op. Cit.*, p. 22.

- ❖ Que no se trate de personas del mismo sexo o de menores de quince años.
- ❖ Los contrayentes deben manifestar legal y expresamente su consentimiento.
- ❖ Tratándose de un matrimonio civil, debe cumplirse con las formalidades establecidas al efecto por artículos 28 a 32 del Código de Familia.

Sección Quinta. Historia del Matrimonio en Costa Rica.

La historia del matrimonio es la historia de su regulación legal. Por ello importa efectuar un recuento breve de las disposiciones normativas referidas a este instituto jurídico.

Hasta mediados del año de 1974 la legislación costarricense en materia de familia estuvo regida por el Libro I (*De las personas*) del Código Civil (1988). A partir de esa fecha cobró vigencia la ley n° 5476 de 21 de diciembre de 1973 (*Código de Familia*), integrando las disposiciones normativas que regirían en lo sucesivo los temas vinculados con la materia de marras. Es así como, parafraseando al autor costarricense Gerardo Trejos Salas, hubieron de transcurrir ochenta y seis años para que, por primera vez, la legislación costarricense en materia de familia fuese objeto de una modificación substancial.⁶⁹

En la mentalidad jurídica costarricense, el Código Civil se fusionó con los tres libros⁷⁰ que don Alberto Brenes Córdoba dedicó a su comentario, constituyéndose en pivote doctrinario central del sistema jurídico costarricense.⁷¹ Sin embargo, después de las primeras tres décadas del siglo pasado, el derecho civil comenzó a sufrir el desgajamiento de una serie de ramas que, por su novedad, atrajeron el interés de los juristas de las promociones

⁶⁹ Trejos, Gerardo. *Derecho de la Familia*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2010, p. 31.

⁷⁰ El *Tratado de los Bienes* (1906), el *Tratado de las Obligaciones y Contratos* (1922) y el *Tratado de las Personas* (1925).

⁷¹ Trejos, Gerardo. *Op. Cit.*, p. 32.

siguientes.⁷² Una de ellas, naturalmente, era el derecho de familia. Por esta razón, los estudiosos de la materia, fueron críticos con las disposiciones del Código Civil, del Tratado de las Personas de Brenes Córdoba y empezaron a sugerir la necesidad de suplir omisiones del Código de marras o bien crear leyes especiales en materia de familia.

Como es sabido, la promulgación de la Constitución de 1949 marca un hito en la historia del país. Y si bien con anterioridad a 1949 se efectuaron algunas reformas o adiciones al Código Civil⁷³, el cambio en la legislación familiar tardó veinticinco años en llegar pues, al decir de Gerardo Trejos, veinticinco años es el espacio de tiempo que cubre un cambio de generación y es preciso el tránsito de una generación a otra para que el cambio pudiera ponerse en movimiento.⁷⁴

La idea de revisar la legislación sobre materia de familia surgió en un Seminario celebrado en marzo de 1966. Una de las asistentes, la diputada Cecilia González, llevó la inquietud a la Asamblea legislativa. Esta, en noviembre de 1968, nombró una comisión compuesta por expertos en la materia y diputados en ejercicio. La tarea de preparar el proyecto de Código de Familia se efectuó desde noviembre de 1968 a abril de 1970. Al cabo de esos dieciocho meses, tan solo se habían completado las normas sustantivas del Código, quedando pendientes los apartados referidos a procedimientos administrativos y judiciales. Al llegar al 30 de abril de 1970, y habiendo terminado funciones la Asamblea Legislativa que le había nombrado, la Comisión designó al jurista Gerardo Trejos para efectuar una

⁷² Idem.

⁷³ En total fueron dieciocho leyes diferentes que reformaron o adicionaron disposiciones al derecho de familia antes de la promulgación del Código. (Trejos, Gerardo. *Op. Cit.*, p. 38.)

⁷⁴ Trejos, Gerardo. *Op. Cit.*, p. 37.

revisión del texto. La Asamblea legislativa recibió el proyecto de la Comisión Redactora en mayo de 1970. Fue acogido por el Licenciado Daniel Oduber, entonces presidente de la Asamblea, y la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos inició su conocimiento el 16 de noviembre de 1970 y rindió dictamen el 19 de julio de 1973. El 21 de diciembre de 1973 fue firmado por el Presidente de la República señalándosele una vigencia a los seis meses a partir de su publicación.⁷⁵

Ni en la Constitución Política ni en el Código de Familia se proclama expresamente el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio mediante un consentimiento libre y pleno (consciente), si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas. Estos cuerpos normativos tampoco han definido el matrimonio. Empero, el derecho a contraer matrimonio es un derecho individual de orden público que no puede ser alienado. En consecuencia, sería nula cualquier cláusula de celibato inserta en un contrato de trabajo o en una liberalidad, por ejemplo, si una cláusula testamentaria privara al cónyuge sobreviviente de una liberalidad en caso de que contraiga nuevas nupcias.⁷⁶

El derecho a contraer matrimonio concierne a personas adultas de sexo biológico diferente y, en general, esta concepción es similar a la existente en tiempos en que el Código Civil regulaba la materia de familia. Por ejemplo, para Brenes Córdoba la institución del matrimonio obedece a una necesidad del individuo que le impulsa a constituir un círculo familiar, el cual llega a ser complemento de su naturaleza racional y sensible, de modo que el hombre y la mujer se complementen entre sí para formar una entidad superior que reúne

⁷⁵ *Idem.*, pp. 39-47.

⁷⁶ Trejos, Gerardo. *Op. Cit.*, p. 93.

las condiciones necesarias para la perpetuidad de la especie y el bienestar común.⁷⁷ Además, Brenes Córdoba enfatizaba en la circunstancia antedicha, al señalar la etimología de la palabra matrimonio (*mater munium*, oficio de la madre) pues ella revela la importancia conferida a la mujer en la fundación de la familia, y con sobrado motivo, por ser quien lleva la parte más gravosa del matrimonio a causa de la gestión, nacimiento y crianza de los hijos.⁷⁸

A pesar de que la noción general acerca del matrimonio se ha mantenido intacta desde el Código Civil hasta la actualidad, durante casi ciento treinta años, han surgido iniciativas interesantes que promueven la orientación de la legislación matrimonial en nuevas direcciones. En ese sentido, Gerardo Tejos propuso un proyecto de ley para derogar el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, a fin de que se permitan en Costa Rica los matrimonios entre personas del mismo sexo. Entre otros, los motivos que adujo el jurista son los siguientes⁷⁹:

- ❖ La imposibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo es una situación jurídica que responde a circunstancias sociales, de valores, prejuicios y, hoy día, fundamentalmente de intolerancia, constituyéndose una discriminación injusta e innecesaria.
- ❖ Las normas jurídicas son dinámicas y, como factores de cambio social, mediante ellas, el Estado puede promover la adaptación a nuevas formas de convivencia que los prejuicios de las mayorías objetan o condenan, con perjuicio del respeto, la dignidad y los derechos de sus conciudadanos.

⁷⁷ Idem., p. 91.

⁷⁸ Idem., p. 94.

⁷⁹ Tejos, Gerardo. *Op. Cit.*, pp. 139-141.

- ❖ Ni de la Constitución Política, ni de los instrumentos de derecho internacional sobre derechos humanos firmados por Costa Rica, puede derivarse una interpretación válida que limite el matrimonio a la unión de un hombre y una mujer.
- ❖ En cambio la evolución de la doctrina de los derechos humanos obliga al reconocimiento de las diferencias entre los seres humanos, de los derechos de las minorías y al respeto a la dignidad de todos ellos.

CAPÍTULO 2: ASPECTOS EXTRAJURÍDICOS QUE RODEAN EL MATRIMONIO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COSTA RICA

Sección Primera. Aspectos Sociológicos.

A. Justificación del apartado.

Como saber, la sociología es radicalmente distinta al derecho. Del conocimiento que emana de la obra de cualquier autor calificado de ciencia jurídica, el jurista derivará utilidad práctica, cuya validación se verificará en la demanda que formula en los tribunales, en el contrato con el que concilia la voluntad de sus clientes o en la escritura pública que organiza el complejo haber de un testador. Por el contrario, si bien las ideas de un erudito de sociología acrecentarán el saber del sociólogo lector de esas obras, en la práctica, la posibilidad de incidir directamente o de que ellas se materialicen en resultados empíricamente verificables resulta un poco más remota. Ello obedece a que, a diferencia del saber sociológico, buena parte de la ciencia jurídica (al menos aquella denominada doctrina o dogmática) se compone de criterios (la mayoría de las veces, formulados de un modo altamente convincente y pragmáticamente realizable) para la resolución de conflictos, la superación de dificultades o la comprensión de aspectos de la ley que, por su ambigüedad, oscuridad o vaguedad, resulten confusos. Dicho de otro modo: la sociología aspira a describir y explicar determinados fenómenos, el derecho prescribe soluciones plausibles a determinadas situaciones problemáticas.

Por esta razón es que, anticipando que se critique la pertinencia de introducir un apartado de naturaleza sociológica dentro de una tesis de grado en derecho, se plantea la diferenciación anterior para insistir en que aun cuando la magnitud de la distancia entre un

enfoque y otro sea considerable, ello no significa que una disciplina excluya a la otra. Piénsese que el derecho prescribe soluciones a determinados problemas en determinado nivel (por ejemplo en los tribunales de justicia, en las instancias administrativas o mediante la creación de leyes) pero dada su miopía para comprender la dinámica del fenómeno social y escrutar con claridad las causas de un fenómeno (más allá de sólo verificar sus síntomas), esas soluciones no operan de un modo profundo, dando una solución perdurable al conflicto. Por ello es que una medida impuesta por el derecho resultaría de mayor provecho si se hubiera elegido en función de una verdadera comprensión del fenómeno social, como la que efectúa la ciencia sociológica.

Con lo anteriormente dicho, se aspira a hacer ver que para el planteamiento de una propuesta jurídica al problema que significa para las parejas homosexuales la imposibilidad de contraer matrimonio, es necesario considerar variables de naturaleza distinta a la propiamente jurídica.

B. Anotaciones acerca del enfoque sociológico.

Antes de proseguir con el objetivo explicado en el sub apartado anterior, conviene clarificar los rasgos generales del enfoque sociológico para no perder luz en la especificidad del tema aquí tratado.

La sociología, han afirmado algunos autores⁸⁰, no es una disciplina independiente del tiempo (pues sólo apareció a partir de cierto momento de la historia occidental⁸¹, a diferencia

⁸⁰ Berger, Peter. *Introducción a la Sociología. Una perspectiva humanística*. 2ª edición. Trad. de Sara Galofre Llanos. México: Editorial Limusa, 1971, p. 43.

⁸¹ No fue sino hasta el acaecimiento de las revoluciones burguesas y con la desintegración del estado absoluto que la estructura subyacente de la “sociedad” empezó a verse, o sea, un mundo de motivos y de fuerzas que

de la religión, por ejemplo, que ha incitado una intensa preocupación mental a través de toda la historia de la humanidad) ni es una empresa forzosa de la mente humana (sí lo son otras materias, como la matemática, formulada inexorablemente a partir de la necesidad cotidiana de lidiar con cantidades). Según argumenta el autor de marras, el pensamiento sociológico sólo tuvo oportunidad para desarrollarse en circunstancias históricas caracterizadas por fuertes sacudidas a las convenciones y conceptos oficiales y válidos de una cultura, porque la sociología presupone la sospecha de que los sucesos humanos tienen diferentes niveles de significado, algunos de los cuales se ocultan de la conciencia de la vida diaria.⁸² Es esta la razón en que se basa Berger para afirmar que la perspectiva sociológica se encuentra implícita en expresiones tales como “percatarse”, “examinar detrás”, “mirar tras bastidores” o, en otras palabras, “estar al corriente de todos los trucos”.⁸³

Ahora bien, si la perspectiva sociológica implica un proceso de “comprensión” a través de las fachadas de las estructuras sociales (pues los misterios sociales se ocultan tras las fachadas)⁸⁴ toda vez que busca niveles de realidad diferentes (ocultos) de los que se dan en las interpretaciones oficiales de la sociedad, entonces ella implica la voluntad de desenmascarar y demostrar la mentira o la exageración propagandística por medio de la cual los hombres encubren sus mutuas acciones.⁸⁵ Es en este contexto que el concepto de

no podría comprenderse en términos de las interpretaciones oficiales de la realidad social. (Berger, Peter. *Introducción a la Sociología. Una perspectiva humanística*. 2ª edición. Trad. de Sara Galofre Llanos. México: Editorial Limusa, 1971, p. 50.)

⁸² Berger, Peter. *Op. Cit.*, p. 48.

⁸³ Ídem, pp. 49-50.

⁸⁴ Ídem, p. 51.

⁸⁵ Ídem, p. 61.

“ideología” (concepto acuñado por sociólogos) ejemplifica con claridad la tendencia a desenmascarar propia de la sociología:

Los sociólogos hablan de “ideología” al examinar los puntos de vista que sirven para buscar una explicación racional a los intereses creados de algún grupo. Con mucha frecuencia tales puntos de vista deforman sistemáticamente la realidad social de manera muy parecida a un individuo que neuróticamente niega, deforma o interpreta aspectos de su vida que le resultan molestos.⁸⁶

De esta manera, es posible hablar de ideología al verificar la convicción del empresario de pompas fúnebres que afirma que los funerales baratos demuestran falta de cariño por el difunto o la del verdugo en cuanto a que él es un servidor público.⁸⁷ Sin embargo, la ideología no suele ser tan ingenua: usualmente justifica las acciones del grupo cuyos intereses creados sirve, e interpreta al mismo tiempo la realidad social de manera que la justificación resulte plausible.⁸⁸ Piénsese en el caso de las ideologías que justifican la segregación racial, la marginación de la mujer o la dictadura de un partido.

Sirva el siguiente ejemplo (por lo demás, formalmente extrapolable a multiplicidad de situaciones reales) para ilustrar el modo en que opera la ideología dentro de una colectividad humana:

Supongamos que en una sociedad primitiva cierto producto alimenticio necesario puede obtenerse únicamente viajando a través de aguas traicioneras, infestadas de

⁸⁶ Berger, Peter. *Op. Cit.*, p. 64.

⁸⁷ Ídem, p. 64.

⁸⁸ Ídem, p. 158.

tiburones hasta llegar al lugar donde se cultiva. Dos veces al año los hombres de la tribu emprenden el viaje en sus precarias canoas para conseguir este alimento. Ahora bien, supongamos que las creencias religiosas de esta sociedad contienen un artículo de fe que dice que todo hombre que deje de ir en este viaje perderá su virilidad, exceptuando a los sacerdotes, cuya virilidad es mantenida por sus diarios sacrificios a los dioses. Esta creencia proporciona una motivación a los que se exponen al peligroso viaje y al mismo tiempo legitima a los sacerdotes que generalmente permanecen en casa. Es innecesario añadir que, en este ejemplo, nos tememos que fueron los sacerdotes quienes tramaron por primera vez esta teoría. En otras palabras, daremos por sentado que nos encontramos ante una ideología. Pero esto no quiere decir que esta última no resulte funcional para la sociedad en conjunto; después de todo, alguien tiene que ir si no quieren que el hambre haga su aparición.⁸⁹

Así las cosas, el papel confeso de la sociología consiste en penetrar las cortinas de humo verbales hasta llegar a los móviles de la acción no admitidos y a menudo desagradables.⁹⁰ Frente a un discurso cualquiera preguntará “¿*Quién lo dice?*”, rechazando la pretensión de que cualquier idea (como la de que el matrimonio homosexual no debe legalizarse) aparece aislada del contexto social, afirmando, por el contrario, que cualquier idea o discurso tiene una ubicación social.

Por todo ello es dable concluir que un análisis sociológico de las variables que influyen en el discurso negador del matrimonio como un derecho humano independiente de la

⁸⁹ Berger, Peter. *Op. Cit.*, pp. 157-158.

⁹⁰ Ídem, p. 65.

orientación sexual, no desmonta o rebate el contenido de ese discurso, sino que desentraña los mecanismos que operan en su producción, determinando *quién* lo dice y *por qué*, *qué* intereses le motivan, *cuáles* situaciones legitima ese discurso y de qué medios se sirve para imponerse.

C. Correlación entre actitudes y prácticas religiosas, autoritarismo, prejuicio sexual y experiencias de contacto con personas homosexuales y actitudes hacia los homosexuales y su estilo de vida en Costa Rica.

Desde el punto de vista de la psicología social y la sociología, los autores de la Universidad de Costa Rica Vanessa Smith-Castro y Mauricio Molina-Delgado efectúan estudio⁹¹ mediante el cual exploran el impacto relativo de la religiosidad, el autoritarismo, la homofobia y el contacto con personas homosexuales en el rechazo o apoyo a las iniciativas de matrimonio y unión civil gay en Costa Rica y demuestran que, en general, una combinación particular de alta ortodoxia religiosa, alto autoritarismo homofóbico y poco contacto con personas homosexuales disminuyen las probabilidades de apoyar esas iniciativas.

Los referidos autores parten de una descripción breve, aunque precisa, del contexto en donde llevaron a cabo su indagación.⁹² En ese sentido, afirman que, como nuestra nación está organizada bajo la forma de Estado unitario de naturaleza confesional, cuya religión oficial es la católica, no se reconoce ni el matrimonio ni la unión civil entre personas del mismo sexo. Por esta razón, los intentos por reconocer las uniones entre personas del mismo sexo

⁹¹ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. "Actitudes hacia el matrimonio y la unión civil gay en Costa Rica: ¿religiosidad, homofobia, autoritarismo o desconocimiento?". *Revista Interamericana de Psicología*. Vol. 45. N° 2 (Mayo-agosto, 2011): 133-143.

⁹² Ídem, p. 133.

suscitan un acalorado debate, caracterizado por posiciones encontradas entre la comunidad LGBT y los sectores religiosos:

(...) mientras los partidarios de las uniones gay indican que la oposición a estos proyectos proviene de sectores ultraconservadores cargados de prejuicios, que desconocen la realidad de las parejas homosexuales, los oponentes indican que estas iniciativas atentan contra los principios cristianos costarricenses, ponen en peligro la estabilidad familiar y constituyen una pérdida de valores fundamentales.⁹³

Los autores consultaron a cien estudiantes universitarios costarricenses heterosexuales sobre su posición en torno al matrimonio y la unión civil entre personas del mismo sexo. El propósito de dicha indagación era establecer una relación explicativa entre la actitud de rechazo o aprobación a las iniciativas del matrimonio o unión civil entre personas del mismo sexo y las actitudes y prácticas religiosas, el autoritarismo, el prejuicio sexual y las experiencias de contacto con personas homosexuales.⁹⁴

Para la elección de las variables independientes (actitudes religiosas, autoritarismo, homofobia y contacto) medió favorablemente la circunstancia de que en la psicología social, han sido reconocidas como importantes correlatos de las actitudes hacia los homosexuales y su estilo de vida.⁹⁵ Por ello, afirman los autores:

(...) las incluimos como los principales predictores del grado en que las personas están dispuestas a reconocer el derecho al matrimonio o la unión civil entre personas del

⁹³ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 133.

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ Ídem.

mismo sexo. Consideramos que el estudio sistemático de estos factores podría contribuir a comprender las trabas culturales y psicológicas con que se enfrentan las actuales iniciativas por reivindicar los derechos de todas las personas costarricenses sin distingo alguno.⁹⁶

1. Objetivo general del estudio e hipótesis.

El objetivo general del estudio llevado a cabo por Vanessa Smith-Castro y Mauricio Molina-Delgado consiste en analizar el impacto relativo de la religiosidad, el autoritarismo, el prejuicio sexual y el contacto en la decisión de rechazar o apoyar el matrimonio y la unión civil entre personas del mismo sexo.⁹⁷

Por otra parte, la hipótesis específica que plantean estos autores pretende verificar que el apoyo a las iniciativas de matrimonio o unión civil homosexual está asociado a bajos niveles de Ortodoxia, Autoritarismo y Homofobia y a altos niveles de Relativismo Histórico y Contacto.⁹⁸

2. Definición de las variables independientes.

a. Actitudes religiosas

Porque históricamente las instituciones religiosas han definido las normas sociales y culturales que regulan las relaciones románticas y de matrimonio, resulta inevitable su

⁹⁶ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 133-134. Negrita no es del original.

⁹⁷ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 134.

⁹⁸ Ídem., pp. 134-135.

estudio para la comprensión de las reacciones psicológicas ante el matrimonio o la unión civil entre personas gay.⁹⁹

Sin embargo, aunque existe una relación entre afiliación religiosa y actitudes hacia las iniciativas de marras, más allá de la afiliación a una determinada religión, lo que resulta clave para comprender las actitudes hacia las personas gay y sus derechos es la forma específica en que los individuos se apropian de las creencias y prácticas religiosas. Esta distinción resulta particularmente importante para comprender la aparente paradoja de la relación entre religión y prejuicio, ya que si bien todas las religiones predicán la tolerancia, muchos religiosos se encuentran entre los más intolerantes.¹⁰⁰

Dentro de las religiones judeo-cristianas, existen diversas posiciones religiosas: la Ortodoxia religiosa, la Crítica Externa a la religión y el Relativismo Histórico. Las personas con un alto grado de Ortodoxia religiosa afirman la existencia literal de los objetos religiosos y se aferran de manera fundamentalista a sus preceptos. Las personas con un alto grado de Crítica Externa más bien rechazan la existencia de realidades trascendentes y cuestionan los contenidos religiosos. Las personas altas en Relativismo Histórico bien pueden creer en la existencia de objetos trascendentes, pero consideran los preceptos religiosos en el contexto histórico de su aparición y reconocen las particularidades culturales de las diversas experiencias religiosas.¹⁰¹

⁹⁹ Ídem., p. 134.

¹⁰⁰ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 134.

¹⁰¹ Ídem., p. 134.

Diversas investigaciones han mostrado que altas puntuaciones en Ortodoxia se encuentran positivamente relacionadas con actitudes derogatorias hacia las minorías (racismo); mientras que el Relativismo Histórico se ha visto negativamente asociado al prejuicio en general.¹⁰²

b. Autoritarismo

En el contexto de su trabajo, Vanessa Smith y Mauricio Molina entienden por “autoritarismo” un cuadro específico de características de personalidad, por virtud del cual los sujetos autoritarios son particularmente propensos a apoyar sistemas de creencias estereotípicos, expresar evaluaciones y sentimientos derogatorios en contra de las minorías y presentar conductas discriminatorias.¹⁰³

Aludiendo al trabajo del sociólogo alemán Theodor Adorno¹⁰⁴, los referidos autores aducen que los partidarios de organizaciones políticas ligadas al nazismo, el fascismo y el racismo presentan niveles más altos de autoritarismo que el resto de la población, de la misma manera que en el ámbito específico del prejuicio sexual, en el que se ha demostrado que las personas heterosexuales altamente homofóbicas presentan simultáneamente altos niveles de autoritarismo.¹⁰⁵

¹⁰² Ídem., p. 134.

¹⁰³ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 134.

¹⁰⁴ Adorno, T., Frenkel-Brunswik, E., Levinson, D., & Sanford, R. (1950). *The authoritarian personality*. New York: Harper & Row.

¹⁰⁵ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 134.

c. Homofobia.

Smith-Castro y Molina-Delgado entienden que la homofobia describe el prejuicio sexual como las actitudes negativas hacia la conducta homosexual, hacia las personas con una orientación homosexual o bisexual y hacia la comunidad GLBT. Y que esta, al igual que todas las formas de prejuicio, implica una evaluación o juicio sobre un grupo o categoría social y es negativo en la medida en que incluye hostilidad y/o disgusto.¹⁰⁶

Por otra parte, advierten Smith-Castro y Molina-Delgado, la homofobia no debe confundirse con las actitudes políticas que involucran los grupos GLBT, porque la relación entre actitudes hacia la homosexualidad y las actitudes políticas es compleja:

Esto se sustenta en la observación de que los derechos de las personas homosexuales han ganado un importante reconocimiento en las últimas décadas y sin embargo muchas personas afines a la equidad social siguen presentando actitudes derogatorias contra las personas homosexuales (...); de allí la importancia de incluir la homofobia como un constructo diferenciado de la actitud hacia el matrimonio o unión civil entre personas del mismo sexo y en sí mismo como un predictor de estas iniciativas.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Ídem.

¹⁰⁷ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 135.

En general, con fundamento en un riguroso estudio previo, es tesis de los referidos autores que si bien las actitudes hacia la homosexualidad se encuentran altamente correlacionadas con las actitudes hacia los derechos de las personas homosexuales, se trata de categorías diferentes:

Por ejemplo Lanutti y Lachlan (2007) encontraron que las actitudes desfavorables hacia el matrimonio entre personas del mismo sexo estaban más fuertemente relacionadas con la tendencia a respaldar conductas discriminatorias en contra de personas homosexuales (u homofobia institucional) que con la incomodidad experimentada ante presencia de homosexuales (descontento personal). Igualmente los estudios indican que el prejuicio sexual predice las actitudes hacia los derechos de las personas homosexuales. Por ejemplo Barrientos y Cárdenas (2010) encontraron altos niveles de homofobia entre quienes consideran que los derechos de los homosexuales deben ser dejados tal y como o están o deben restringirse aún más. Adicionalmente el prejuicio sexual influye en las decisiones de muchos votantes, no solamente en sus decisiones en contra del matrimonio o la unión civil entre personas del mismo sexo, sino también en sus decisiones sobre candidatos políticos que apoyan estas iniciativas (Saucier & Cawman, 2004).^{108/ 109}

¹⁰⁸ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 135.

¹⁰⁹ Acerca de las fuentes referidas por los autores en este texto, en el orden en que aparecen citadas son: **(1)** Lannutti, P.J. & Lachlan, K.A. (2007). Assessing attitude toward same-sex marriage: Scale development and validation. *Journal of Homosexuality*, 53 (4), 113-133. **(2)** Barrientos, J. & Cárdenas, J. (2010). Adaptación y validación de la escala Likert de actitudes de heterosexuales hacia homosexuales (HATH) en una muestra de estudiantes universitarios chilenos. *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, 5, 3-49. **(3)**

d. Contacto.

La introducción de esta variable por parte de los autores Smith-Castro y Molina-Delgado, se efectúa con la suposición de que bajo ciertas condiciones, las experiencias de contacto óptimo entre miembros de distintas categorías o grupos sociales pueden contribuir a reducir la hostilidad y la intolerancia. Por lo tanto, el prejuicio hacia gays y lesbianas es menor entre aquellas personas heterosexuales que han tenido mayor contacto con personas homosexuales.¹¹⁰

Para medir esta variable, los autores Smith-Castro y Molina-Delgado desarrollan indicadores que miden la frecuencia del contacto entre los entrevistados con personas homosexuales en nueve contextos sociales, tales como la familia cercana (hermanos y hermanas), en la familia amplia (tías, tíos, primas y primos) o en el barrio y el trabajo. Adicionalmente se les solicita indicar el número de amigos y amigas homosexuales que tenían en la actualidad.¹¹¹

3. Resultados y discusión.

Las iniciativas a favor del matrimonio o la unión civil entre personas del mismo sexo, comprenden en su seno la tensión entre los grupos que pugnan por la equidad social y

Saucier, D.A. & Cawman, A.J. (2004). Civil Unions in Vermont: Political Attitudes, Religious Fundamentalism, and Sexual Prejudice. *Journal of Homosexuality*, 48 (1), 1-18.

¹¹⁰ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 135.

¹¹¹ Ídem., p. 137.

aquellos que se preocupan por las implicaciones culturales de reconocer el estilo de vida homosexual.¹¹² Dicho de otro modo:

Las primeras posiciones suponen que el Estado debe respetar, proteger y garantizar los derechos de todas las personas sin distinción de la orientación sexual; mientras que las segundas suponen que aprobar el matrimonio o la unión civil entre personas del mismo sexo implica legitimar el estilo de vida homosexual, lo cual atenta contra los valores morales y la institución misma del matrimonio.¹¹³

Como se advirtió en el apartado B de la Sección Primera de este capítulo, el papel de la sociología es desarticular el entramado de significados y convenciones que subyacen a la realidad social, que aparenta ser diáfana. Por ello es acá en donde los autores logran desentrañar los niveles que subyacen al problema y definirle, no como una cuestión de reconocimiento de derechos (que lo es, en cierta medida, sobre todo para una parte en el debate) sino, sobre todo, como un conflicto de naturaleza ideológica y simbólica.

Para la aprehensión de la dinámica de este fenómeno la sociología y la psicología social, mediante estudios como el reseñado en este apartado del trabajo, explicita las variables que operan en las actitudes de las personas mediante el diseño de modelos hipotéticos que son comprobados *a posteriori*. El modelo específico formulado por Vanessa Smith y Mauricio Molina predijo con acierto la opinión sobre los derechos de las personas homosexuales, en función de las variables independientes definidas ad hoc.

¹¹² Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 140.

¹¹³ Ídem., p. 141.

En este trabajo los entrevistados manifestaron un apoyo a la unión civil más decidido que al matrimonio. Los investigadores atribuyen esta circunstancia al hecho de que refleja el impacto de la estructuración y la evolución del estado costarricense en las actitudes y prácticas de sus ciudadanos.¹¹⁴

Esta interpretación se fundamenta en el hecho de que Costa Rica es un Estado confesional fuertemente influenciado por la Iglesia Católica, de tal suerte que las personas trazan sus valores de equidad e igualdad por sus preceptos religiosos, diferenciando su posición frente a la unión civil de la que manejan frente al matrimonio, como un asunto eminentemente religioso:

Esto es coherente con las hipótesis del estudio no sólo porque el factor religioso está más involucrado en las discusiones sobre el matrimonio que sobre la unión civil; sino también porque el apoyo al matrimonio en una sociedad altamente influenciada por la religión implica un mayor grado de tolerancia y una reconsideración sobre el papel que juegan los preceptos religiosos en las decisiones políticas colectivas y la consideración de valores personales fuertemente arraigados desde la infancia. (...) La religión ofrece un marco para interpretar el mundo y orientar la acción social, y por tanto la forma en que las personas se vinculan a sus preceptos religiosos tiene importantes implicaciones en sus cogniciones y prácticas sociales. En nuestro caso, una forma particular de apegarse a la religión, la Ortodoxia, parece tener un peso importante en las actitudes políticas. (...) aquellos individuos más identificados, devotos y apegados a los preceptos literales de estas religiones son los más resistentes a tolerar la

¹¹⁴ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 141.

homosexualidad en general. Ahora bien, la composición del factor de Ortodoxia nos recuerda que no todas las formas de afiliación religiosa están vinculadas al rechazo y que la religión per sé no es contraria a la reivindicación de los derechos de las personas homosexuales, sino la forma particular en que los sujetos se apropian de los principios religiosos.¹¹⁵

Mediante la investigación se comprobó también que el prejuicio sexual influye en las decisiones políticas de las personas. De modo que las personas singularmente homofóbicas son aquellas que presentan mayor resistencia a reconocer los derechos ciudadanos de las personas homosexuales como el matrimonio y la unión civil:

La consecuencia de ello es que **la arena política se convierte en un espacio en dónde lo que menos está en juego son las reivindicaciones políticas y los derechos de las personas homosexuales.**¹¹⁶

Por último, el modelo posibilitó verificar que el óptimo contacto deviene en factor importante, toda vez que las personas que han tenido mayores oportunidades de contacto óptimo con homosexuales son aquellas que favorecen en mayor medida el matrimonio y la unión civil entre personas del mismo sexo.¹¹⁷

¹¹⁵ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 141.

¹¹⁶ Ídem. Negrita no es del original.

¹¹⁷ Ídem., p. 142.

Sección Segunda. Aspectos Morales.

A. Diferenciación entre moral y ética (o filosofía moral).

Aunque en el lenguaje común suelen utilizarse de un modo indiferenciado, lo cierto es que en ciertos círculos estos vocablos tienen un uso técnico y se les distingue con claridad. Mientras se comprende a lo moral como una dimensión que pertenece al mundo vital, compuesta de valoraciones, actitudes, normas y costumbres que orientan o regulan el obrar humano; la ética se refiere a la ciencia o disciplina filosófica que lleva a cabo el análisis del lenguaje moral y que ha elaborado diferentes teorías y maneras de justificar o de fundamentar y de revisar críticamente las pretensiones de validez de los enunciados morales (por ejemplo: se debe obrar de tal o cual manera en estas u otras circunstancias).¹¹⁸

Se trata, como se comprenderá a estas alturas, de la diferencia que posibilita distinguir entre objeto científico y ciencia. Es decir, la ética es un saber perteneciente al campo de la filosofía (como lo es la epistemología o la lógica) mientras que la moral es el objeto de esa ciencia, es decir, lo que ella estudia.

B. Juicios morales que operan en la mentalidad de quienes rechazan el modo de vida homosexual y, por lo tanto, las iniciativas para reivindicar los derechos de los homosexuales.

Acerca de la homosexualidad y el reconocimiento social y jurídico de su modo de vida existen posturas respetuosas y otras menos tolerantes. No interesan, por su escasa peligrosidad en la contemporánea sociedad racional de la información y del conocimiento,

¹¹⁸ De Zan, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung. 2004, p. 19.

aquellas tendencias extremas que, en función de prejuicios, rechazan sin justificación alguna las iniciativas para reivindicar los derechos de la población homosexual: con facilidad son acalladas. En cambio, es de interés académico (al menos para este trabajo) la postura que articule argumentos y que pretenda fundamentar racionalmente su postura cerrada ante el modo de vida y derechos de los homosexuales.

Acá se examina, por la tipicidad de los prejuicios morales que subyacen a sus elaborados razonamientos, una breve obra de sólo sesenta y cuatro páginas¹¹⁹ del obispo Fernando Chomali, que pretende analizar desde diversas perspectivas el fenómeno de la homosexualidad, a la par de la conveniencia o inconveniencia de su legitimación social y jurídica.¹²⁰

Según afirma el propio autor, este estudio parte de la idea de que la persona homosexual tiene exactamente la misma dignidad personal que la heterosexual, y que en consecuencia es reprochable toda actitud vejatoria en contra suya.¹²¹ En palabras de Chomali, el trabajo pone en evidencia los fundamentos científicos y filosóficos que permiten afirmar que la homosexualidad no se puede homologar a la tendencia homosexual, toda vez que la homosexualidad no es la tendencia normal en el ser humano.¹²²

¹¹⁹ Chomali, Fernando. *Algunas consideraciones para el debate actual acerca de la homosexualidad. Antecedentes científicos, antropológicos, éticos y jurídicos en torno a las personas y las relaciones homosexuales*. Santiago: Centro de Bioética de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008.

¹²⁰ Ídem., p. 5.

¹²¹ Ídem.

¹²² Ídem.

A efectos de conformar el juicio moral, el autor referido insiste en la necesidad de distinguir claramente entre poseer tendencias homosexuales y llevar a cabo actos homosexuales.¹²³ Se trata de condiciones que no necesariamente concurren en la misma persona: no toda persona con tendencia homosexual realiza actos homosexuales, ni todos quienes sí los realizan tienen tendencia homosexual.¹²⁴

Al respecto Chomali amplía en el sentido de afirmar que la tendencia homosexual no es una enfermedad porque el sujeto está sano (esta afirmación es, sin que lo advierta el propio autor, una redundancia). Más bien se trata de una anomalía de la orientación sexual. Como no estamos frente a una elección, sino a un estado en el que por diversas razones la persona se halla, y del que toma conciencia en alguna etapa de su vida, la tendencia homosexual es un desorden que escapa a todo juicio moral porque carece del elemento central para ser imputable: la libertad. Dicho de otro modo; como en la tendencia homosexual no hay libertad, tampoco hay culpa.¹²⁵

Para Chomali, el hecho de que una persona sea homosexual no implica que tenga prácticas homosexuales. Esta clase de actos no deben atribuírsele a una persona homosexual por el solo hecho de serlo. Ello es discriminatorio y pasa por alto la circunstancia de que las personas homosexuales tienen exactamente la misma libertad (que procede del ser persona y no de la orientación sexual) que las heterosexuales para elegir involucrarse o no en relaciones íntimas. Como la homosexualidad no anula la libertad ni la inteligencia para que el sujeto elija su manera de vivir esta condición, la moralidad o la bondad o maldad moral de nuestros

¹²³ Ídem., p. 31.

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ Chomali, Fernando. *Op. Cit.*, pp. 31-32.

actos solo se entiende con referencia a esa libertad: por ello los comportamientos de la persona homosexual, como los de cualquier otra, deben ser juzgados desde su moralidad y no desde su orientación sexual.¹²⁶

Para Chomali, la relación genital entre dos personas del mismo sexo es un acto desordenado e injustificable moralmente porque se opone a la verdad de la sexualidad humana.¹²⁷ Para este autor:

Es en la mujer en quien el varón encuentra a su complemento, y viceversa. Sólo en el encuentro entre el hombre y la mujer, en cuanto creados el uno para el otro, se realiza plenamente su humanidad corporal, psicológica y espiritual, que trasciende a la unión sexual al transformarse en fuente de vida. La inclinación sexual, desde esta perspectiva, se orienta en el contexto de la integridad de la persona.¹²⁸

A lo anterior, Chomali añade que la relación homosexual es estéril, intrascendente y, en la práctica, su sentido se reduce al placer que procura. El bien ulterior de la sexualidad (que es el hijo) queda fuera de esta relación, lo que la torna momentánea y sin más proyección que el aquí y el ahora.¹²⁹

Acerca del tema específico de la postulación de que las personas homosexuales tienen derecho a que el Estado y la sociedad reconozcan jurídicamente sus vínculos, el autor citado

¹²⁶ Ídem., pp. 33-34.

¹²⁷ Ídem., p. 34.

¹²⁸ Chomali, Fernando. *Op. Cit.*, p. 44.

¹²⁹ Ídem., p. 45.

estima que ese pensamiento no es inocuo y que, por el contrario, un cambio jurídico de estas proporciones provocaría efectos nefastos en la sociedad:

(...) la equiparación de la familia con las uniones homosexuales implica necesariamente la pauperización de la realidad del matrimonio como se ha entendido siempre, es decir, como la unión de un hombre y una mujer de por vida con el fin de auxiliarse mutuamente, engendrar hijos y educarlos. El matrimonio lleva inscrito en sus entrañas la diferenciación sexual biológica de los contrayentes; éste es un hecho – como ya vimos– grabado en la naturaleza misma de esa realidad. En consecuencia, y por más que incomode o duela a quienes pretenden dar un estatuto jurídico a las uniones entre personas del mismo sexo, sólo la relación entre un hombre y una mujer posibilita una auténtica complementariedad y constituye por ello el lugar idóneo para procrear.¹³⁰

De un modo drástico Chomali afirma, también, que el reconocimiento jurídico y legal de las parejas de personas homosexuales implica la construcción de un orden social nuevo, caracterizado por el individualismo. Al respecto razona que si el derecho prescinde de toda referencia antropológica (así llama él, al juicio de que sólo es natural la pareja heterosexual, porque ella conduce a la procreación), centrará su atención con exclusividad en la “libertad” del individuo, la cual caracteriza de “trivial”, “sin sentido” o “para nada”, motivo del cual él deriva la afirmación de que el Estado transformaría las leyes en un mero aterrizaje jurídico de los deseos personales.¹³¹

¹³⁰ Chomali, Fernando. *Op. Cit.*, pp. 47-48.

¹³¹ Ídem., p. 48.

Otro argumento, por lo demás desprovisto de originalidad y recurrente en autores con sesgos ideológicos similares o idénticos a los de Chomali, es el que afirma que equiparar el matrimonio con las uniones entre personas homosexuales no tiene sentido sobre la base de que estas carecen de relevancia social (concepto cuyo sentido, valga decir que no advierte Chomali, dependerá del prisma ideológico con que se mire), porque, como no garantizan la supervivencia de la sociedad, constituyen una relación estrictamente privada que, por definición, queda cerrada en sí misma y, por su escaso valor social (es la opinión de Chomali), son irrelevantes para el derecho.¹³² En resumen:

En consecuencia, la razón por la que el matrimonio tiene un estatus tan especial dentro del ordenamiento jurídico es porque las futuras generaciones surgen precisamente de estas uniones, que se reconocen como el lugar más adecuado para la generación, el crecimiento y la educación de una nueva vida humana. Y como los ciudadanos son el fin o la razón de ser de la organización social, toda su estructura tiende a proteger esta institución de un modo especial en virtud de su particularidad y las graves obligaciones que conlleva. Las uniones homosexuales, en cambio, son, en este sentido, jurídicamente irrelevantes y por tanto no formalizables.¹³³

A lo anterior añade la siguiente argumentación, para justificar su afirmación de que no permitir el matrimonio homosexual no constituye una discriminación:

Naturalmente la ley no debe “criminalizar” la tendencia homosexual ni tampoco admitir las discriminaciones injustas, especialmente cuando atentan en contra de la

¹³² Ídem., pp. 49-50.

¹³³ Chomali, Fernando. *Op. Cit.*, p. 50.

dignidad de la persona. Pero no permitir el matrimonio entre las personas homosexuales o no permitir que su unión tenga efectos civiles similares no es una discriminación injusta. La razón es simple: no puede haber discriminación injusta cuando el elemento fundante y la condición de posibilidad para que exista un matrimonio no se cumple. Así, por ejemplo, no se puede considerar que el hecho de que existan exposiciones de pinturas sea una discriminación injusta hacia los ciegos porque ellos no las pueden ver. Análogamente, tampoco es una discriminación injusta el que dos personas del mismo sexo, imposibilitadas por definición de alcanzar la complementariedad y de engendrar hijos, puedan casarse. Sí representaría una discriminación injusta, en cambio, privar a las personas homosexuales del derecho al trabajo, a una vivienda, etc.¹³⁴

Para criticar la posibilidad de adopción por parte de parejas homoparentales, el autor analizado en este apartado del trabajo argumenta que, si ello se admitiera, se iría en contra de toda la evidencia que aporta el sentido común y la reflexión antropológica sobre el tema, que confirman que la mejor condición para que se desarrolle un niño es en el contexto del amor matrimonial. Razón por la cual no puede decirse que no permitir que estas parejas adopten hijos sea una discriminación injusta.¹³⁵

¹³⁴ Chomali, Fernando. *Op. Cit.*, p. 54.

¹³⁵ Ídem., pp. 50-51.

Sección Tercera. Aspectos Religiosos.

A. La postura de la Iglesia Católica ante la homosexualidad.

Ya en el apartado C de este capítulo se examinaron las actitudes religiosas como variable de análisis para un estudio de naturaleza psico-sociológica. Tal y como allí establecieron los autores¹³⁶, dado que el nuestro es un Estado confesional católico, el debate por el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo, tiene como contraparte a la Iglesia Católica, por la hegemonía espiritual con que se cierne sobre la fe de los costarricenses. Habiendo dicho eso, y a efectos de evitar un extenso recuento que pecaría de impertinente dentro del propósito de este trabajo, se limitará la consideración de aspectos religiosos a los que específicamente emanan desde el seno de la iglesia católica. Así las cosas, este apartado específico puede entenderse como una explicitación de las ideas que conforman las actitudes de los sujetos entrevistados en el trabajo de Smith Castro y Molina Delgado y, en general, de la población católica costarricense.

La autora Carmen García Peña advierte que, a la hora de presentar la postura de la Iglesia ante el fenómeno homosexual, es preciso distinguir tres cuestiones que, aunque relacionadas, merecen y son objeto de un tratamiento diferenciado por parte de la autoridad eclesial: **1.** El respeto y la acogida de las personas con *tendencias* homosexuales; **2.** la valoración moral del *comportamiento* homosexual; y **3.** la valoración eclesial de las

¹³⁶ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. "Actitudes hacia el matrimonio y la unión civil gay en Costa Rica: ¿religiosidad, homofobia, autoritarismo o desconocimiento?". *Revista Interamericana de Psicología*. Vol. 45. N° 2 (Mayo-agosto, 2011), p. 133.

iniciativas legales tendentes a *normalizar* la situación jurídica de los homosexuales y, en concreto, las que pretenden equiparar las uniones de hecho homosexuales al matrimonio.¹³⁷

1. Respeto y acogida de personas con tendencias homosexuales.

Tanto en la *Declaración Persona Humana* (1975) y la *Carta a los Obispos* (1986), ambos de la Congregación para la Doctrina de la Fe¹³⁸; como en el *Catecismo de la Iglesia Católica*¹³⁹, se efectúa la distinción entre la tendencia u orientación sexual del sujeto (quien, en principio, no le elige y de la cual, por lo tanto, no es responsable) y la actividad homosexual, que es objeto de un juicio moral negativo.¹⁴⁰

La postura de la Iglesia no descalifica la orientación homosexual, pero sí censura el comportamiento homosexual.¹⁴¹ Con ello, la iglesia católica ha abandonado calificativos peyorativos (como morbo, aberración sexual, perversión del instinto sexual, etc.) para referirse a la homosexualidad y, por el contrario, insiste reiteradamente en el respeto a toda persona homosexual.¹⁴² Este cambio de perspectiva tiene como consecuencia, también, que lejos de las preconcepciones anteriores de temor a la “diferencia” y al “contagio”, se exhorte

¹³⁷ Peña García, Carmen. *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y doctrina canónica*. Madrid: Departamento de publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2004, p. 45.

¹³⁸ Que es un órgano colegiado de la Santa Sede cuya función consiste en custodiar la correcta doctrina católica en la Iglesia.

¹³⁹ Se trata de la exposición de la fe, doctrina y moral de la Iglesia católica, a la luz de las Sagradas Escrituras, etc.

¹⁴⁰ Peña García, Carmen. *Op. Cit.*, p. 45.

¹⁴¹ Ídem., p. 46.

¹⁴² Peña García, Carmen. *Op. Cit.*, p. 46.

a los cristianos a acoger a las personas homosexuales con amor y respeto, dándoles apoyo en su vida de fe y posibilitando su inclusión en todos los estamentos de la Iglesia.¹⁴³

2. Valoración moral del comportamiento homosexual.

Respecto del comportamiento homosexual, la postura de la iglesia no admite interpretaciones: se les reputa negativamente y no reciben aprobación en ningún caso, porque son “intrínsecamente desordenados” o “contrarios a la ley natural”; porque cierran el acto sexual al don de la vida o no proceden de una “verdadera complementariedad afectiva y sexual”.¹⁴⁴

Por ello, la Iglesia propone e invita a los individuos con tendencias homosexuales a vivir la castidad, insistiendo en la afirmación de la libertad de la persona humana por sobre los instintos.¹⁴⁵

2. Valoración de las iniciativas legislativas tendientes a equiparar el estatus jurídico de los homosexuales y los heterosexuales.

La Iglesia no condena la inmensa mayoría de las iniciativas legislativas tendentes a normalizar la situación jurídica de los homosexuales. Por el contrario, de manera oficial y como estandarte, ha expresado su rechazo a cualquier discriminación injustificada en perjuicio de esa población.¹⁴⁶ El rechazo, sin embargo, se plantea respecto de aquellas iniciativas que, bajo la excusa de la discriminación (que, en términos eclesiásticos, no

¹⁴³ Ídem., p. 47.

¹⁴⁴ Ídem., p. 52.

¹⁴⁵ Ídem.

¹⁴⁶ Peña García, Carmen. *Op. Cit.*, p. 55.

constituyen una lucha en su contra), pretenden equiparar jurídicamente el matrimonio con otras realidades de distinta naturaleza, como las uniones de hecho, o bien pretenden obtener para las parejas homosexuales algunos derechos (como la adopción) en los cuales entran en juego otras consideraciones (por ejemplo la salvaguarda de los derechos del niño) y para los cuales sí aparece como relevante el comportamiento sexual de los sujetos:

En ese sentido, la Iglesia emite un juicio claramente negativo respecto a aquellas iniciativas tendentes a dar cobertura legal a las parejas homosexuales y a equipararlas al matrimonio, y ha manifestado repetidamente su preocupación por esta cuestión.¹⁴⁷

Sección Cuarta. Argumentos a favor y en contra del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

A. Argumentos a favor del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

1. En la dogmática del derecho de familia costarricense.

En opinión del jurista nacional Gerardo Trejos Salas, la prohibición del matrimonio homosexual no es sostenible y se funda en los siguientes argumentos para sostener su posición.

En primer lugar, la imposibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo es una convención social, sujeta a las vicisitudes del tiempo y del espacio social, de modo que no hay un fundamento objetivo que le sustente. Por el contrario, son los prejuicios arraigados en

¹⁴⁷ Ídem., p. 57.

una cultura intolerante los que le motivan, por lo que constituyen discriminación en perjuicio de un sector de la colectividad.¹⁴⁸

A lo anterior añade que las leyes que regulan las relaciones en una comunidad tienen una naturaleza dinámica, a propósito del cambio social, para promover la adaptación a nuevas formas de convivencia que los prejuicios de las mayorías objetan o condenan, en perjuicio del respeto, la dignidad y los derechos de sus conciudadanos.¹⁴⁹

El matrimonio entre personas homosexuales es un tabú que algunos sectores de la sociedad consideran inmodificables, con fundamento en argumentos religiosos, culturales, antropológicos, biológicos y demás. Sin embargo, jurídicamente, no tienen un grado de permanencia inmodificable.¹⁵⁰

No hay norma alguna, ni constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos, de la que se derive la concepción del matrimonio que le restringe a la unión entre un hombre y una mujer. Por el contrario, una conceptualización análoga deriva de una interpretación conservadora (o sea, ajena a los cambios sociales), que violenta los principios de igualdad y libertad, y en modo alguno explica por qué ha de regularse de modo diferente la unión estable de dos personas con fines de cooperación y mutuo auxilio, que es la finalidad de esta forma de asociación humana, simplemente por la vocación o preferencia sexual de sus integrantes.¹⁵¹

¹⁴⁸ Trejos, Gerardo. *Derecho de la Familia*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2010, pp- 139-140.

¹⁴⁹ Ídem., p. 140.

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ Ídem., pp. 140-141.

2. Contra crítica ética-racional (laica) a los argumentos morales tradicionales que rechazan las iniciativas para reivindicar los derechos de los homosexuales.

Si la filosofía moral (o ética, siendo conceptualmente meticulosos) es el intento de alcanzar un entendimiento sistemático de la naturaleza de la moral y de lo que exige de nosotros¹⁵², entonces conviene definir qué se entiende por moral. Para el autor norteamericano James Rachels, como mínimo, la moral es el esfuerzo de orientar nuestra conducta por razones (o sea, elegir hacer aquello para lo que hay mejores razones) a la vez que damos igual importancia a los intereses de cada persona que será afectada por lo que hagamos.¹⁵³

Esta definición comprende un deber o al menos la vinculación entre el obrar propio y sus alcances. Así, es responsable moralmente quien se preocupa de manera imparcial por los intereses de cada uno de quienes se verán afectados por lo que hacemos, en suma:

(...) alguien que distingue cuidadosamente los hechos y examina sus implicaciones; alguien que acepta principios de conducta sólo después de analizarlos con cuidado para estar seguro de que son firmes; alguien que está dispuesto a “escuchar la razón”, incluso cuando esto significa que tendrá que revisar sus convicciones previas, y, finalmente, alguien que está dispuesto a actuar siguiendo los resultados de su deliberación.¹⁵⁴

En virtud de ese contenido mínimo, siendo coherente con su definición, el autor referido lleva a cabo un análisis del problema que implica el reconocimiento de la

¹⁵² Rachels, James. *Introducción a la filosofía moral*. 1ª edición en español. Trad. de la 4ª edición en inglés por Gustavo Ortiz Millán. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 17.

¹⁵³ Ídem., p. 37.

¹⁵⁴ Ídem.

homosexualidad como forma de vida dentro de una sociedad, desde la singular perspectiva de la ética (o, como le llama él, la filosofía moral) en la medida de que ésta posibilita cuestionar racionalmente las justificaciones morales que aducen quienes rechazan el reconocimiento de los derechos de los homosexuales por su condición de tales.

De todo el entramado conceptual que supone la disputa por el reconocimiento de los derechos de los homosexuales, el hecho más importante que se debe extraer (afirma Rachels) es que los homosexuales únicamente están buscando el único tipo de vida que les ofrece una oportunidad de felicidad. De modo que una buena vida para gays y lesbianas (como lo es usualmente para todos los demás) puede significar unirse con alguien a quien se ama, con todo lo que ello implica. Pero en cambio, como las personas no eligen sus orientaciones sexuales, tanto si son homosexuales o no, deviene injusto cohibir a quienes sí son homosexuales de expresar su condición, en la medida de que ello le condenaría a una vida de infelicidad.¹⁵⁵

Aunque quienes rechazan las iniciativas por la reivindicación de los derechos de los homosexuales, aducen que representa un tipo de amenaza para el resto de la sociedad, lo cierto es que ello no puede demostrarse, porque esas afirmaciones no tienen fundamento fáctico alguno: aparte de la naturaleza de sus relaciones sexuales, no hay diferencia entre homosexuales en sus caracteres morales o en su contribución a la sociedad.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Rachels, James. *Op. Cit.*, p. 80.

¹⁵⁶ Ídem.

Rachels reduce los argumentos morales en contra de la homosexualidad y el reconocimiento de sus derechos a dos¹⁵⁷: **1)** la afirmación de que la homosexualidad es contra natura; **2)** la afirmación de que representa una amenaza contra los valores familiares.

De la primera afirmación, por ser la noción “contra natura” considerablemente vaga, identifica al menos tres posibles significados a los que encara uno a uno. Un primer significado entiende la noción de “contra natura” referida a variables estadísticas (entonces, diríase, debe entenderse que una cualidad humana no es natural si no la comparte la mayoría). Si bien en ese sentido la homosexualidad no sería natural, tampoco lo sería ser zurdo y, ciertamente, esta no es una razón válida para decir que es mala.¹⁵⁸

Un segundo sentido conecta el significado de “contra natura” con la idea del propósito de una cosa., en tanto las partes de nuestros cuerpos parecen servir a propósitos particulares. Al respecto razona:

El propósito de nuestros ojos es ver, y el propósito del corazón es bombear sangre. De manera similar, el propósito de nuestros genitales es la procreación: el sexo es para tener bebés. Podría argumentarse, entonces, que el sexo gay no es natural porque es una actividad sexual que está divorciada de su propósito natural. (...) Esto parece expresar lo que muchos tienen en mente cuando objetan la homosexualidad como no natural. Sin embargo, si el sexo gay fuera condenado por esta razón, muchas otras prácticas sexuales también tendrían que ser condenadas: la masturbación, el sexo oral y hasta el sexo que las mujeres practican después de la menopausia. Serían tan “contra

¹⁵⁷ Ídem., p. 81.

¹⁵⁸ Rachels, James. *Op. Cit.*, p. 81.

natura” (y supuestamente tan malas) como el sexo gay. Pero no hay razón para aceptar estas conclusiones porque toda esta línea de razonamiento es defectuosa. Se basa en el supuesto de que es incorrecto usar los miembros de nuestro cuerpo para algo distinto de sus propósitos naturales, y esto, con certeza, es falso. El “propósito” de los ojos es ver, ¿es incorrecto, por tanto, usarlos para coquetear o para hacer una señal? Asimismo, el “propósito” de los dedos puede ser agarrar u oprimir, ¿es incorrecto, por tanto, chasquear los dedos para llevar el ritmo de la música? Es fácil imaginar otros ejemplos. La idea de que es incorrecto usar las cosas para cualquier otro propósito que para los “naturales” no puede sostenerse razonablemente, y por tanto falla esta versión del argumento.¹⁵⁹

En un tercer sentido se asocia la expresión *contra natura* con algo siniestro, como algo contrario a lo que una persona debe ser. Sin embargo, si ello es lo que significa, entonces decir que algo es incorrecto porque no es natural sería vacío¹⁶⁰, similar a decir que una cosa es incorrecta porque es incorrecta.

Por todo lo dicho, y salvo que pueda encontrarse un mejor sentido para la locución “*contra natura*”, toda esta manera de pensar debe rechazarse. Empero, ¿qué puede decirse de la segunda afirmación, que asegura que la homosexualidad es contraria a los valores familiares (cualquiera que estos sean)? ¿Exactamente cómo se opone la homosexualidad a los valores familiares? ¿No es cierto que la campaña en favor de los derechos de los homosexuales incluye propuestas para facilitar la conformación de familias homo parentales,

¹⁵⁹ Rachels, James. *Op. Cit.*, pp. 81-82.

¹⁶⁰ Ídem, p. 82.

mediante el matrimonio y la adopción de niños? ¿No es paradójico que quienes proponen valores familiares quieran negárselos a ellos? ¹⁶¹

B. Argumentos en contra del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

1. Crítica que emana de la iglesia católica.

Como se vio en el apartado A.3. de la Sección Tercera de este capítulo, la Iglesia rechaza las iniciativas que pretendan proteger legalmente a las parejas homosexuales y equipararlas al matrimonio. Para motivar dicha posición, en general, las autoridades eclesiásticas han formulado los cuatro siguientes argumentos¹⁶²:

En primer lugar, si bien los homosexuales tienen los mismos derechos que todos los demás seres humanos y no puede practicarse discriminación alguna en su contra por esa circunstancia, también es cierto que su orientación sexual debe ser tenida en cuenta por el legislador, en cuestiones directamente relacionadas con ella, tales como el matrimonio o la familia. Ello no constituye discriminación o vulneración de derechos alguna, sino que se impone en función de la realidad antropológica matrimonial.¹⁶³

En segundo lugar, como los actos homosexuales son incapaces de generar vida nueva y, además, no se da en ellos una verdadera complementariedad (ni a nivel biológico-sexual, ni a nivel psicológico), entonces (aun cuando este comportamiento homosexual sea tolerado por las leyes cuando no suponga un ataque directo al bien común o a los derechos fundamentales de otros) no deberá en ningún caso ser legitimado ni promovido por la

¹⁶¹ Ídem, p. 83.

¹⁶² Peña García, Carmen. *Op. Cit.*, p. 58.

¹⁶³ Ídem.

legislación civil, pues ello afecta al bien común. En caso contrario, el legislador será responsable de los graves efectos negativos que pueda tener para la sociedad la legitimación de un mal moral, como lo es el comportamiento homosexual institucionalizado.¹⁶⁴

En tercer lugar, las uniones homosexuales y el matrimonio no pueden equipararse porque el amor que puede surgir entre dos personas del mismo sexo no puede nunca ser un verdadero amor conyugal, en la medida de que este es total (porque se dona mutuamente y de manera total el cuerpo y el alma) y conduce a la fecundidad (o es abierto a la vida).¹⁶⁵

En relación con el derecho de adopción, se daría un trato injusto al niño pues se le obligaría a vivir sin la figura del padre o de la madre, con la agravante presencia de dos padres o de dos madres. Ello supone un riesgo para el adecuado desarrollo psicológico de la personalidad del menor, carente de toda justificación.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Ídem.

¹⁶⁵ Peña García, Carmen. *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁶⁶ Ídem.

CAPÍTULO 3: LEGISLACIÓN COSTARRICENSE SOBRE EL MATRIMONIO Y DERECHO COMPARADO

Sección Primera. Antecedentes del matrimonio civil en Costa Rica.

La primera normativa que se aplicó en materia de Derecho Civil en nuestro territorio fue el Libro de las Leyes, emitido en el siglo XIII por el monarca medieval español Alfonso X El Sabio. La obra, comúnmente conocida con el nombre de las Siete Partidas, empezó a tener vigencia en nuestro suelo en particular (y en el reino de Las Indias en general) a partir del siglo XVI, por disposición del monarca Carlos I. Esta situación se mantuvo, incluso después del proceso de emancipación de la corona española en 1821, hasta que se modificó significativamente en 1841 bajo la segunda Jefatura de Estado de Braulio Carrillo Colina.¹⁶⁷

La necesidad de contar con un sistema jurídico moderno, así como la idea de simplificar el enmarañado conjunto normativo vigente, llevó al mandatario Carrillo Colina a elaborar nuestra primera legislación civil, para lo cual tomó como base el Código Civil promulgado en 1836 por el presidente peruano Gral. Andrés de Santa Cruz y Calahumana, destinado a regir en la recién creada Confederación Perú-Boliviana. El proyecto fue aprobado y entró en vigencia el 30 de julio de 1841, bajo el nombre de Código General del Estado de Costa Rica, consistiendo de una sección de Derecho Civil, una de Derecho Penal y otra de Derecho Procesal aplicable a las dos anteriores materias.¹⁶⁸

En su mayor parte, el primer libro de la parte civil del Código General del Estado de Costa Rica (de 30 de julio de 1841) estaba dedicado a materia de familia. Se regulaban allí

¹⁶⁷ Arias Castro, Tomás. "Historia de la Comisión Codificadora de 1882 y el Código Civil de 1888". *Revista de Ciencias Jurídicas*. N° 128 (Mayo-Agosto, 2012), pp. 25-26.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 26.

temas como el matrimonio, el divorcio, la paternidad, la filiación, la adopción, la patria potestad, la minoridad, la tutela, la emancipación, la mayoría y la curatela.¹⁶⁹ En este Código, el matrimonio tenía carácter de sacramento y se ajustaba a los cánones de la Iglesia Católica Romana, razón por la cual los Tribunales Eclesiásticos eran los únicos competentes para conocer del divorcio y este no era vincular, debido a que, con arreglo a estas leyes, una persona divorciada no podía contraer nuevas nupcias mientras su ex cónyuge estuviese con vida. Así, sin importar que hubiere divorcio, un cónyuge no podía volver a casarse, de modo que lo único que sucedía era la eliminación de todos los derechos, deberes y obligaciones referentes al matrimonio, pero en realidad no se producía una auténtica libertad de estado pues todavía se mantenía un vínculo entre los cónyuges aunque ya no estuviesen casados.¹⁷⁰

En el año de 1885 una Comisión Codificadora convocada al efecto, finalizó la tarea de elaborar un nuevo Código Civil (iniciativa ésta que se gestó desde 1858, por iniciativa de Juan Rafael Mora Porras, quien empezaba entonces su tercer mandato) y procedieron a presentar los resultados de sus diligencias al Presidente de la República, Bernardo Soto Alfaro, quien mediante Decreto XXX del 19 de abril de 1885 dispuso que el “Poder Ejecutivo, previo dictamen del ilustre Colegio de Abogados, emitirá, cuando lo juzgue oportuno, con el carácter de ley de la República, el Código Civil”.¹⁷¹

¹⁶⁹ Sáenz, Jorge. *Historia del derecho costarricense*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1997, p. 171. Citado por Maryl Levy, Avi. “Análisis comparativo entre el instituto del divorcio costarricense y el instituto del divorcio en las comunidades judías”. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002, p. 35.

¹⁷⁰ Brenes Córdoba, Alberto. *Historia del derecho costarricense*. 2ª Edición. San José, Costa Rica: Tipografía Gûtenberg, 1929, pp. 379-381. Citado por Maryl Levy, Avi. “Análisis comparativo entre el instituto del divorcio costarricense y el instituto del divorcio en las comunidades judías”. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002, p. 36.

¹⁷¹ Arias Castro, Tomás. “Historia de la Comisión Codificadora de 1882 y el Código Civil de 1888”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. N° 128 (Mayo-Agosto, 2012), p. 37.

Esta decisión no se fundaba en la mala calidad del Código (todo lo contrario), sino en que las innovaciones normativas que incluía colisionaban con algunos sectores religiosos y sociales de la realidad decimonónica costarricense, los cuales se encontraban todavía, permeados por preceptos y valoraciones anacrónicas y vetustas.¹⁷²

Ejemplo de estas medidas innovadoras, relacionadas con el tema de este trabajo, es la introducción del Matrimonio Civil, al cual se le dio una caracterización jurídico-contractual, opuesta al sentido espiritual-religioso que había tenido desde antaño. Producto de ello se establecieron una serie de obligaciones sinalagmáticas entre los cónyuges. Aunado a ello, el matrimonio oficiado por una autoridad religiosa católica seguiría siendo válido, pero se implementó la obligación de inscribirlo en una dependencia del Estado que llevaría el nombre de Registro Civil. Además, se implementó el Divorcio, con lo que se permitió la ruptura civil del vínculo matrimonial de los cónyuges, oponiéndose con ello al concepto de unión eterna e indisoluble, defendido por la doctrina religiosa. Como consecuencia de lo anterior, cualquier individuo divorciado podía volver a contraer nupcias civiles, debiéndose previamente inscribir dicha ruptura jurídica en el citado Registro Civil. Además, La posibilidad para la mujer de celebrar contratos, disponer libremente de sus bienes patrimoniales, ejercer la patria potestad respecto de sus hijos y en general actuar en cualquier proceso, sin injerencia de ninguna especie por parte de su marido o autoridad judicial.¹⁷³

Después de su entrada en vigencia, como es usual, el Código Civil empezó a experimentar una serie de modificaciones y reformas, producto de la emisión de algunas leyes especiales, así como por la transformación del panorama jurídico de nuestra patria.

¹⁷² Ibid. p. 37.

¹⁷³ Ibid., pp. 37-38.

Singularmente el tema de familia fue modificado con la derogatoria de los artículos 62 a 231 correspondientes al Libro I, Títulos IV, V, VI, VII, VIII y IX (Derecho de Familia), en virtud de la ley 5476 de 21 de diciembre de 1972 (Código de Familia).¹⁷⁴

Esta reforma empezó a gestarse desde el año 1966, cuando se propuso revisar la legislación que contenía el Código Civil en los asuntos de familia. Una comisión de diputados y especialistas, presidida por el Licenciado Carlos José Gutiérrez Gutiérrez, preparó un proyecto de Código especialmente destinado a regular la materia. El Código de Familia que derogó la normativa correspondiente al Código Civil entró en vigencia el 5 de agosto de 1974, durante la administración Oduber Quirós.¹⁷⁵

Los contenidos propios del Código de Familia de 1973 en relación con el matrimonio civil, las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (que son los actualmente vigentes) serán examinados en la siguiente sección.

Sección Segunda. Código de Familia y otras disposiciones normativas en la legislación nacional.

A. Disposiciones del Código de Familia referidas al matrimonio y a las uniones de hecho.

El Título I del Código de Familia regula lo relativo al matrimonio. Partiendo, como lo hace el legislador en artículo 11, de que el matrimonio es la base esencial de la familia, por objeto se le atribuye la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio. Consecuentemente, como establece con claridad el artículo 12, cualquier condición que sea contraria a los fines

¹⁷⁴ Arias Castro, Tomás. *Op. Cit.*, p. 40.

¹⁷⁵ Sáenz, Jorge. *Historia del derecho costarricense*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1997, p. 195. Citado por Maryl Levy, Avi. "Análisis comparativo entre el instituto del divorcio costarricense y el instituto del divorcio en las comunidades judías". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002, p. 38.

esenciales del matrimonio deviene en nula. Como derivación de lo anterior, cualquier unión marital que, aun cuando cumpla con las formalidades de la ley, no tenga por objeto cumplir los fines esenciales previstos en el Código, se entenderá como matrimonio simulado y la consecuencia de tal caracterización es, con arreglo al artículo 14 bis, la nulidad. Por su parte, el artículo 13 exige la concurrencia de una cualidad consustancial al matrimonio, cual es el consentimiento de los contrayentes, manifestado de modo legal y expreso.

El segundo capítulo del título del Código de Familia dedicado a regular la figura del matrimonio, se refiere a los impedimentos, revalidaciones y dispensa. El ordinal 14 define las condiciones y las relaciones que, de concurrir en una persona o de vincular a los contrayentes, tornan en legalmente imposible el matrimonio. Dada la temática del presente trabajo, sobre todo resulta de interés el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, al tenor del cual es imposible legalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo.

El matrimonio surte efectos desde su celebración y debe ser inscrito en el Registro Civil (artículo 33). Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia, por lo tanto deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir de manera conjunta; también están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente; además, deben vivir en un mismo hogar, salvo que motivos de conveniencia o de salud para alguno de ellos o de los hijos, justifique residencias distintas (artículo 33).

El sexto de los capítulos del Título I del Código de Familia desarrolla el régimen patrimonial de la familia. Allí se establece, por ejemplo, que al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias,

capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro (artículo 41), además del proceso mediante el cual puede repartirse cada mitad, supuesto de que se disuelva el vínculo matrimonial.

El título séptimo del Código de Familia regula la institución de la unión de hecho. El artículo 242 le define como aquella unión que, sin haber cumplido con los requerimientos formales del matrimonio, un hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio han tenido de manera pública, notoria, única y estable por más de tres años. Esta unión surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.

Para solicitar al Tribunal el reconocimiento de la unión de hecho, cualquiera de los convivientes o sus herederos tendrá legitimación. La acción caducará en dos años a partir de la ruptura de la convivencia o de la muerte del causante (artículo 243). Si la unión de hecho es reconocida efectivamente, retrotraerá sus efectos patrimoniales a la fecha en que se inició la unión (artículo 244). Después de reconocida, los convivientes pueden solicitarse pensión alimenticia y, en caso de que 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 los medios necesarios para subsistir (artículo 245).

B. Artículo 4 de la Ley General de la Persona Joven.

Recientemente, el artículo 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven (8261 del 2 de mayo de 2002), fue reformada por Ley 9155 de 3 de julio de 2013. El texto de dicha

disposición, con posterioridad a la mencionada reforma, quedó de la manera en que se transcribe:

Artículo 4 de la Ley General de la Persona Joven.- Derechos de las personas jóvenes:

(...)

m) El derecho al reconocimiento, sin discriminación contraria a la dignidad humana, de los efectos sociales y patrimoniales de las uniones de hecho que constituyan de forma pública, notoria, única y estable, con aptitud legal para contraer matrimonio por más de tres años. Para estos efectos, serán aplicables, en lo compatible, los artículos del 243 al 245 del Código de Familia, Ley n° 5476 de 21 de diciembre de 1973 y sus reformas.

C. Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI (Decreto n° 38999 de 17 de mayo de 2015).

Aplicada a las instituciones públicas, el Poder Ejecutivo ha desarrollado una política para erradicar la discriminación hacia la población LGBT, mediante el decreto n° 38999 del 12 de mayo de 2015.

Esta política encuentra fundamento en las premisas que integran el Considerando. A saber, que:

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos desarrolla en sus artículos 1°, 2° y 7° el Derecho a la Igualdad y a la no Discriminación.
2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica reconoce en su artículo 11° el Derecho a la Honra y la Dignidad y en el numeral 24° el Derecho a la Igualdad.

3. La Constitución Política establece en su artículo 50 que es deber del Estado procurar por el mayor bienestar de todas las personas habitantes de la República.
4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y Niñas contra Chile*, ha dicho que se: ".deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.";
5. En el desarrollo constitucional de los Derechos Humanos, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido en su sentencia 2010-1331 de las 16:31 horas del 10 de agosto del 2010, que: ".Frente a los grupos que son objeto de marginación y prejuicios sociales no basta la aplicación del principio de la igualdad real y prohibición de toda discriminación que, normalmente, operan ex post a la perpetración del acto discriminatorio. Por lo anterior, es preciso que los poderes públicos actúen el principio de apoyo a tales grupos con políticas públicas y medidas normativas efectivas. El principio de apoyo a los grupos discriminados previene y se anticipa a las discriminaciones, de modo que tiene un efecto ex ante, respecto de éstas. El principio de apoyo se logra cumplir cuando se dicta legislación y reglamentación que reconoce derechos de los grupos discriminados, aunque estos sean de configuración infra constitucional (.) Los poderes públicos tienen, por aplicación del principio y el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas, independientemente del grupo al que pertenezcan, la obligación de abstenerse de

implementar políticas o prácticas que producen una discriminación estructural o, incluso, de utilizar las instituciones que ofrece el ordenamiento jurídico con fines diferentes a los que se han propuesto.";

6. La Comunidad Internacional celebra el día 17 de mayo de cada año el Día Internacional en Contra de la Homofobia, Lesbofobia y la Transfobia;
7. Costa Rica, mediante Decreto Ejecutivo N° 34399-S del 12 de febrero del 2008, siguiendo la línea a favor de los Derechos Humanos esgrimida por la Comunidad Internacional, declaró el 17 de mayo de cada año como Día Nacional en Contra de la Homofobia, Lesbofobia y la Transfobia, estableciendo en su artículo 2° que: "Las instituciones públicas deberán difundir ampliamente los objetivos de esta conmemoración, así como facilitar, promover y apoyar las acciones orientadas a la erradicación de la homofobia, la lesbofobia y la transfobia";
8. La evolución en materia de Derechos Humanos ha llevado a las naciones y organizaciones internacionales a un proceso de deconstrucción de paradigmas que promueven la discriminación y desigualdad hacia las personas sexualmente diversas, ya que de esta manera se promueven acciones que se encuentran contrarias a la protección de la dignidad humana, eje transversal en todo proceso evolutivo en materia de la promoción de los Derechos Humanos;
9. El Gobierno de la República reconoce que dentro de Costa Rica y sus instituciones públicas aún existe discriminación hacia las personas sexualmente diversas, donde se mantienen prácticas contrarias a sus Derechos Humanos tanto de quienes laboran en el Estado, como de las personas usuarias de los servicios de las instituciones públicas;
10. Dada la realidad expuesta, en la cual se encuentra el país y el Sector Público, se considera prioritario la atención a las prácticas discriminatorias en contra de la

población LGBTI, por lo que en el marco del Día Nacional en Contra de la Homofobia, Lesbofobia y Transfobia y en concordancia con el desarrollo nacional e internacional en materia de los Derechos Humanos, se considera de máximo interés nacional y público dictar el presente Decreto Ejecutivo.

Partiendo de este marco valorativo, a lo largo de quince artículos el Decreto desarrolla las medidas que dan contenido a su política. La política abarca a la presidencia y a los ministerios de gobierno, y les declara instituciones que respetan y promueven los Derechos Humanos y, por ende, libres de discriminación hacia la población LGBTI (artículo 1).

Por virtud de este decreto, cada órgano del Poder Ejecutivo deberá desarrollar un *Plan Institucional en contra de la Discriminación hacia la Población LGBTI* (artículo 3), el cual debe atender, entre otros, objetivos como: **1)** desarrollar procesos de capacitación dirigidos a las personas servidoras del Poder Ejecutivo sobre los Derechos Humanos, particularmente, de la población LGBTI; **2)** Realizar las reformas necesarias para asegurar que la atención de las personas usuarias de los servicios que presten los diferentes órganos del Poder Ejecutivo se realice considerando las necesidades de la población LGBTI, sin que existan prácticas que generen discriminación; **3)** Velar para que en el desarrollo normativo y administrativo de las facultades que se le atribuyen a la Presidencia de la República y los Ministerios de Gobierno no existan disposiciones o acciones que sean discriminatorias hacia las personas sexualmente diversas, ni que las mismas generen discriminación alguna; **4)** Orientar a las instancias que les corresponde a los internos de cada órgano el desarrollo de los textos normativos, para que utilicen un lenguaje inclusivo en apego a los Derechos Humanos, así como que no se establezcan disposiciones contrarias a la dignidad humana de la población LGBTI.

Ahora bien, por su especial vinculación con el tema del presente trabajo, importa transcribir el artículo 5 del decreto comentado que establece:

Artículo 5º-Dentro del plazo de seis meses a partir de la entrada en vigencia de este Decreto, cada órgano del Poder Ejecutivo deberá reformar sus normativas internas, con el fin de promover el respeto por los Derechos Humanos, garantizar la igualdad y la no discriminación de las personas sexualmente diversas, funcionarias del Poder Ejecutivo. Estas reformas deberán incluir al menos:

- La definición de compañero/a o término similar, como aquella persona que convive en unión libre, en forma estable y bajo un mismo techo con otra del mismo sexo por un año o más.*
- El otorgamiento de licencias en caso de enfermedad grave o fallecimiento del compañero/a.*
- El establecimiento de un régimen sancionatorio frente a acciones discriminatorias por razones de diversidad sexual.*
- El reconocimiento de las identidades de género de acuerdo a lo que solicite la persona funcionaria o usuaria respectiva.*

Para el cumplimiento de lo establecido en el presente artículo, cada institución podrá solicitar a la persona funcionaria una declaración jurada a efectos de consignar la información necesaria para tales fines. La declaración jurada podrá realizarse a través las distintas maneras permitidas por el ordenamiento, ya sea protocolizada, por medio documento extra protocolar o mediante una manifestación escrita de la persona solicitante ante la autoridad de Recursos Humanos de la Institución, así como por cualquier otra vía que sea permitida por el ordenamiento jurídico.(Así adicionado el

párrafo anterior por el artículo 5° del decreto ejecutivo N° 40422 del 25 de mayo de 2017)

Toda la información que sea brindada en dicha declaración jurada, por contener datos sensibles, estará resguardada bajo el deber de confidencialidad señalado en el artículo 3° de la Ley Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales, Ley N° 8968. (Así adicionado el párrafo anterior por el artículo 5° del decreto ejecutivo N° 40422 del 25 de mayo de 2017)

La divulgación de estos datos sensibles podrá acarrear responsabilidad para aquellas personas funcionarias públicas que resguarden dicha información por la infracción a la Ley N° 8968, sea su tratamiento automatizado o manual. Igualmente, cuando corresponda, podrá darse traslado al Ministerio Público cuando puedan configurar delito. (Así adicionado el párrafo anterior por el artículo 5° del decreto ejecutivo N° 40422 del 25 de mayo de 2017)

Sección Tercera. Constitución Política.

Mediante la ley 9305 del veinticuatro de agosto de 2015 fue reformado el artículo 1 de la Constitución Política el cual, el día de hoy dicta que Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural.

Esta evolución implica el reconocimiento de la multiplicidad de etnias y culturas que integran la identidad costarricense. Se trata de reconocer a la población nativa y a la foránea pues, como se explica en el proyecto de ley de reforma constitucional del artículo 1 para establecer el carácter multiétnico y pluricultural de Costa Rica (expediente n° 17,150), la llegada de los españoles a nuestro país significó, como en toda América, un cambio sustancial

en cuanto a los patrones culturales, económicos y migratorios, entre otros muchos. Se convirtió nuestra tierra en el crisol de culturas que la pisaron: aragoneses y catalanes, castellanos y andaluces, extremeños, judíos sefardíes y africanos.

En la modernidad, nuestro país se convirtió en una nación multicultural y plurilingüe gracias a los flujos migratorios. Por ello, a los elementos ilustrados definitorios de la Patria (democrática, libre e independiente) deben añadirse el de multiétnica y pluricultural.

Si se tiene en cuenta, por ejemplo, el Pacto de Concordia (1821-1823) que en sus artículos 3 y 4 establecía la confesionalidad del Estado y el reconocimiento de una sola religión dentro del territorio nacional, en menos de doscientos años de vida el país ha dado saltos importantes en el reconocimiento de los derechos de sus ciudadanos, sin que, en muchos casos, haya tenido que derramarse sangre para ello: por obra de la evolución de sus instituciones, que revela la consolidación de una democracia madura, inclusiva y respetuosa de los derechos humanos, orientada a mayores grados de perfeccionamiento y modernización.

Por otra parte, el análisis de los principios y pautas constitucionales referidos al tema del matrimonio se debe efectuar, además, al tenor de lo que disponen los artículos 51 y 52 de la Carta Magna. Habida cuenta de que el contenido y alcance del sentido de las disposiciones constitucionales corresponde a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, será en el apartado respectivo, relativo a jurisprudencia, en que se ahondará la singular concepción que, sobre el tema del trabajo, han trasladado los jueces a sus sentencias. Por lo pronto, baste aquí con mencionar y transcribir el contenido de estas disposiciones.

El artículo 51 constitucional dicta que la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido. Por su parte, el artículo 52 afirma el matrimonio como la base esencial de la familia que descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.

Adicionalmente, la Constitución Política establece en su artículo 50 que es deber del Estado procurar por el mayor bienestar de todas las personas habitantes de la República y el artículo 33 que toda persona es igual ante la ley y no puede practicarse discriminación alguna en perjuicio de la dignidad humana.

Sección Cuarta. Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

A. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por ley 4229 de 11 de diciembre de 1968). En general, garantizan el derecho del ciudadano para participar en la vida civil y política del Estado que habita, en condiciones de igualdad y no discriminación.

El párrafo 1 del artículo 2 de este cuerpo normativo clasifica a la orientación sexual como categoría protegida cuando afirma que:

Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o

de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Según el segundo párrafo de esta norma los Estados Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

A la vez, el tercer párrafo especifica los compromisos a los que se obliga a garantizar cada Estado con la suscripción del Pacto. Entre otros, ellos son: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades del recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El artículo 3 exige la garantía de igualdad a hombres y mujeres, en el goce de todos los derechos civiles y políticos contenidos por el Pacto. El artículo 5 niega la posibilidad de que disposición alguna del Pacto sea interpretada en sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidas o a su limitación en una medida mayor que la prevista en el Pacto.

El artículo 23 afirma a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Además, reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si tiene edad para ello. Exige, por ser cualidad inherente a la institución del matrimonio, el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Por último, el artículo 26 recoge el principio de igualdad, por virtud del cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección ante esta. Por ello es que la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

B. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por ley 4229 de 11 de diciembre de 1968).

Al igual que en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, este instrumento clasifica a la orientación sexual como categoría protegida (artículo 2) y los Estados parte tiene el deber de asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos del Pacto (artículo 3). En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

C. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que todo ser humano nace libre e igual en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros (artículo 1).

Adicionalmente establece la homogeneidad de derechos y libertades para todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, de origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (artículo 2) y la igualdad ante la ley, sin posibilidad de discriminación es reconocida por artículo 7.

Por su parte, el artículo 16 eleva al rango de derecho humano el de casarse y fundar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión. Los únicos requisitos que impone es el cumplimiento de edad núbil y el libre y pleno consentimiento al momento de contraer el matrimonio. Por otra parte, define a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, la cual tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado

D. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (aprobada por ley 4534 de 23 de febrero de 1970) también reconoce a la orientación sexual como una categoría prohibida de discriminación, mediante los artículos 1 y 24.

El artículo 11 protege la honra y la dignidad. Al efecto establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o

en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; además, afirma que toda persona tiene que encontrar protección de la ley contra esas injerencias y ataques.

Tratándose de la familia, ella se protege en el artículo 17 de la Convención. En primer lugar, se le define como el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que debe ser protegida tanto por la sociedad como por el Estado. A la vez, se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación de la Convención (artículos 1 y 24).

Sección Quinta. Jurisprudencia.

Como se detallará más adelante, actualmente el Estado de Costa Rica se encuentra demandado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, a la vez, formuló solicitud de Opinión Consultiva a ese órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esta situación no es casual, se trata de la culminación de un proceso de discusión que ha iniciado en los despachos judiciales nacionales. Juzgados y tribunales de familia, así como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con sus fallos y resoluciones han conducido el íter procesal que finalizó en instancias jurisdiccionales internacionales de derechos humanos. Mediante el estudio de los contenidos de las resoluciones de estos órganos se reconstruye el cauce que ha trazado la lucha por los derechos de las personas homosexuales en nuestro país.

Párrafo aparte merece la sentencia 270-15 del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José, de las ocho horas del quince de abril del año dos mil quince. En ausencia de legislación que regule el controvertido tema de los efectos patrimoniales de las uniones

entre personas del mismo sexo, esta sentencia, singular y atípica, la reconoce por un caso específico, sometida al conocimiento del Juez.

Por último, se analiza el proceso de solicitud por parte de la República de Costa Rica de Opinión Consultiva OC-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo a partir de las Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a esa solicitud, que sugieren la línea en que la Corte podría abordar el tema; y la controversia surgida a propósito de las observaciones formuladas por el abogado costarricense Yashin Castrillo Fernández.

A. Votos relevantes emanados de órganos jurisdiccionales costarricenses.

La acción de inconstitucionalidad planteada en el año 2003 en contra del artículo 14 inciso 6) del Código de Familia de Costa Rica (que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo) y tramitada en expediente 03-8127-0007-CO, fue la primera acción de esa naturaleza en contra de la norma mencionada.¹⁷⁶

Esta acción fue rechazada por sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia número 7262-06, de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del año dos mil seis. Sin perjuicio de un mayor abundamiento en el sub apartado referido a dicha resolución, se puede adelantar que en votación dividida (5/2) la Sala rechazó la acción planteada, declarando que la prohibición legal para que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio, es conforme con la Constitución. Sea que, el legislador no

¹⁷⁶ Castrillo Fernández, Yashin. “Imposibilidad legal del matrimonio homosexual”. *La Nación*. Sección de Opinión. 19 de mayo de 2013.

violenta los principios de igualdad y no discriminación al dejar por fuera del matrimonio civil a las parejas homosexuales.¹⁷⁷

Posteriormente, en mayo del 2011, el Juzgado de Familia del III Circuito Judicial de San José, mediante resolución de las quince horas cuarenta minutos del treinta de mayo de dos mil once, planteó consulta judicial de constitucionalidad a efectos de que la Sala se pronunciara acerca de la conformidad del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia con los numerales 33 y 52 de la Constitución Política. Ello se efectuó en el contexto de solicitud de matrimonio tramitada en expediente 11-400547-637-FA, por causa de que, para la autoridad judicial experta en familia, la orientación sexual como causal de impedimento para contraer matrimonio, viola los principios de igualdad y no discriminación (artículo 33 de la Constitución Política). Sin embargo, mediante sentencia 9765-11 de las quince horas y trece minutos del veintisiete de julio de dos mil once, la Sala Constitucional ratificó lo que había establecido en voto 7262-06 y rechazó la consulta judicial, ordenando a la jueza consultante estarse a lo dispuesto en dicho voto.¹⁷⁸

En atención a la invitación comunicada por el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humano a los individuos de la sociedad civil para que presentaran sus observaciones a la solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Republica de Costa Rica el 18 de mayo de 2016¹⁷⁹, el abogado costarricense Yashin Castrillo Fernández presentó por escrito las suyas.¹⁸⁰ Allí explica que, en noviembre del año 2012, presentó ante la Comisión

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ Ello se verá con detalle en el apartado B de la Sección Quinta.

¹⁸⁰ El documento se encuentra disponible en la dirección electrónica http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/21_castrillo_fernandez.pdf.

Interamericana de Derechos Humanos demanda o “Petición”, como se le denomina técnicamente, contra el Estado de Costa Rica por violación a los derechos fundamentales de Igualdad y No Discriminación por Orientación Sexual, concretamente por el no reconocimiento a las parejas del mismo sexo de su unión de hecho y la prohibición de contraer matrimonio. De inmediato, la Comisión Interamericana dio trámite para su estudio a dicha demanda, bajo el expediente 2090-12. Mediante escrito identificado como Oficio DJO-402-13 de 4 de octubre de 2013, el Estado de Costa Rica contestó la demanda trasladada en forma negativa, oponiéndose al reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo.¹⁸¹

El día 29 de enero de 2014, la Sala Constitucional dio curso a la acción de inconstitucionalidad 13032-2013 que formuló el abogado Castrillo Fernández en contra de los artículos 242 del Código de Familia y 4 de la Reforma a la Ley de la Persona Joven, por discriminar a partir de la orientación sexual a las parejas del mismo sexo que conviven en unión de hecho negando el reconocimiento legal que sí otorga a las parejas heterosexuales que conviven en unión de hecho, siendo este el mismo derecho objeto de la consulta formulada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Costa Rica mediante solicitud de Opinión Consultiva de 18 de mayo de 2016.¹⁸²

En la actualidad, esta acción se encuentra pendiente de resolución por parte de la Sala Constitucional y, únicamente, se dispone de Informe de la Procuraduría General de la República de 21 de febrero de 2014.

¹⁸¹ Castrillo Fernández, Yashin. *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*, p. 1.

¹⁸² *Ibíd.*, p. 2.

1. Sentencia 7262-06 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del año dos mil seis.

A las quince horas con treinta y cinco minutos del veintinueve de julio de dos mil tres, la Secretaría de la Sala Constitucional recibió escrito en el que, por primera vez¹⁸³, se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia. El motivo era que dicha norma establece que es legalmente imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo y para el accionante se otorga un trato discriminatorio a las parejas de un mismo sexo que quieren formalizar legalmente su relación a través del matrimonio. En esa oportunidad también se cuestionó el artículo 176 del Código Penal, en tanto prohíbe y sanciona hasta con la pérdida de la libertad a las personas que siendo del mismo sexo contraen matrimonio. Respecto de ambas normas, el actor estima que resultan contrarias al principio de igualdad, así como al principio de libertad, previstos en los artículos 28 y 33 de la Constitución Política.

Mediante voto 2003-09237 de las once horas con trece minutos del veintinueve de agosto de dos mil tres se rechazó de plano la acción de inconstitucionalidad dirigida a impugnar el artículo 176 del Código Penal y se ordenó que, en lo demás, se continuara con los procedimientos. La impugnación del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia, fue resuelta por sentencia 7262-06 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del año dos mil seis, la cual se analiza en este apartado.

¹⁸³ Castrillo Fernández, Yashin. “Imposibilidad legal del matrimonio homosexual”. *La Nación*. Sección de Opinión. 19 de mayo de 2013.

El accionante acude a la vía constitucional para impugnar el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, legitimado por la existencia de un asunto previo pendiente de resolución que son las diligencias de matrimonio civil que se tramitaban ante el Juzgado de Familia de Alajuela el cual, mediante resolución de las ocho horas del veintidós de julio de dos mil tres, denegó la solicitud de celebración de matrimonio civil entre personas del mismo sexo, con fundamento en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia.

El accionante solicitó a la Sala declarar la inconstitucionalidad del artículo de marras¹⁸⁴, en cuanto establece que es legalmente imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo. Dicha disposición resulta contraria al principio de igualdad, así como al principio de libertad contenido por el artículo 28 de la Constitución Política.

Considerando que el objeto de la acción por resolver constituye un tema que ha generado especial interés, expectativa y controversia, los jueces de la Sala advierten que ella es un tribunal de la República, especialmente llamado a garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.. Empero, como el asunto tiene repercusiones no solo en el ámbito jurídico, sino también, en el religioso, político y social de nuestro país y en su condición de jueces, los integrantes de la Sala no pueden obviar la realidad social como un elemento a considerar en la toma de decisiones respecto de los asuntos sometidos a nuestro

¹⁸⁴ **Artículo 14 del Código de Familia.**- Es legalmente imposible el matrimonio: (...) 6. Entre personas del mismo sexo.(El presente artículo ha sido reformado mediante Ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976)

conocimiento, el tema en cuestión se analiza a la luz de dicha realidad, del texto constitucional y la voluntad del constituyente de 1949.

Dentro de la argumentación de la sentencia, el Considerando V se dedica a la conceptualización del matrimonio. Al respecto, los jueces del tribunal constitucional aseguran que toda la estructura del derecho de familia institucionaliza el reconocimiento de las dos relaciones biológicas básicas que dan origen a la familia: la unión intersexual, que es la dada entre el hombre y la mujer, y donde -en principio- la pareja se realiza como tal, - individual y conjuntamente-; y la procreación, que es coyuntural, y resultado de la primera, aunque no su principal. De este modo, el matrimonio trasciende como una institución social e incorpora también componentes éticos y culturales que denotan el modo en que la sociedad, en un tiempo o época dada, considera legítimo el vínculo. A su vez, el derecho, como organizador de las relaciones sociales, ha dispuesto todo lo relativo al matrimonio en normas institucionales, que definen los roles que la sociedad reconoce, estableciendo las condiciones en que la unión intersexual debe ser legítima, y protegida como tal. La unión entre el hombre y la mujer llamada matrimonio se logra en virtud de un acto jurídico, en el cual deben coexistir las condiciones exigidas a las personas contrayentes, al consentimiento y demás solemnidades que establece la ley para garantizar la regularidad del acto, según las disposiciones legales. La relación jurídica también desarrolla todo lo concerniente al vínculo creado por el acto jurídico matrimonial, que se traduce en deberes y derechos interdependientes y recíprocos o solidarios entre los cónyuges, los cuales se imponen en atención al interés familiar u orden público. Mientras el acto matrimonial es fruto de la libertad de los contrayentes, el estado matrimonial se sujeta a la imperatividad de la ley y

como atribución subjetiva de las relaciones familiares, participa de los caracteres comunes del estado de familia.

El Considerando VI tiene el propósito de referirse al principal alegato del accionante, cual es que el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia lesiona el principio de libertad previsto en el artículo 28 de la Constitución Política, y le da un trato discriminatorio a las personas del mismo sexo que mantienen una relación sentimental, en relación con el otorgado al resto de la población, al cual, siendo de sexo diferente, sí les permite unirse en matrimonio. A efectos de determinar si se produce la discriminación alegada por el accionante, se lleva a cabo un análisis del principio que se argumenta como violado.

En primer lugar, se debe determinar si las personas se encuentran en la misma situación ya que no hay mayor injusticia que tratar en forma igual a desiguales. Desde esta perspectiva, debemos partir del supuesto que estamos frente a situaciones similares, ya que, de no ser así, se da una inaplicabilidad del principio de igualdad. En segundo lugar, asumiendo que se establece la igualdad de condiciones, se debe determinar si esta diferenciación de trato está fundada en fines constitucionalmente legítimos. Así, debe tenerse presente que no toda diferenciación de trato produce la violación al principio de igualdad.¹⁸⁵

¹⁸⁵ En refuerzo de esta aseveración, los jueces invocan la sentencia de ese mismo despacho número 1993-00316 de las nueve horas treinta y nueve minutos del 22 de enero de 1993 que, sobre el punto, dispone: "El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que pueda existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho la Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que deba existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, como tratamiento diverso.

De conformidad con lo señalado, se debe determinar si la diferenciación de trato está fundada en fines legítimos constitucionalmente, si es objetiva, es decir, si está sustentada en un supuesto de hecho diferente, si está basada en diferencias relevantes, si existe proporcionalidad entre el fin constitucional y el trato diferenciado que se ha hecho, y el motivo y el contenido del acto, y si ese trato es idóneo para alcanzar el fin que se persigue.

En el caso concreto (cuyo análisis se lleva a cabo en Considerando VII), adoptando como parámetro las consideraciones puntualizadas en el apartado VI, la Sala concluye 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. En segundo lugar, la norma legal persigue un fin constitucionalmente legítimo: proteger el tipo de matrimonio aceptado por el 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. Desde esta perspectiva, la imposibilidad contenida en la norma impugnada es un desarrollo jurídico de las discusiones dadas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 y de criterios que tienen un arraigo socio-histórico indudable. Así las cosas, en el caso concreto, el tribunal no podría declarar la inconstitucionalidad de la norma sin modificar la estructuración normativa de la concepción que sobre el matrimonio adoptó el constituyente originario.

Por ello es que, siendo que la norma legal persigue un fin constitucional legítimo, la distinción que hace entre un tipo de parejas y aquellas que quedan excluidas, resulta razonable y objetiva a la luz de lo señalado. No estima la Sala que se trate de una norma

Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva"

arbitraria e irracional, sino una consecuencia lógica y necesaria de un tipo de matrimonio consagrado en el Derecho de la Constitución. En virtud de ello, pretender que en ese contexto la norma cuestionada se declare inconstitucional, resultaría contrario a lo dispuesto por el constituyente originario.

Aún cuando el 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. Ello ha sido reconocido así no solo por el constituyente originario, según se explicó anteriormente, sino también por la normativa infraconstitucional, y diversos instrumentos del derecho internacional.¹⁸⁶

Adicionalmente, el accionante reclamó que la normativa impugnada infringe su libertad personal, consagrada en el numeral 28 de la Carta Política. Si bien la Sala ha señalado que los derechos y libertades fundamentales pueden ser objeto de restricciones, la imposibilidad legal contenida en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, de ningún

¹⁸⁶ Al respecto apuntan los jueces: "La Convención Americana sobre Derechos Humanos, "también denominado Pacto de San José de Costa Rica", aprobada por Ley N.º 4534 de 23 de febrero de 1970, adopta un concepto heterosexual del matrimonio. En efecto, en el artículo 17, se indica que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por ella y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, entre sí, y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que no afecten el principio de no discriminación establecido en la Convención. Esta interpretación resulta razonable, al observar que el resto de la normativa de esta Convención, cuando hace alusión en términos generales indistintamente del sexo, se refiere a toda "persona" (al efecto ver los artículos 2, 3, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 20, 21, 22, 24, 25, entre otros). De manera que si el artículo 17 hace referencia a los términos hombre y mujer en forma expresa, y los demás utilizan el término "persona", es porque entiende que la institución del matrimonio es entre un hombre y una mujer entre ambos, y no entre dos personas del mismo sexo como pretende hacerlo ver el accionante. Además, se le impone el deber a los Estados parte de adoptar las medidas apropiadas para asegurar el derecho y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de su disolución. En este último supuesto, debe adoptar disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y convivencia de ellos."

modo es una restricción al principio de libertad constitucional, 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.

El matrimonio reconocido como derecho fundamental, tanto en la Declaración como en el Pacto de derechos políticos, económicos y sociales, fue únicamente concebido para la relación intrínseca entre hombre y mujer, pues así lo señalan expresamente dichos instrumentos de derecho internacional, por lo que no puede reclamarse como un derecho en la forma en que pretende ejercerlo el accionante. Así las cosas, la imposibilidad contenida en el artículo impugnado simplemente es consecuencia de lo dispuesto en los instrumentos internacionales que, incluso, el mismo accionante señala como fundamento para la presente acción de inconstitucionalidad.

De acuerdo con el análisis realizado, la Sala concluye que la imposibilidad legal para que personas del mismo sexo contraigan matrimonio, contenida en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, no lesiona el principio de libertad previsto en el artículo 28, ni el contenido del numeral 33, ambos de la Carta Política, toda vez que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las homosexuales. De manera que, ante situaciones distintas, no corresponde otorgar igualdad de trato. En consecuencia, tampoco procede aplicar la normativa desarrollada para el matrimonio en los términos actualmente concebidos en nuestro ordenamiento constitucional. Asimismo, no se produce roce constitucional por no existir impedimento legal para la convivencia entre homosexuales, y la prohibición contenida en la normativa impugnada se refiere específicamente a la institución denominada matrimonio, que el constituyente originario reservó para las parejas heterosexuales.

La 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 impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario. Estamos, entonces, en presencia de un escenario de lege ferenda, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado.

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.

2. Sentencia 9765-11 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las quince horas y trece minutos del veintisiete de julio de dos mil once

Recientemente, mediante resolución de las quince horas cuarenta minutos del treinta de mayo de dos mil once, la Jueza de Familia de Desamparados formula consulta judicial de constitucionalidad a efectos de que la Sala se pronuncie acerca de la conformidad del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia con los numerales 33 y 52 de la Constitución Política.

Las dudas sobre la constitucionalidad de la norma que debe aplicar, surgen en la mente de la juzgadora a propósito de una solicitud de matrimonio planteada por dos varones mayores de edad que desean contraer matrimonio entre sí. Entre otros, los motivos de la

misma, a rasgos generales, son los siguientes: **1)** El contexto jurídico en el que se debe resolver el caso es distinto al que existía cuando la Sala se pronunció sobre el tema¹⁸⁷; **2)** En general, la juez consultante considera que la normativa consultada no se ajusta al Derecho de la Constitución, porque lesiona Derechos Humanos; **3)** Que el análisis debe ser jurídico y no religioso, porque los afectados quieren unirse en matrimonio civil y no religioso, dado que los criterios religiosos son impropios para efectuar un análisis sobre el tema; **4)** Que por ser la familia una institución mutable, en constante transformación, el grupo humano que forma una pareja del mismo sexo ni puede ni debe ser desconocido como familia; **5)** Aun cuando forman parte de la realidad y de la diversidad social, las relaciones estables de pareja entre personas del mismo sexo están excluidas del ordenamiento jurídico costarricense; **6)** La sanción a la que están expuestas las personas homosexuales por obra de la exclusión genera discriminación por resultado y la sanción en sí misma –la exclusión–, es discriminación directa; **7)** En contra de quienes aseguran que la legislación existente es suficiente para brindar protección en el campo patrimonial¹⁸⁸, considera que nuestro país carece de protección jurídica para las personas del mismo sexo que conviven como pareja y que esa

¹⁸⁷ Al respecto menciona la existencia de la Declaración 2435 de la Organización de Estados Americanos contra todas las formas de discriminación hacia la homosexualidad; que vía Decreto Ejecutivo, Costa Rica estableció el 17 de mayo como día nacional contra la discriminación hacia lo homosexualidad; la existencia del artículo 6 inciso 2) a 14) de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes (2007) –que contempla el derecho a la autodeterminación personal y diversidad y autonomía sexual y que reconoce a toda persona el derecho a ejercer su libertad y orientación sexual sin discriminación, además del derecho a la elección de los vínculos personales, que se extiende al reconocimiento del derecho individual a la asociación sentimental con la persona elegida, incluyendo el derecho a contraer matrimonio, sin que exista obstáculo alguno al libre y pleno consentimiento para dicho acto–; agrega que la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (Ley n° 8612 del 2007) señala en artículo 5 el principio de no discriminación por orientación sexual, pero además, en virtud del artículo 8, el Estado costarricense ha adquirido el compromiso de adecuar la legislación al contenido de la Convención dicha; a ello suma que, en el 2009, el Comité de Derechos Económicos, Sociales estableció la orientación sexual como motivo implícito de discriminación.

¹⁸⁸ Menciona a la Conferencia Episcopal de Costa Rica.

escasa protección jurídica es una limosna social, no accesible a personas con pocos recursos económicos.

La Sala evacuó la consulta formulada, por considerarla suficientemente contestada por jurisprudencia o precedentes de ese despacho. Al respecto, identifica como antecedente jurisprudencial aplicable la sentencia de la Sala Constitucional 7262-2006 de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo de dos mil seis y la transcribe parcialmente.

En el caso que resolvió el fallo 7262-2006 se alegaba violación al artículo 33 constitucional, siendo el alegato principal que el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia lesiona el principio de libertad previsto por el numeral 28 de la Constitución Política, toda vez que trata de manera discriminatoria a quienes, siendo del mismo sexo, mantienen una relación sentimental, respecto de aquellas personas que, siendo de distinto género, sí pueden unirse en matrimonio. A efectos de determinar si concurría la discriminación alegada, la Sala efectuó un análisis del principio cuya vulneración se solicitaba reconocer. El esquema general para ello, consistía (en primer lugar) en determinar si las personas se encuentran en la misma situación pues, de lo contrario, no se puede afirmar el quebranto del principio; luego (en segundo lugar), una vez establecida la igualdad de condiciones, es indispensable determinar si esa diferenciación de trato está fundada en fines constitucionalmente legítimos.

En el voto transcrito por sentencia 9765-11, acerca del primero de los aspectos analizados (que el principio de igualdad supone que las personas se encuentran en idéntica situación y que supone una injusticia dar un tratamiento desigual a quienes son iguales), la Sala afirmó que, si no se parte del supuesto de que se está frente a situaciones similares, el

principio de igualdad deviene en inaplicable. En cuanto al segundo aspecto (establecida la igualdad de condiciones, determinar si la diferencia de trato está fundada en fines constitucionalmente legítimos), estima aplicable lo dispuesto previamente en sentencia 316-1993 de las nueve horas treinta y nueve minutos del 22 de enero de 1993, en la cual se determina que no toda desigualdad constituye per se una discriminación. La igualdad sólo es violada cuando el tratamiento desigual está desprovisto de una justificación objetiva y razonable. La justificación del acto desigual debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal suerte que debe existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Según lo dicho, anteriormente, quien quiera demostrar que no se vulnera el principio de igualdad debe determinar que la diferenciación de trato está fundada en fines legítimos constitucionalmente; que es objetiva, es decir, sustentada en un supuesto de hecho diferente o en diferencias relevantes; que existe proporcionalidad entre el fin constitucional y el trato diferenciado que se ha hecho, y el motivo y el contenido del acto; que ese trato es idóneo para alcanzar el fin que se persigue.

En el caso concreto resuelto por fallo 7262-2006, el órgano de control constitucional afirmó que no se quebranta el principio de igualdad porque la realidad demuestra que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las parejas homosexuales y, consecuentemente, el legislador se encuentra legitimado para dar, en estos casos, un trato diferenciador. En segundo lugar, la norma legal persigue un fin constitucional legítimo: proteger el tipo de matrimonio aceptado por el 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. Si se declarase

inconstitucional la norma impugnada, se modificaría toda la estructuración normativa de la concepción que sobre el matrimonio adoptó el constituyente originario. Para la Sala no existe la menor duda de que el constituyente originario optó por un matrimonio heterosexual monogámico, de allí que sea consecuencia lógica y necesaria del tipo de matrimonio consagrado en el Derecho de la Constitución la distinción entre el tipo de parejas que cubre la normativa de aquellas que quedan excluidas.

En la sentencia 7262-2006 (transcrita por la número 9765-11), la Sala estimó que el problema no radica en la norma impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada para regular los efectos personales y patrimoniales de la uniones entre personas del mismo sexo, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque por imperativo de la justicia y de la seguridad jurídica una medida como esa es necesaria.

Finalmente, en voto número 9765-11, la Sala Constitucional concluyó que no existían razones que justificasen reconsiderar el criterio vertido en el fallo referido y transcrito (7262-2006), puesto que, según lo allí señalado, corresponde al Poder Legislativo regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de las uniones entre personas del mismo sexo. Ello, en opinión de la Sala, requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales. Por ello, recomiendan a la jueza consultante estarse a lo dispuesto en la sentencia 7262-2006 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo de dos mil seis.

3. Acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 242 del Código de Familia y 4 de la Reforma a la Ley de la Persona Joven (Expediente 13032-2013).

El día 29 de enero de 2014, la Sala Constitucional dio curso a la acción de inconstitucionalidad 13032-2013 que formuló el abogado Castrillo Fernández en contra de los artículos 242 del Código de Familia¹⁸⁹ y 4 de la Reforma a la Ley de la Persona Joven¹⁹⁰, por discriminar a partir de la orientación sexual a las parejas del mismo sexo que conviven en unión de hecho negando el reconocimiento legal que sí otorga a las parejas heterosexuales que conviven en unión de hecho, siendo este el mismo derecho objeto de la consulta formulada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Costa Rica mediante solicitud de Opinión Consultiva de 18 de mayo de 2016.¹⁹¹

Siendo que en la actualidad esta acción se encuentra pendiente de resolución por parte de la Sala Constitucional y como únicamente se dispone del Informe de la Procuraduría General de la República de 21 de febrero de 2014, se expondrán acá los contenidos generales de la acción (reconstruidos a partir del Informe de la Procuradora), aunque en estricto lenguaje técnico, no quepa dentro de la denominación que intitula este sub apartado.

La acción formulada por Castrillo tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 242 del Código de Familia (Ley 5476 del 21 de

¹⁸⁹ **Artículo 242 del Código de Familia.**- 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. (Así adicionado por el artículo 1° de la ley No. 7532 del 8 de agosto de 1995) (Así corrida su numeración por el artículo 2 de la ley No. 7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó del antiguo artículo 229 al 242).

¹⁹⁰ **Artículo 4 de la Ley General de la Persona Joven.**- Derechos de las personas jóvenes: (...) m) El derecho al reconocimiento, sin discriminación contraria a la dignidad humana, de los efectos sociales y patrimoniales de las uniones de hecho que constituyan de forma pública, notoria, única y estable, con aptitud legal para contraer matrimonio por más de tres años. Para estos efectos, serán aplicables, en lo compatible, los artículos del 243 al 245 del Código de Familia, Ley n° 5476 de 21 de diciembre de 1973 y sus reformas.

¹⁹¹ Castrillo Fernández, Yashin. *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*, p. 2.

diciembre de 1973) y el artículo 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven (8261 del 2 de mayo de 2002), de acuerdo con la redacción dada por la reforma hecha a través de la Ley 9155 del 3 de julio de 2013, por estimarlos contrarios a los artículos 7, 28, 33, 41 y 51 de la Constitución Política; 1.1, 8.1, 11, 17, 24 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (aprobada por ley 4534 de 23 de febrero de 1970) y 1, 5, 14, 23 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por Ley 4229 del 11 de diciembre de 1968), en tanto los artículos impugnados discriminan, en forma explícita e implícita respectivamente, a las parejas del mismo sexo por su orientación sexual.

Para respaldar su impugnación, el accionante argumenta que en el caso *Karen Atala Riffo vs. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos claramente estableció que la orientación sexual es una categoría prohibida de discriminación, de acuerdo con los artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte, dado que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en función de su calidad de intérprete supremo de la Convención, son vinculantes para los Estados miembro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y pasan a formar parte del bloque de legalidad de éstos. Además, señala que nuestras autoridades judiciales están en la obligación ineludible de respetar la sentencia internacional citada, la cual en párrafo 91 puntualiza que expresamente se prohíbe toda norma, acto o práctica que menoscabe, restrinja o niegue derechos a una persona o grupo de ellas, basada en su orientación sexual.

Castrillo asegura que, de conformidad con los artículos 1 y 24 de la Convención el 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos impugnados violentan el derecho a la igualdad y a la no discriminación por orientación sexual. Aun entre personas

del mismo sexo, la unión de hecho merece el reconocimiento legal en las mismas condiciones en las que se reconoce para personas heterosexuales. La denegatoria de este derecho implica una diferencia de trato arbitraria por estar desprovista de justificación objetiva y razonable, y sólo se basa en la orientación sexual.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Por eso, es incompatible con aquella toda situación que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio, o que por considerarlo inferior, se le trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos, que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La normativa impugnada excluye del reconocimiento legal de la unión de hecho a parejas del mismo sexo, pues restringe ese reconocimiento a "la unión de hecho entre un hombre y una mujer, que posean aptitud legal para contraer matrimonio", por su parte el artículo 4 inciso m) no menciona expresamente la frase "entre un hombre y una mujer", presente en el artículo 242 del Código de Familia, pero la protección legal de la unión de hecho allí tutelada es para personas cuyas edades oscilen entre los 18 y 35 años, y además "que posean aptitud legal para contraer matrimonio", lo que se interpreta por los Juzgadores como la posibilidad legal que tiene la mujer de casarse con el hombre y viceversa, lo que excluye del reconocimiento legal de la unión de hecho a las parejas del mismo sexo, lo cual -en su criterio- es discriminatorio e incompatible con la Constitución Política.

Además, la negación en cuanto al reconocimiento legal de la convivencia de hecho de las personas homosexuales (artículos 242 del Código de Familia y 4 inciso m de la Ley de la Persona Joven), constituye interferencia arbitraria y abusiva por parte del Estado en la vida

privada de las personas, así como en su autonomía para tomar decisiones sobre el plan de vida personal de acuerdo con su orientación sexual.

Las normas impugnadas no contienen prohibición expresa alguna que obligue a los jueces de familia a negar el reconocimiento legal a las parejas homosexuales que conviven en unión de hecho, como sí ocurre en el caso del matrimonio (inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia), de allí que se presente un vacío legal que deba ser suplido analógicamente por los Tribunales, de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, así como por mandato constitucional.

De ello deriva que si bien los jueces y tribunales internos están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, también deben velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, por lo cual el Poder Judicial debe ejercer una especie de control entre las normas internas aplicables a los casos concretos, la Convención, los tratados y la interpretación efectuada por la Corte Interamericana.

Por todo lo anterior, el abogado Castrillo Fernández solicita que los artículos cuestionados sean declarados inconstitucionales y propone que la frase "entre un hombre y una mujer" deba leerse "entre dos personas" y que la frase "aptitud legal para contraer matrimonio" no tenga ninguna relación con la orientación sexual de los integrantes de la pareja, y se interprete en el sentido de que debe tratarse de personas mayores de edad, que tengan libertad de estado, que no tengan lazos de parentesco entre sí, por consanguinidad o afinidad y se encuentren en pleno uso de sus capacidades mentales, debiendo reconocerse

legalmente la convivencia de hecho de dos hombres o dos mujeres que reúnen condiciones de estabilidad, notoriedad y singularidad.

La Procuradora General de la República contestó a la audiencia conferida por la Sala Constitucional. Al respecto señala que, para el accionante, se restringe el ámbito de protección legal de la convivencia de hecho a la formada “entre un hombre y una mujer” (lo que considera una discriminación explícita) que posean “aptitud legal para contraer matrimonio” (lo que considera una discriminación implícita). De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la orientación sexual de la persona constituye un criterio prohibido de discriminación y una categoría sospechosa contenida por la frase “otra condición social” que contemplan los artículos 1.1 y 24 de la Convención, así como el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Según afirma la Procuradora, el recurrente asegura que es la primera vez que se invoca la inconstitucionalidad del artículo 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven en una acción y que la citada sentencia de la Corte Interamericana *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* constituye un “hecho nuevo”, todo lo cual justifica un nuevo estudio por parte del Tribunal Constitucional del tema. En contra de esta pretensión, la procuradora estima que, aunque no se conozca un pronunciamiento de fondo en cuanto a la validez constitucional del artículo 4 inciso m) de la Ley de la Persona Joven, por referirse el reparo a la frase “con aptitud legal para contraer matrimonio”, puede ser reconducido al análisis efectuado por la Sala Constitucional en voto n° 2006-7262 de las 14:46 horas del 23 de mayo del 2006, porque, en la medida en que dicha expresión sea interpretada desde la óptica del matrimonio convencional o heterosexual (como parece entenderlo el recurrente) no habría

inconstitucionalidad alguna al responder a “la concepción que sobre el matrimonio adoptó el constituyente originario”.

4. Sentencia 270-15 del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José, de las ocho horas del quince de abril del año dos mil quince.

Mediante sentencia n° 270-15 del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José de las ocho horas del quince de abril del año dos mil quince, el juez Carlos Manuel Sánchez Miranda resolvió proceso de reconocimiento de unión de hecho tramitado en expediente 13-001709-0165-FA.

En este proceso, el actor –masculino de apellido Castro— pidió el reconocimiento legal de la relación de pareja que, al momento de la interposición del proceso, mantenía con su pareja –masculino de apellido Zamora— en forma pública, notoria, estable y singular desde hacía más de tres años. Alega fundamento en la aplicación del inciso m) del artículo 4 de la Ley General de la Persona Joven, en concordancia con el artículo 242 del Código de Familia. Además, invoca los artículos 1, 2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 5 de la Convención Iberoamericana de derechos de los jóvenes; el artículo 48 de la Ley General sobre VIH-SIDA; los artículos 7 y 12 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos; el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y los artículos 7 y 33 de la Constitución Política.

Según los hechos que tuvo por acreditados el juez, el señor Castro nació en 1977 y su pareja, de apellido Zamora, nació en 1979. Ninguno de ellos registra matrimonio alguno. Además, al momento de la interposición de la demanda, las partes convivían juntas desde hace diez años, “comparten bajo un mismo techo”, “vacacionan juntos”, “son conocidos socialmente como pareja”, “nunca se han separado” y “asisten a días festivos juntos de cada

una de sus familias”. Así las cosas, en suma, se tiene que las partes son solteras, personas adultas y que concurren los elementos de la unión de hecho de pública, notoria y estable, por más de tres años.

En virtud de este marco fáctico, según el análisis del juez, conforme con nuestro derecho positivo, las uniones de hecho deben revestir ciertas características básicas, para poder ser tuteladas por el ordenamiento jurídico, las cuales son: *estabilidad* –quiere decir que las relaciones casuales, no serán amparadas—, *publicidad* –no deben ser relaciones ocultas—, la *cohabitación* –deben convivir bajo un mismo techo, lo que les permite auxiliarse mutuamente— y la *singularidad* –o sea que es única y no paralela—. Todos estos elementos se acreditan en el presente caso y, al momento en que se presentó la demanda, las partes califican dentro del grupo etario de la Ley de la Persona Joven –entre los doce y los treinta y cinco años de edad—. Empero, el tema fundamental del asunto discutido consiste en determinar si en los promotores del proceso concurre el requisito exigido legalmente acerca de la aptitud de los convivientes para contraer matrimonio entre sí, pues, aun cuando registralmente consta que los convivientes son solteros, la ley no confiere aptitud para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo.

En principio el juez recurre a los incisos h) y m) del artículo 4 de la ley de la persona joven, que establecen el derecho a no ser discriminado por sexo y al reconocimiento, sin discriminación contraria a la dignidad humana, de los efectos sociales y patrimoniales de las uniones de hecho que se constituyan de forma pública, notoria, única y estable, con aptitud legal para contraer matrimonio, por más de tres años. Sin embargo, al considerar la literalidad del propio inciso m) –que enuncia la frase “con aptitud legal para contraer matrimonio”–, cabe preguntarse cuál es el objetivo de la misma, ya que si, por un lado, se afirma que las

personas pueden reconocer sus uniones de hecho sin discriminación a su orientación sexual y a la vez se les limita al señalarse el requisito de la aptitud legal para contraer matrimonio, entonces la norma misma resulta contraproducente, toda vez que aunque se afirma la no discriminación de una minoría, ella misma establece un límite para acceder ese derecho.

Para solventar el problema surgido de la literalidad, lleva a cabo un extenso recuento, que pretende demostrar que dentro de la multiplicidad de conceptos de familia, el de las conformadas por parejas del mismo sexo es realidad que existe y que quiere ser desdibujada tras el discurso negador que legitima la discriminación y la existencia de ciudadanos de segunda clase.

Por ello y para evitar discriminaciones insostenibles en un Estado de Derecho respetuoso de los derechos de sus ciudadanos, el juez debe concordar la normativa interna con la Convención Americana de Derechos Humanos. Así las cosas, la existencia del requisito de aptitud legal para contraer matrimonio, es una manera indirecta de hacer una diferenciación en atención a la orientación sexual de las personas por cuanto solamente quedaría configurado aquel reconocimiento para hombres y mujeres. Es allí donde estima que operan las reglas de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, por obra de las cuales debe optarse por la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado y del inmanente y etéreo criterio de la *dignidad humana* como eje de interpretación de las normas jurídicas.

En función de este análisis, el juez Sánchez Miranda declara que la relación de hecho entre los promotores Castro y Zamora es apta para ser reconocida judicialmente y conferírsele las consecuencias que en derecho corresponden.

B. Proceso de solicitud por parte de la República de Costa Rica de Opinión Consultiva OC-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a esa solicitud.

1. Recapitulación y estado actual del proceso de solicitud por parte de la República de Costa Rica de Opinión Consultiva OC-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El 18 de mayo de 2016, la República de Costa Rica presentó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos solicitud de opinión consultiva¹⁹² a fin de que el Tribunal interprete, entre otros, las obligaciones sobre la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

La consulta aduce como motivo el hecho de que el reconocimiento de los derechos humanos derivados de la orientación sexual e identidad de género se ha caracterizado como un proceso disímil en los diferentes Estados miembro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El amplio espectro de casos —desde el reconocimiento pleno de derechos hasta la prohibición de cualquier forma de convivencia y expresión contraria a la heteronormatividad— da fe de ello. Si bien Costa Rica reconoce que la Corte Interamericana estableció que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención y que, por lo tanto, está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona; en cambio le surgen dudas con respecto al contenido de la prohibición de la discriminación en razón de la orientación sexual e identidad de género. Dicho de otro modo; acerca de si ciertas actuaciones

¹⁹² El documento se encuentra disponible en la dirección electrónica http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_17_05_16_esp.pdf

se encuentran cubiertas por esa categoría de discriminación. Por ello solicita una interpretación de la Corte respecto de los temas sometidos a consulta, que se constituiría en aporte fundamental para los países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en la medida de que permitiría adaptar el ordenamiento interno a los estándares interamericanos en garantía de las personas y de sus derechos.

Específicamente sobre los derechos patrimoniales derivados de vínculos entre personas del mismo sexo, tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, además de los establecido en el numeral 11.2 de la Convención, plantea las siguientes cuestiones: **1)** ¿Contempla esa protección y la Convención, que el Estado reconozca los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?; y, de ser afirmativa la respuesta al ítem anterior, **2)** ¿Es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esa relación?

Vista la solicitud de opinión consultiva formulada por Costa Rica –de fecha 18 de mayo de 2016—; las diversas notas de la Secretaría de la Corte mediante las cuales se comunicó a los Estados miembros de la OEA, al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la fecha que el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció como límite para la presentación de observaciones escritas respecto de la referida solicitud; las notas de la Secretaría de la Corte mediante las cuales el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos invitó a todos los interesados a presentar su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta, a la vez que se fijó límite para tal efecto; los escritos mediante

los cuales algunos estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los interesados (organismos internacionales y estatales, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas e individuos de la sociedad civil) presentaron sus observaciones; el 31 de marzo de 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió convocar a audiencia pública celebrada los días 16 y 17 de mayo de 2017, para recibir argumentos orales sobre la solicitud de opinión consultiva OC-24 presentada por el Estado de Costa Rica, previa notificación y confirmación de participación a quienes presentaron observaciones escritas.

Habida cuenta de la gran cantidad¹⁹³ de interesados que presentaron observaciones escritas y la consecuente imposibilidad, por falta de espacio, para resumir esos contenidos, este trabajo se ceñirá, por su importancia neurálgica dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a las observaciones plasmadas en escrito¹⁹⁴ fechado 14 de febrero de 2017 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2. Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la solicitud, por parte de la República de Costa Rica, de Opinión Consultiva OC-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

a. Cuestiones previas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en adelante “Comisión Interamericana” o “Comisión”— parte de unas consideraciones previas, antes de encarar las cuestiones formuladas por el Estado costarricense. En primer lugar, afirma la circunstancia

¹⁹³ A título de ejemplo citamos los siguientes: ocho Estados presentaron su escrito; siete organismos estatales; cuarenta y siete asociaciones, organizaciones no gubernamentales o instituciones académicas; veintiséis individuos de la sociedad civil.

¹⁹⁴ El documento se encuentra disponible en la dirección electrónica http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/1_cidh.pdf.

de que tanto la orientación sexual como la identidad de género son categorías protegidas por la Convención, de tal suerte que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona.¹⁹⁵ Además, reivindica la máxima jurisprudencial de la Corte Interamericana, en cuanto a que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, lo cual es conforme con las reglas generales de interpretación contenidas por el artículo 29 de la Convención Americana.¹⁹⁶ Por último, establece que la falta de consenso al interior de algún país sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede legitimar la negación o restricción de sus derechos humanos ni tampoco la perpetuación o reproducción de la discriminación histórica que estas minorías han sufrido.¹⁹⁷

A los efectos de dar respuesta a la consulta planteada por el Estado de Costa Rica, en lo que se relaciona con el tema de “los derechos patrimoniales derivados de vínculos entre personas del mismo sexo”, la Comisión se refiere, en primer lugar, a la protección general sobre los derechos patrimoniales y, en segundo lugar, a la cuestión más específica sobre si, conforme con la Convención, se exige la existencia de una figura jurídica para el reconocimiento de todos los derechos patrimoniales derivados de la unión entre personas del mismo sexo.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Vid. § 81 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

¹⁹⁶ Vid. § 82 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

¹⁹⁷ Vid. § 83 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

¹⁹⁸ Vid. § 84 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

b. La prohibición de discriminación con base en la orientación sexual se aplica tanto en el ámbito de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por obra de los estándares relativos al derecho a la igualdad y a la no discriminación, para justificar una restricción basada en una “categoría sospechosa”¹⁹⁹, se deben esgrimir razones de peso y la carga de la prueba debe recaer sobre el Estado, toda vez que, a la luz de los referidos estándares, la restricción se presume invalida.²⁰⁰ Lo anterior opera como garantía de que la distinción o restricción no se encuentra fundada en prejuicios o

¹⁹⁹ El origen del concepto de *clasificación* o *categoría sospechosa* se encuentra subsumido en la doctrina del ‘escrutinio estricto’ elaborado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, para determinar si una regulación afectaba o no la igualdad ante la ley. Esta doctrina encontró plena aplicación en el caso *Toyosaburo Korematsu v. Estados Unidos*, en el que un ciudadano norteamericano de ascendencia japonesa reclamó en contra de una sentencia dictada por una corte de distrito federal porque el señor Korematsu había infringido la ley por permanecer en San Leandro (California), que era un área militar en la cual, por decisión de Alto Mando militar de la zona oeste, las personas descendientes de japoneses no podían permanecer. Al respecto la Corte Suprema de los Estados Unidos falló que “debe hacerse notar, para empezar, que toda restricción legal que disminuye los derechos civiles de un solo grupo racial son inmediatamente suspicaces. Esto no quiere decir que tales restricciones son inconstitucionales. Lo que se quiere decir es que las cortes la deben someter al más estricto escrutinio. (Íñiguez Manso, Andrea Rosario. “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 43 (Diciembre, 2014), pp. 497-498). En general, la Corte Suprema ha mencionado diferentes criterios que se deben utilizar para determinar si a un grupo en específico se le puede catalogar como uno de clasificación sospechosa, entre estos: (1) si el grupo históricamente ha sufrido discrimen, o ha estado sujeto a prejuicio, posiblemente, por causa de estereotipos; (2) si posee un rasgo inmutable o altamente visible; (3) si está desprovisto de protegerse mediante el proceso político (según Carolene, si es una minoría insular y discreta), y (4) si estas características distinguibles no lo inhiben de contribuir concretamente a la sociedad. (Hernández Martínez, Freddy Antonio. “La clasificación sospechosa y la amplitud constitucional en los Estados Unidos: Un análisis a las constituciones de los 50 estados”. *Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico*. Vol. 84. N° 2 (2015), pp. 303-304)

²⁰⁰ Al respecto cabe acotar que, en el sistema norteamericano, para decidir si una ley o acción del Estado viola la cláusula de igual protección de las leyes, las cortes han desarrollado tres métodos distintos de prueba (i.e. escrutinios). El método utilizado por la corte dependerá de la clasificación que la ley o acción utilice, o de los derechos afectados. Los métodos de escrutinio son: escrutinio racional, escrutinio estricto y escrutinio intermedio. Cada uno de estos examina el propósito del gobierno al aprobar una ley y la relación entre el propósito y la clasificación utilizada, o los derechos afectados para cumplir el mismo. La determinación sobre si una clasificación es cobijada o no por la cláusula de igual protección de las leyes resulta ser el tema medular de la controversia. Esta determinación es importante porque va a decidir el tipo de escrutinio mediante cual se evaluará la ley o acción del Estado. Es decir, en el caso de que la clasificación no esté expresa en la Constitución, o que no haya sido incluida mediante jurisprudencia normativa, la misma será sometida a un escrutinio menor que el escrutinio estricto; por lo general, al escrutinio racional. (Hernández Martínez, Freddy Antonio. “La clasificación sospechosa y la amplitud constitucional en los Estados Unidos: Un análisis a las constituciones de los 50 estados”. *Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico*. Vol. 84. N° 2 (2015), p. 302)

estereotipos, que habitualmente rodean a las categorías sospechosas de distinción. Y refuerza la prohibición de que norma, decisión o práctica alguna del derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o particulares, puedan disminuir o restringir –aunque sea en mínimo grado— los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.²⁰¹

Conforme a los principios del derecho internacional, se entiende que el alcance de la antedicha prohibición incluye la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales – en adelante DESC—. Al respecto, los órganos del sistema interamericano han identificado como DESC a los derechos a la seguridad social, a la salud y los derechos laborales –lo cual, se entiende, deriva de la Carta de la Organización de Estados Americanos—. ²⁰²

Pero, además, en otros sistemas internacionales de protección se ha reafirmado la prohibición de discriminación con base en la orientación sexual. Específicamente, en casos como *X vs. Colombia* (2005) o *Young vs. Australia* (2003), el Comité de Derechos Humanos determinó violaciones al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derecho a la igualdad y a la no discriminación), al haber denegado a las víctimas de ambos casos, el acceso al derecho de pensión sobre la base de su orientación sexual.²⁰³

En similar sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos –en el caso *P.B. y J.S. vs Austria* (2010)—, estableció una violación a la prohibición de discriminación –contenida por el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos— en relación con el derecho a la vida privada y familiar –contenida por el artículo 8 del mismo cuerpo normativo de

²⁰¹ Vid. § 85 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²⁰² Vid. § 86 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²⁰³ Vid. § 87 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

derecho internacional—, al analizar la aplicación de una ley austriaca que establecía la imposibilidad de extender la cobertura del seguro de enfermedad de una persona asegurada a su pareja, si se trataba de una persona del mismo sexo, en tanto sólo si se trataba de una pareja de diferente sexo, se calificaba como “dependiente” –y, por tanto, apta para recibir cobertura de seguro—. A este respecto, la Corte Europea reiteró que los Estados “tienen un estrecho margen de apreciación cuando se trata de diferencias de trato basadas en el sexo o la orientación sexual y se requiere demostrar que tal diferencia de trato era necesaria para procurar un fin legítimo”.²⁰⁴

El criterio descrito en el párrafo anterior también fue empleado por la Corte Europea para resolver los casos *Karner vs. Austria* (2003) y *Kozak vs. Polonia* (2010), estableciendo una violación a la prohibición de discriminación y el derecho a la vida privada y familiar (arts. 14 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos), en virtud de la exclusión que establecían las respectivas leyes nacionales, para parejas del mismo sexo, en cuanto a la posibilidad de acceder a la tenencia de un inmueble luego de la muerte de uno de los miembros de la pareja.²⁰⁵

Empero, no solo mediante jurisprudencia se ha declarado la obligación de no discriminación con base en la orientación sexual, mediante declaraciones u otros instrumentos internacionales, así como órganos especializados y órganos políticos se ha respaldado la antedicha obligación. En ese sentido, los *Principios de Yogyakarta* (2007) –o *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en*

²⁰⁴ Vid. § 88 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²⁰⁵ Vid. § 88 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

relación con la orientación sexual y la identidad de género—, acerca del derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social²⁰⁶, establecen que son derechos relativos a todas las personas, sin que pueda discriminarse a ninguna aduciendo como motivo la orientación sexual o identidad de género, de tal suerte que los Estados deberán adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para tal propósito.

También el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas —órgano supervisor del cumplimiento del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966)—, en su Observación General N° 19 —efectuado en el 39° período de sesiones en Ginebra, del 5 al 23 de noviembre del año 2007 y publicada el 4 de febrero de 2008—, enfatiza en que el Pacto DESC prohíbe toda discriminación de hecho o de derecho, directa o indirectamente, por motivo de la orientación sexual. Por ello, los Estados parte deben suprimir la discriminación de hecho por motivos prohibidos, en los casos en que personas o grupos se ven imposibilitados para acceder a una seguridad social adecuada.²⁰⁷

Partiendo de los estándares desarrollados por el Comité en la aludida Observación General N° 19, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deriva que la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la seguridad social sin discriminación, implicaría lo

²⁰⁶ Tales como beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, atención o beneficios ligados a la salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros que cubran cuestiones sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios para paliar la pérdida de apoyo como resultado de enfermedad de muerte de cónyuge o parejas. (Principio n° 13).

²⁰⁷ Vid. § 91 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

relativo a nueve aspectos²⁰⁸ —que identifica como “ramas principales” del sistema de seguridad social—, los cuales son:

1. Atención de la salud.
2. Enfermedad.
3. Vejez.
4. Desempleo.
5. Accidentes laborales.
6. Prestaciones familiares.
7. Maternidad.
8. Discapacidad.
9. Sobrevivientes y orfandad.

En adición al tema, teniendo en cuenta la Observación General N° 20 del Comité de DESC, —efectuado en su 42° período de sesiones en Ginebra, del 4 al 22 de mayo del año 2009 y publicada el 2 de julio de ese año—, la Comisión recalca lo dicho por aquel en cuanto a que los Estados parte deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad.²⁰⁹

Además, debe subrayarse que, como derivado de la obligación de abstenerse de discriminar, los Estados partes tienen la imposición positiva de adoptar medidas concretas, deliberadas y específicas para asegurar la erradicación de cualquier tipo de discriminación

²⁰⁸ Ver, en ese sentido, § 92 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²⁰⁹ Vid. § 93 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

en el ejercicio de los derechos recogidos en el Pacto; de que los individuos y grupos de ellos que pertenezcan a alguna de las categorías afectadas por uno o varios de los motivos prohibidos de discriminación deben poder participar en los procesos de toma de decisiones relativas a la selección de esas medidas; y la de que los Estados parte deben evaluar periódicamente si las medidas escogidas son efectivas en la práctica.²¹⁰

Respecto de este último punto, la Comisión estima que se trata de uno de los pilares sobre los cuales reposa la protección general establecida por la Convención Americana y los estándares desarrollados por la jurisprudencia del sistema interamericano, en cuanto a la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en un mayor riesgo de ser discriminados, de tal suerte que la adopción de medidas positivas o afirmativas para lograr tal fin debe determinarse en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.²¹¹

La Comisión Interamericana adiciona como premisa lo señalado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas —en su 93º período de sesiones en Ginebra, del 7 al 25 de julio del año 2008 y publicada el 30 de julio de 2009—, en relación con proyectos de ley de uniones civiles, toda vez que, si bien se trata de un reconocimiento positivo, extraña y se preocupa porque no se incluyan disposiciones relativas a la tributación y al bienestar social.²¹² Además amplía sus fundamentaciones al incluir, dentro de las autoridades citadas,

²¹⁰ Vid. § 94 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²¹¹ Vid. § 95 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²¹² Vid. § 96 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

a la Organización Internacional del Trabajo que –en Informe del Director General (*La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*) en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo. 96ª reunión, 2007—, ha reconocido que la discriminación en el lugar de trabajo por motivos de orientación sexual incluye la denegación de prestaciones a la pareja del mismo sexo (por ejemplo, días de asueto adicionales por diferentes razones como traslado, nacimiento de un hijo, licencia parental, cuidado de la pareja enferma, pérdida de un familiar; prestaciones educacionales para los trabajadores y su familia; suministro de bienes y servicios de calidad por parte del empleador; prestaciones de supervivencia en los regímenes de pensiones profesionales o a los efectos del seguro de vida seguro de enfermedad para los trabajadores y su familia.²¹³

Según informe sobre la orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos, publicado en el año 2012 por la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos²¹⁴:

(...) las normas internacionales de derechos humanos [no exigen] a los Estados que autoricen el matrimonio de parejas del mismo sexo [...aun] así, la obligación de proteger a las personas contra la discriminación fundada en la orientación sexual se extiende a asegurar que las parejas no casadas del mismo sexo reciban el mismo

²¹³ Vid. § 97 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²¹⁴ Citado como parte de su argumentación, en § 98 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

tratamiento y tengan derecho a las mismas prestaciones que las parejas no casadas heterosexuales.²¹⁵

Para la Comisión, el propósito de referir dicho pronunciamiento en su escrito de marras es reafirmar el estándar según el cual no es posible realizar diferencias en el reconocimiento de derechos patrimoniales con base en la orientación sexual.²¹⁶

Por último²¹⁷, la Comisión cita la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia —adoptada en el año 2013—, la cual en su artículo 7 establece el compromiso de los Estados a:

(...) adoptar la legislación que defina y prohíba claramente la discriminación y la intolerancia, aplicable a todas las autoridades públicas, así como a todas las personas naturales o físicas, y jurídicas, tanto en el sector público como privado, en especial en las áreas de empleo, participación en organizaciones profesionales, educación, capacitación, vivienda, salud, protección social, ejercicio de la actividad económica, acceso a los servicios públicos, entre otros; y a derogar o modificar toda legislación que constituya o dé lugar a discriminación e intolerancia.

En función del recuento normativo, jurisprudencial, de declaraciones u otros instrumentos internacionales, así como de criterios de órganos especializados y órganos

²¹⁵ Naciones Unidas. Oficina de la Alta Comisionada. Informe “Nacidos Libres e Iguales”. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos. 2012, p. 53, Citado por Comisión Interamericana de Derechos Humanos en § 98 de las *Observaciones a la Solicitud de Opinión Consultiva 24 presentada por el Estado de Costa Rica*.

²¹⁶ Ver § 98 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²¹⁷ Ver § 100 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

políticos, la Comisión arriba a tres conclusiones en relación con la primera parte²¹⁸ de la pregunta formulada por el Estado de Costa Rica. A continuación se resumen:

1. En primer lugar, en función de la protección brindada por la Convención Americana y otros tratados internacionales de derechos humanos, así como la jurisprudencia reiterada de los órganos del sistema interamericano y otros sistemas de protección, está claro que cualquier distinción basada en la orientación sexual se presume incompatible con las obligaciones del Estado de respeto y garantía de los derechos humanos, y salvo que se presenten razones de mucho peso, conforme al escrutinio estricto antes referido, constituirá una violación a derechos convencionales.²¹⁹
2. El punto específico sobre derechos patrimoniales fue abordado ya, de manera parcial, por los órganos del sistema interamericano en el caso *Duque vs. Colombia*, en el cual tanto la Comisión como la Corte²²⁰ se pronunciaron sobre la incompatibilidad con la Convención de una normativa interna que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, lo cual constituyó una diferencia de trato que vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación. A la luz de este precedente jurisprudencial, es posible responder a la pregunta formulada por el Estado de Costa Rica, en tanto permite determinar que una distinción de esta naturaleza, incluso en el ámbito de derechos económicos o

²¹⁸ A saber; “Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención, ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?”.

²¹⁹ Vid. § 104 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²²⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016. Serie C. N° 310. Informe n° 5/14 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

patrimoniales, se presume incompatible con la Convención y, por lo tanto, debe ser sometida a un escrutinio estricto en el cual la carga probatoria y argumentativa corresponde al Estado.²²¹

3. La conclusión tercera²²², por su complejidad, debe ser dividida y explicada en sendos párrafos:

- a. Es necesaria la protección de las personas con orientación sexual diversa en el ámbito específico de vínculos patrimoniales, en tanto de esto se deriva la posibilidad real de cada persona de ejercer, en condiciones de igualdad y sin discriminación, aspectos de su vida privada y proyecto de vida.
- b. Cuando se reconoce la necesidad de intervención del Estado respecto de los beneficios que proveen en general los sistemas de seguridad social, no es admisible que exista una diferenciación con base en la orientación sexual en el deber de protección que tienen los Estados para atender tales situaciones.
- c. Dado que sistemas de carácter redistributivo como el seguro social, desempeñan un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social, y aunque sean diversos los factores de discriminación y exclusión que afectan a las personas LGBT, ellos se encuentran también estrechamente vinculados con las altas tasa de pobreza que enfrentan, situación en la

²²¹ Vid. § 105 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²²² Vid. § 106 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

que pueden terminar debido al ciclo de exclusión que enfrentan, por falta de acceso a diversos derechos y oportunidades, como las prestaciones sociales, entre otros.

c. ¿Exige la Convención una figura jurídica para el reconocimiento de todos los derechos patrimoniales derivados de la unión entre personas del mismo sexo?

En este punto se explicarán las observaciones efectuadas por la Comisión a la cuestión más específica planteada por el Estado de Costa Rica en su consulta de 18 de mayo de 2016. Así las cosas, conforme el abordaje realizado respecto de la primera parte de la pregunta, se tiene que la respuesta a aquella iría en sentido afirmativo, de allí que sea posible y necesario dar respuesta a la segunda parte, toda vez que esta está condicionada a la solución afirmativa de la primera.

Recapitulando, la segunda cuestión es la siguiente: *En caso que la respuesta anterior sea afirmativa²²³, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?*

La enunciación general del modo en que la pregunta será abordada, se encuentra contenida por §109 de las Observaciones. Allí, la Comisión explica que se basan en cuatro aspectos:

1. Análisis de ciertos principios generales ya reconocidos por los órganos del sistema interamericano.

²²³ Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11,2 de la Convención, ¿contempla esta protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?

2. Referencia a estándares desarrollados en otros sistemas de protección.
3. Otros principios recogidos en el derecho internacional aplicables al tema.
4. Información de derecho comparado.

Salvado el caso de la prescindencia del cuarto aspecto que sirve a un propósito concreto²²⁴, para guardar fidelidad con el esquema propuesto por la Comisión, y dada la importancia que las observaciones de éste órgano tienen dentro de la argumentación de este trabajo, acá se explicarán de manera diferenciada en sus respectivos apartados.

i. Principios generales ya reconocidos por los órganos del sistema interamericano relevantes para la resolución de la Consulta.

A partir de ciertos pronunciamientos realizados en el sistema interamericano, la Comisión elabora una reconstrucción de precedentes y máximas jurisprudenciales relevantes para responder a la pregunta planteada por el Estado de Costa Rica.

Por su generalidad, la Comisión primero postula la **prohibición de discriminación por orientación sexual**. Si bien para responder la primera parte de la segunda pregunta planteada por Costa Rica, la Comisión se refirió con detalle acerca de este tema, no deja de reiterar que el principio es de aplicación a cualquier análisis que se requiera realizar sobre la restricción de derechos, con base en las obligaciones establecidas en la Convención

²²⁴ [Demostrar que] en la Región americana ya se han registrado importantes desarrollos en torno al reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo lo que de todas formas revela que los países de la Región continúan fortaleciendo la protección de los derechos de grupos vulnerables como las personas LGBTI. En efecto, se ha destacado que en el ámbito de Naciones Unidas, el liderazgo de los países latinoamericanos ha sido uno de los factores claves para impulsar el reconocimiento de los derechos de las personas del mismo sexo en el Sistema Universal (Vid. § 138 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*)

Americana, insistiendo en que está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona.²²⁵ Además, reiterando la doctrina de la categoría o clasificación sospechosa y el escrutinio estricto, afirma el hecho de que la orientación sexual y la identidad de género sean consideradas categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, implica que toda diferencia de trato basado en tales criterios, debe ser considerada sospechosa y que, consecuentemente, se presume incompatible con la Convención Americana y el Estado respectivo se encuentra en la obligación de probar que la misma supera el escrutinio estricto.^{226 / 227}

Adicional al principio explicado en el párrafo precedente, la Comisión afirma **que la familia diversa es objeto de protección, por parte de la Convención Americana.**

Invocando el ya referido caso *Atala Rifo vs. Chile*, la Comisión se sirve citar a la Corte Interamericana la cual en Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C. N° 239, párrafo 142, estableció que:

(...) en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. En ese sentido, la Corte reiteró ‘que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente

²²⁵ Vid. § 111 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*

²²⁶ Vid. § 112 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*

²²⁷ Este estándar se reconoce desde el caso *Atala Rifo vs Chile* (Caso 12508: Karen Atala e hijas vs. Chile), y se consolidó en casos posteriores como *Flore Freire vs. Ecuador* (Sentencia de 31 de agosto de 2016, Serie C. N° 315) y *Duque vs. Colombia* (Caso 12.841: Ángel Alberto Duque vs. Colombia), en los cuales se reafirmó que la orientación sexual es un criterio prohibido de discriminación bajo el artículo 1.1 de la Convención (Vid. § 112 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*)

al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida común por fuera del matrimonio’.

De allí que la Corte consideró que las decisiones judiciales adoptadas en relación con la situación de las hijas de la señora Atala Riffo, según las cuales éstas debían crecer en una “familia normal”, reflejaban “una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la ‘familia tradicional’).²²⁸

Además, la Comisión resalta que la Corte, basada en las consideraciones previamente explicadas del caso Atala Riffo, concluyó que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar.²²⁹ Además, estableció que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana.²³⁰

²²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. N° 239, párrafo 145. (Vid. § 113 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.)

²²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. N° 239, párrafo 172. (Vid. § 114 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.)

²³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. N° 239, párrafo 175. (Vid. § 114 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.)

Advirtiendo que, si bien el Estado de Costa Rica puntualizó en su solicitud de interpretación que la pregunta se formulaba en relación con los artículos 1²³¹ y 24²³² de la Convención y también en relación con el artículo 11.2²³³ del mismo instrumento, sin menoscabo de ello, la Comisión estima razonable inferir que las cuestiones planteadas sobre este punto, podrían suscitar un debate también en torno al artículo 17²³⁴ de la Convención.²³⁵

Bajo este marco normativo y jurisprudencial, y como resultado de un examen conjunto con los estándares y principios referidos previamente, la Comisión estima **que es posible afirmar la existencia de una obligación de reconocer las uniones de parejas del mismo sexo bajo una figura legal que tome en cuenta el principio de igualdad y no discriminación respecto de la situación de las parejas heterosexuales así como el principio de protección de familias diversas.** Ello encuentra sustento en la propia

²³¹ **Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Obligación de Respetar los Derechos).**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

²³² **Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Igualdad ante la ley).** Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

²³³ **Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Protección de la Honra y de la Dignidad).** 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

²³⁴ **Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Protección a la Familia).** 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

²³⁵ Vid. § 115 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*

Convención y no se modificaría por el texto literal del artículo 17.2 de esa norma.²³⁶ Además, aunque ni la Comisión ni la propia Corte han interpretado el alcance específico del artículo 17.2 de la Convención, la consulta del Estado de Costa Rica tampoco requiere un análisis en ese sentido; sin perjuicio de lo cual una eventual interpretación de dicha norma debe efectuarse de manera armónica con el principio de igualdad y no discriminación, así como la protección del artículo 17.1 de la Convención respecto de las familias diversas.²³⁷

ii. Estándares desarrollados en otros sistemas de protección.

Según la práctica habitual de los órganos del sistema interamericano, en sus fallos, observaciones y opiniones se tiene en cuenta el desarrollo realizado en otros sistemas de protección de derechos humanos, toda vez que ilustran sobre las distintas aproximaciones que se tienen en el derecho internacional de los derechos humanos aplicables al tema discutido.²³⁸

En el año de 1999, a propósito del caso *Joslin vs. Nueva Zelanda*²³⁹, el Comité de Derechos Humanos llevó a cabo un análisis a partir del texto literal del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado y que se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a

²³⁶ Vid. § 116 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²³⁷ Vid. § 117 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²³⁸ Vid. § 119 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²³⁹ Comité de Derechos Humanos. Caso *Joslin* contra Nueva Zelanda. Comunicación 902/1999. CCPR/C75/D/902/1999 (2002). (Vid. § 119 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.)

fundar una familia si tienen edad para ello –cfr. Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—. El Comité de Derechos Humanos observó que el artículo 23.2 del Pacto es el único que incluye en su texto literal la fórmula “hombre y mujer” y no “todo ser humano” o “toda persona”, lo cual implica que la obligación de los Estados parte es reconocer como matrimonio únicamente a la unión entre un hombre y una mujer entre sí y, conforme con ese razonamiento, se concluyó que no se habían violado los derechos de la pareja de mujeres cuya solicitud para contraer matrimonio en Nueva Zelanda, había sido negada sobre la base de que el matrimonio era sólo para las parejas conformadas por personas del sexo opuesto.²⁴⁰

Un examen así se realiza al margen del principio de igualdad y no discriminación (artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y del derecho a la vida privada y autonomía (artículo 17 del Pacto). En este caso la decisión del Comité se basó en la existencia de una norma específica del Pacto que regula la institución del matrimonio, pero se abstiene de analizar la coherencia de esa misma norma con otros derechos o principios del mismo tratado, así como de realizar una interpretación evolutiva.²⁴¹

En la actualidad, las interpretaciones similares han sido abandonadas. Por el contrario, el propio Comité ha señalado que los Estados deberían velar porque su legislación no sea discriminatoria contra las formas no tradicionales de unión, en particular en materia de tributación y prestaciones sociales.²⁴²

²⁴⁰ Vid. § 119 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²⁴¹ Vid. § 120 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²⁴² Comité de Derechos Humanos. 93° período de sesiones. Ginebra, 7 a 25 de julio de 2008. 30 de julio de 2009. Examen de los informes presentados por los Estados. Aportes de conformidad con el artículo 40 del

No solo eso, la Comisión destaca que en el ámbito de las Naciones Unidas, en años recientes, se han intensificado los esfuerzos no solo por el reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, sino específicamente del matrimonio igualitario. Fe de ello lo da la iniciativa de educación pública mundial por parte de la Oficina de Naciones Unidas para los Derechos Humanos denominada “Libres e Iguales”, del año 2013, en el marco de la cual se ha reconocido que decisiones como la adoptada en Estados Unidos de permitir el matrimonio igualitario en 2015, constituye un importante avance en la protección de derechos humanos.²⁴³

Del mismo modo, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ha manifestado apoyo a la promulgación de leyes que reconozcan a las parejas del mismo sexo y, en cuanto al delicado tema de sus hijos y del reconocimiento jurídico de sus vínculos familiares, ha opinado que:

El reconocimiento jurídico (en adición a la ‘protección’) de las relaciones familiares son importantes para luchar contra la discriminación en perjuicio de las parejas LGBT y sus hijos/as, en tanto los padres y madres sin reconocimiento legal se ven impedidos de tomar decisiones relacionadas con aspectos fundamentales de la vida de sus hijos/as, como en el ámbito de educación y salud. Asimismo, son frecuentemente excluidos de

Pacto. Observaciones finales del Comité respecto de Irlanda, párrafo 8. (Vid. § 121 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*)

²⁴³ Vid. § 123 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*

los beneficios estatales y privilegios fiscales especialmente diseñados para brindar apoyo a los familiares.²⁴⁴

En esa línea, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló que pese al criterio de los órganos especializados, en cuanto a que no es exigible el reconocimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo, sí persiste la obligación de proteger a las personas contra la discriminación fundada en su orientación sexual.²⁴⁵ Además, vinculó a la falta de reconocimiento oficial de las relaciones entre personas del mismo sexo y la no prohibición de la discriminación con la recepción de trato injusto por parte de actores privados, como los proveedores de servicios de salud y las compañías aseguradoras.²⁴⁶

Para cerrar este apartado y concluir este punto de su argumento, la Comisión se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Al respecto, señala que la jurisprudencia del dicho órgano jurisdiccional ha evolucionado en dos sentidos. Por una parte, ha establecido que, en función de los principios de prohibición de discriminación y derecho a la vida privada y familiar (recogidos, respectivamente, por artículos 14 y 9 del Convenio Europeo) no son

²⁴⁴ Current issues. Eliminating discrimination against children and parents based on sexual orientation and/or gender identity, pág. 4. (Vid. § 124 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*)

²⁴⁵ Naciones Unidas. Oficina de la Alta Comisionada. Informe “Nacidos Libres e Iguales”. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos. 2012, pág. 53. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf (Vid. § 125 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*)

²⁴⁶ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 4 de mayo de 2015, párrafo 68. (Vid. § 125 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*)

admisibles distinciones basadas en la orientación sexual de las parejas para permitirles el acceso a uniones civiles bajo la figura que la legislación interna determina.^{247/ 248}

El otro sentido en que ha evolucionado la jurisprudencia del Tribunal Europeo, tiene que ver específicamente con la institución del matrimonio. El órgano jurisdiccional ha reiterado una posición concreta acerca del alcance interpretativo que puede dársele al Convenio sobre este tema. Inicialmente se pronunció indicando que la prohibición para las parejas del mismo sexo no es violatoria de la Convención Europea.²⁴⁹ En decisiones recientes, el Tribunal Europeo ha mantenido la misma posición que en el caso en contra de Austria. Por ejemplo, en la sentencia del caso *Chapin and Charpentier vs. France* del año 2016, el Tribunal declaró que no había violación ni al derecho al matrimonio, ni a la prohibición de discriminación, ni al derecho a la vida privada y familiar (contenidos,

²⁴⁷ Vid. § 126 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²⁴⁸ En el caso *Vallianatos and Others v. Greece* de 2013, el Tribunal Europeo declaró que el Estado había violado dichos artículos en tanto la legislación que permitía registrar formalmente una unión civil, sólo estaba prevista para parejas heterosexuales. En este caso, el Tribunal tuvo en cuenta que de los 19 Estados partes del Convenio, Grecia era uno de los dos países que continuaba reservando esta posibilidad sólo para parejas de diferente sexo. En una decisión posterior del año 2015, en el caso *Oliari and Others v. Italy*, la Corte Europea estableció nuevamente una violación al artículo 8 del Convenio en tanto la legislación italiana no permitía a las parejas del mismo sexo acceder a ningún tipo de unión civil. En este caso, el Tribunal Europeo nuevamente se refirió a la “tendencia” entre los países miembros del Consejo de Europa en el reconocimiento legal a parejas del mismo sexo, y en el caso de Italia también existían distintos indicios de aceptación a dicho reconocimiento, como las decisiones de la Corte Constitucional italiana y el resultado de encuestas que indicaban la aprobación de la mayoría de la población en relación con este tema. (Vid. § 127 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.)

²⁴⁹ En el año 2010, el Tribunal emitió su decisión en el caso *Schalk and Kopf vs. Austria*, que se relaciona con una pareja del mismo sexo con una convivencia estable que solicitaron a las autoridades su autorización para contraer matrimonio, la cual fue negada sobre la base de que el matrimonio sólo podía ser contraído por personas de sexos opuestos. Si bien en este caso, el Tribunal Europeo amplió la noción de vida familiar al vínculo entre parejas del mismo sexo, indicó que la Convención no obligaba a los Estados a permitir el matrimonio a las parejas del mismo sexo. En opinión del Tribunal Europeo, las autoridades nacionales están mejor posicionadas para enfrentar y responder a las necesidades de la sociedad en este campo, dado que el matrimonio tiene profundas raíces y connotaciones sociales que difieren significativamente de una sociedad a otra. En este punto el Tribunal Europeo otorgó importancia a la inexistencia de un consenso regional en la materia. (Vid. § 128 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.)

respectivamente, por artículos 12, 14 y 8 del Convenio Europeo), reiterando el criterio del caso *Schalk and Kopf*. Tratándose del matrimonio de una pareja de hombres que había sido declarado nulo por las cortes nacionales, por tratarse de una pareja del mismo sexo, el Tribunal declaró que ninguno de los derechos y principios mencionados puede ser interpretado en el sentido de que imponen una obligación para los Estados de reconocer el matrimonio a parejas del mismo sexo. En esta específica decisión, el Tribunal observó que desde sus últimas decisiones sobre este tema, había transcurrido sólo un pequeño período de tiempo, por lo que no tenía razón para apartarse de su criterio en dichas decisiones.²⁵⁰

iii. Otros principios recogidos en el derecho internacional.

En este apartado²⁵¹, la Comisión refiere al 24 de los *Principios de Yogyakarta* (2007) —o *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*—, el cual, referido al derecho de formar una familia, para los Estados establece que:

Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que en aquellos Estados que reconocen los matrimonios o las uniones registradas entre personas de un mismo sexo, cualquier derecho, privilegio, obligación o beneficio que se otorga a personas de sexo diferente que están casadas o han registrado su unión esté disponible, en igualdad de condiciones, para parejas del mismo sexo casadas o que han registrado su unión.

²⁵⁰ Vid. § 129 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²⁵¹ Vid. § 130 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

iv. Conclusiones.

A partir de las premisas formuladas en los apartados precedentes, la Comisión concluye que existe jurisprudencia clara y reiterada de los órganos del sistema interamericano acerca de dos principios generales: **1)** la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de la prohibición de discriminación establecida en el artículo 1.1 de la Convención, bajo “otra condición social” y cualquier diferencia de trato basada en la misma debe ser analizada bajo un escrutinio estricto; **2)** la protección de la familia y la vida familiar contemplada en la Convención incluye a las familias diversas que a su vez incluyen a las conformadas por parejas del mismo sexo.²⁵²

Adicionalmente, como conclusión del análisis realizado, la Comisión afirma que, en el derecho internacional se ha establecido como regla que la prohibición de discriminación por orientación sexual, implica reconocer legalmente las uniones de las parejas del mismo sexo, lo cual, a su vez, posibilita el acceso sin discriminación a derechos, beneficios e incluso obligaciones en pie de igualdad frente a las parejas heterosexuales.²⁵³

De lo anterior da fe la tendencia hacia el reconocimiento de las parejas del mismo sexo —reafirmando la prohibición de discriminación con base en la orientación sexual—, tanto por los pronunciamientos recientes de agencias y oficinas especializadas en el ámbito de las Naciones Unidas, como por el impulso de los propios Estados parte, mediante la

²⁵² Vid. § 137 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*

²⁵³ Vid. § 138 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*

incorporación en el ordenamiento interno de figuras jurídicas específicas que hacen efectivo tal reconocimiento.²⁵⁴

En esta materia, en el viejo continente, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha centrado su análisis en establecer la existencia de un consenso al momento de pronunciarse sobre el tema del matrimonio para parejas del mismo sexo, los futuros pronunciamientos en el marco de dicho sistema regional podrían tener en cuenta los posteriores avances que se han registrado en varios países europeos sobre el tema.²⁵⁵

A la luz de lo anterior, la Comisión Interamericana reitera que los estándares desarrollados por la jurisprudencia en cuanto a la aplicación del principio *pro personae* y los principios de interpretación evolutiva y sistemática deben ser analizados transversalmente en la interpretación sobre el contenido y alcance de los derechos establecidos en la Convención Americana. Ahora bien, en caso de que la Corte Interamericana estime necesario entrar en el análisis específico del artículo 17.2 de la Convención, la CIDH destaca la necesidad de interpretarlo de manera armónica con las obligaciones generales de respeto y garantía, así como los principios de igualdad y no discriminación.²⁵⁶

3. Solicitud del abogado costarricense Yashin Castrillo Fernández para que se rechace la solicitud, por parte de la República de Costa Rica, de Opinión Consultiva OC-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Atendiendo a la invitación comunicada por el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humano a los individuos de la sociedad civil para que presentaran sus

²⁵⁴ Vid. § 138 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*

²⁵⁵ *Ibíd.*

²⁵⁶ *Ibíd.*

observaciones a la solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Republica de Costa Rica el 18 de mayo de 2016, el abogado costarricense Yashin Castrillo Fernández presentó por escrito las suyas.²⁵⁷

Allí explica que, en noviembre del año 2012, presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demanda o “Petición”, como se le denomina técnicamente, contra el Estado de Costa Rica por violación a los derechos fundamentales de Igualdad y No Discriminación por Orientación Sexual, concretamente por el no reconocimiento a las parejas del mismo sexo de su unión de hecho y la prohibición de contraer matrimonio. De inmediato, la Comisión Interamericana dio trámite para su estudio a dicha demanda, bajo el expediente 2090-12 y, mediante escrito identificado como Oficio DJO-402-13 de 4 de octubre de 2013, el Estado de Costa Rica contestó la demanda trasladada en forma negativa, oponiéndose al reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo.²⁵⁸

Como se verá a continuación, un hecho vinculado tangencialmente con el proceso descrito se configuró cuando, el día 29 de enero de 2014, la Sala Constitucional dio curso a la acción de inconstitucionalidad 13032-2013 que formuló el abogado Castrillo Fernández en contra de los artículos 242 del Código de Familia y 4 de la Reforma a la Ley de la Persona Joven, por discriminar a partir de la orientación sexual a las parejas del mismo sexo que conviven en unión de hecho negando el reconocimiento legal que sí otorga a las parejas heterosexuales que conviven en unión de hecho.²⁵⁹

²⁵⁷ El documento se encuentra disponible en la dirección electrónica http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/21_castrillo_fernandez.pdf.

²⁵⁸ Castrillo Fernández, Yashin. *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*, p. 1.

²⁵⁹ *Ibíd.*, p. 2.

Dos días después, el 31 de enero de 2014, mediante oficio DJO-033-14 el Estado de Costa Rica amplió su respuesta dentro del proceso 2090-12 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esa oportunidad afirmó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene competencia para pronunciarse sobre el reconocimiento de la unión de hecho y el matrimonio entre personas del mismo sexo, por existir acción de inconstitucionalidad contra la normativa que no reconoce ese vínculo (expediente 13032-2013), la cual se encuentra pendiente de resolución por la Sala Constitucional, por lo que “se mantiene abierta la discusión a nivel interno, y por ende subsiste la vía doméstica para su debido conocimiento”.²⁶⁰

Lo anterior significa que, dentro del proceso 2090-12, tratándose de materia discriminación por orientación sexual, el Estado de Costa Rica expresamente reconoce que mientras la Sala Constitucional no resuelva la acción de inconstitucionalidad sobre la unión de hecho, la Comisión Interamericana carece de competencia para emitir Opinión Consultiva sobre esta materia.

Adicionalmente, citando la Opinión Consultiva PC-12/91 de la Corte Interamericana, Castrillo enfatiza en que, según §14 de dicho documento, si bien Costa Rica tiene derecho a consultar a la Corte acerca de la compatibilidad entre sus leyes internas y la Convención Americana, la Corte no está obligada a responder en todos los casos ni para aceptar toda consulta que se le presente.²⁶¹ Además, según §23 de esta Opinión Consultiva, es inadmisibles toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ Castrillo Fernández, Yashin. *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*, p. 3.

o, en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos.²⁶² En §28 la Corte afirmó que responder a un Estado podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de Opinión Consultiva, de asuntos litigiosos aun no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, lo cual distorsionaría el sistema de la Convención, toda vez que el procedimiento contencioso es una oportunidad en la que los asuntos son discutidos y confrontados de una manera mucho más directa que en el proceso consultivo, de lo cual no se puede privar a los individuos que no participan en este.²⁶³

En general, para Castrillo, los principios de soberanía nacional, seguridad jurídica, reserva legal, defensa y debido proceso obligan a los entes y autoridades nacionales a agotar las vías y procedimientos legales internos antes de acudir a la Corte Interamericana, o a la Comisión Interamericana, en la búsqueda de una respuesta que, hasta tanto no haya pronunciamiento judicial firme y con carácter de cosa juzgada material, corresponde, en virtud de los principios citados, única y exclusivamente a los Tribunales nacionales. Y, en el caso concreto, a la Sala Constitucional.²⁶⁴

En el caso concreto, la utilización de la vía de la Opinión Consultiva desvirtúa tanto la jurisdicción nacional como la internacional, debilitando y alterando el sistema previsto por la Convención y por la propia Constitución Política.²⁶⁵

²⁶² *Ibíd.*

²⁶³ *Ibíd.*

²⁶⁴ *Ibíd.*, p. 5.

²⁶⁵ *Ibíd.*, p. 5.

Según Castrillo Fernández, la consulta recurrida revela una inequívoca tendencia del Poder Ejecutivo a desconocer la jurisdicción nacional y los derechos del “Petente” o demandante ante la Comisión Interamericana y accionante ante la Sala Constitucional, anulando sus derechos de defensa y debido proceso. Máxime, si se considera que en la Petición 2090-12 el Estado de Costa Rica se opone al reconocimiento de derechos que somete a consulta, pretendiendo evadir de esta forma los argumentos y pruebas que demuestran que no lleva razón en su oposición y rechazo con flagrante violación de los derechos de defensa y debido proceso.²⁶⁶

Está claro que, aunque sin ser vinculantes sus Opiniones Consultivas, dada la autoridad que tiene la Corte Interamericana, este tipo de decisiones afectan la vida institucional de todos los Estados miembros de la OEA, ya que es muy poco probable que ante eventuales casos contenciosos el Alto Tribunal Internacional emita una sentencia diferente al criterio establecido por el mismo en la Opinión Consultiva constituyendo estas una fuente indirecta de interpretación de la Convención Americana.²⁶⁷

Por ello, la respuesta a la Opinión Consultiva realizada por el Poder Ejecutivo tiene como efecto que los demás Estados miembros de la OEA ajusten sus legislaciones a lo manifestado por la Corte, colocando en estado de indefensión a las víctimas que han presentado una Petición o demanda por violación de los derechos que son objeto de consulta.²⁶⁸

²⁶⁶ *Ibíd.*

²⁶⁷ *Ibíd.*

²⁶⁸ Castrillo Fernández, Yashin. *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*, p. 6.

En suma, Castrillo solicita que se rechace de plano la Opinión Consultiva formulada el 18 de mayo de 2016 por el Estado de Costa Rica porque ella:

(...) tendría como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la Opinión Consultiva, de asuntos litigiosos, a nivel nacional (acción de inconstitucionalidad número 13032/2013) e internacional (Petición ante la Comisión Interamericana número 2090-2012) todavía pendientes de resolución por la Sala Constitucional (violación del principio de agotamiento de vías y procedimientos internos) y todavía en trámite y sin ser sometidos a consideración de la Corte, sin darme el derecho de ejercer en el proceso los recursos que prevén las leyes, la Convención Americana y su Reglamento, distorsionando el sistema de la Convención.²⁶⁹

Sección Sexta. Legislación de países donde se ha aprobado el matrimonio homosexual.

En el punto *c* del sub apartado 2 del apartado B de la Sección Quinta de este capítulo se desarrollaron las observaciones efectuadas por la Comisión a la cuestión más específica²⁷⁰ planteada por el Estado de Costa Rica en su consulta de 18 de mayo de 2016. Como se explicó allí, la Comisión consideró relevantes cuatro aspectos para formular su respuesta, siendo uno de ellos el derecho comparado. Dentro del argumento de la Comisión, el propósito de analizar dicho aspecto era demostrar que en la Región americana ya se han registrado importantes desarrollos en torno al reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, lo que de todas formas revela que los países de la Región continúan fortaleciendo la protección de los derechos de grupos vulnerables como las personas LGBTI. Por lo demás, se ha destacado

²⁶⁹ *Ibíd.*

²⁷⁰ ¿Es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?

que en el ámbito de Naciones Unidas, el liderazgo de los países latinoamericanos ha sido uno de los factores claves para impulsar el reconocimiento de los derechos de las personas del mismo sexo en el Sistema Universal.²⁷¹ Por su valor descriptivo y su contenido preciso, acá se reseñarán dichas observaciones, a efectos de dar contenido a la presente sección.

Actualmente, varios países de la región americana han reconocido la unión civil, la unión de hecho y el matrimonio igualitario, dentro de sus sistemas nacionales de derecho.²⁷² En Ecuador, a partir de una ley promulgada el año 2016, se elevó a la categoría de estado civil la unión de hecho y se incluyeron a las parejas del mismo sexo. En México, diferentes estados como el Distrito Federal, Campeche, Coahuila, Colima y Jalisco, regulan las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo. En Uruguay también se permite que las parejas del mismo sexo puedan acceder a uniones de hecho y unión civil, respectivamente.²⁷³

Tratándose del matrimonio igualitario, países como Argentina y Uruguay han promulgado leyes que expresamente permiten a parejas del mismo sexo acceder a dicho instituto del derecho de familia. En México se regula el matrimonio igualitario por vía legal, solamente en algunos estados como Distrito Federal, Quintana Roo, Tabasco, Coahuila, Nararit y recientemente Jalisco. Sin embargo, desde 2015, por causa de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se estableció la inconstitucionalidad de los códigos civiles de los estados en donde el matrimonio es entendido únicamente como la unión entre hombre y mujer. Por su parte, en Brasil, varios estados como Alagoas, Río de Janeiro,

²⁷¹ Vid. § 138 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²⁷² Vid. § 131 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²⁷³ Vid. § 132 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

Rondonia, Santa Catarina y Paraíba han reconocido directamente el matrimonio de parejas del mismo sexo y en 2013 el Supremo Tribunal Federal extendió el matrimonio igualitario a todos los estados del país.²⁷⁴

En Chile, mediante la Ley 20.830 del 2015 se creó el Acuerdo de Unión Civil mediante el cual se establece que: “El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil”.²⁷⁵

Es interesante el caso de Colombia. Allí, si bien no existen leyes que regulen de manera directa la unión de parejas homosexuales, como resultado de múltiples sentencias de la Corte Constitucional, en la actualidad se encuentra vigente mandato según el cual las parejas del mismo sexo podrá acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual. En 2016, la Corte Constitucional de Colombia avaló el matrimonio entre parejas del mismo sexo.²⁷⁶

En Estados Unidos, el 26 de junio de 2015, la Corte Suprema de Justicia legalizó el matrimonio entre parejas del mismo sexo a nivel federal. Respecto de ello, al resolver el Caso *Duque vs. Colombia*, en Sentencia de 26 de febrero de 2016, describió en sentido general esta sentencia como parte de su argumentación. La Comisión retoma lo descrito en el párrafo

²⁷⁴ Vid. § 133 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²⁷⁵ Vid. § 134 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²⁷⁶ Vid. § 135 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

136 de las Observaciones a la Solicitud de Opinión Consultiva C-24 presentada por el Estado de Costa Rica, y afirma:

(...)[La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos] ha realizado el análisis de los principios y tradiciones que deben ser discutidos para demostrar que la protección del derecho a casarse aplica con igual fuerza para las parejas del mismo sexo. En ese sentido, la Corte Suprema ha determinado que si bien los Estados dentro del territorio estadounidense son, en general, libres de variar los beneficios que confieren a todas las parejas casadas, a lo largo de la historia se ha agregado al matrimonio una lista en expansión de derechos gubernamentales, beneficios y responsabilidades. Estos aspectos incluyen: impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en la ley de las pruebas, acceso al hospital, autoridad para tomar decisiones médicas, derechos de adopción, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos, normas de apoyo y de visita.

CAPÍTULO 4: VIABILIDAD LEGAL DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN COSTA RICA

Sección Primera. Análisis jurídico del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia frente a los artículos 33, 48, 51 y 52 de la Constitución Política y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Como ha sido señalado en apartados precedentes, un examen de los elementos y cánones referidos a la validez supra legal del instituto jurídico del matrimonio si bien puede efectuarse en función de lo dispuesto por los artículos 48, 51 y 52 de la norma constitucional, lo cierto es que el análisis no debe agotarse allí, en la medida de que, por virtud de la doctrina del bloque de constitucionalidad, es posible reconocer jerarquía constitucional a normas que no están incluidas en la Constitución y que pueden funcionar como canon para interpretar sistemáticamente el texto de la Constitución.²⁷⁷

En América Latina dichas normas han sido usualmente instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (también DIDH)²⁷⁸; en Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia adoptó la doctrina del bloque de constitucionalidad como mecanismo de armonización entre el derecho constitucional nacional y el DIDH desde el 10 de noviembre de 1993.²⁷⁹ Para entonces, mediante voto 05759 de las catorce horas y quince minutos del diez de noviembre de mil novecientos noventa y tres, la Sala introdujo la doctrina del bloque de constitucionalidad invocando la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1989, que establecía su competencia para verificar la

²⁷⁷ Góngora Mera, Manuel Eduardo. *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius Constitutionale Commune latinoamericano* en Bogdandy, Armin von, Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela (coordinadores). *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2014, p. 301.*

²⁷⁸ Ídem.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 309.

conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional y la procedencia de la acción de inconstitucionalidad en caso de conflicto entre normas internas y el derecho internacional.²⁸⁰ Al respecto estableció en Considerando II “(...) que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en la República, conforme a la reforma del artículo 48 Constitucional (Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989), al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezcan a la persona”.

Teniendo en cuenta lo anterior, un adecuado análisis jurídico del inciso 14 del artículo 6 del Código de Familia costarricense, no solo debe hacerse en relación con las disposiciones constitucionales sino también tomando en cuenta otras que, sin que integren el texto constitucional, conforman el denominado bloque de normas que determinan la validez y existencia formal y sustancial de la legislación común en Costa Rica.

A. Interpretación voluntarista efectuada por la Sala Constitucional para afirmar la conformidad con las disposiciones constitucionales de la prohibición contenida por el sexto inciso del artículo 14 del Código de Familia.

A partir de la literalidad del sexto inciso del artículo 14 del Código de Familia se entiende que en la legislación costarricense vigente es imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo. Según la interpretación actual de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se trata del desarrollo normativo lógico y consecuente con la voluntad del constituyente plasmada en el texto de 1949.

²⁸⁰ *Ibíd.*, p. 310.

Para sustentar la anterior afirmación basta con citar la sentencia 7262-06 de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del año dos mil seis²⁸¹, mediante la cual la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia argumentó que toda la estructura del derecho de familia institucionaliza el reconocimiento de las dos relaciones biológicas básicas que dan origen a la familia: la unión intersexual y la procreación, que es coyuntural, y resultado de la primera, aunque no su principal; que como las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las parejas homosexuales y como la norma legal persigue un fin constitucionalmente legítimo (que es proteger el tipo de matrimonio aceptado por el 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), entonces la distinción que hace entre un tipo de parejas y aquellas que quedan excluidas, resulta razonable y objetiva, de modo que no se trata de una norma arbitraria e irracional, sino una consecuencia lógica y necesaria de un tipo de matrimonio consagrado en el Derecho de la Constitución. En virtud de ello, pretender que en ese contexto la norma cuestionada se declare inconstitucional, resultaría contrario a lo dispuesto por el constituyente originario; y que, en suma, 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.

En la práctica judicial, se entiende que para determinar si concurre discriminación, antes se debe determinar si las personas se encuentran en el mismo supuesto fáctico, si no es

²⁸¹ Reiterada con posterioridad por votos como 9765-11 de la misma Sala Constitucional de las quince horas y trece minutos del veintisiete de julio de dos mil once que, al contestar una consulta judicial de constitucionalidad, en relación con posibles roces entre el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia y los numerales 33 y 52 de la Constitución Política, afirmó que la consulta estaba suficientemente contestada por jurisprudencia o precedentes de ese despacho, sobre todo por el referido voto 7262-2006.

así no hay quebranto a la igualdad. Adicionalmente, si se ha determinado igualdad en las condiciones o supuestos de hecho, debe determinarse si la diferenciación de trato está fundada en fines legítimos, desde el punto de vista constitucional. Tratándose del primer aspecto, hay diferenciación objetiva cuando la distinción se sustenta en un supuesto de hecho diferente basado en diferencias razonables: como se dijo, la igualdad supone que las personas se encuentran en idéntica situación porque, de otro modo, se daría un trato igual a quienes son desiguales. En cuanto al segundo aspecto, opera como filtro del primero introduciendo un elemento normativo según el cual la igualdad sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación ya no solo objetiva, sino además razonable. Esta razonabilidad implica que la diferencia en el trato es proporcional con respecto al fin constitucional y si ese trato es adecuado para alcanzar el fin perseguido.

Aunque discutir si las parejas heterogéneas están o no en la misma situación que las parejas homosexuales es de suma importancia al tenor del esquema para determinar si concurre o no discriminación, planteado en el párrafo anterior, afirmar con algún grado de probabilidad que no están en la misma situación requiere definir las variables relevantes por virtud de las cuales concurre esa diferencia. Aunque ello es posible recurriendo a disciplinas ajenas al derecho (sociología, psicología, antropología, etc.) también es verdaderamente complicado y un análisis así se extraña en la práctica judicial.²⁸² En todo caso, esta

²⁸² Téngase en cuenta que en la sentencia 7262-06 la Sala Constitucional lo da por sentado y únicamente dedica unas escuetas líneas (por lo demás, poco convincentes a efectos de sustentar su afirmación) del Considerando VII a la cuestión de si las parejas heterogéneas están o no en la misma situación que las parejas homosexuales. Al respecto señala únicamente 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. En esta dirección, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia 05/98 de 17 de febrero de 1998 (Lisa Jacqueline Grant c/ South West Trains Ltd.) llegó a la conclusión de que las relaciones estables entre personas del mismo sexo que conviven sin que exista vínculo matrimonial, no están equiparadas a las relaciones entre cónyuges o entre personas de distinto sexo que conviven sin existir dicho vínculo.*”.

circunstancia pierde importancia si el órgano jurisdiccional afirma que la norma legal persigue el fin constitucionalmente legítimo que es proteger el tipo de matrimonio aceptado por el constituyente originario, por lo que la norma sería una consecuencia lógica y necesaria de un tipo de matrimonio consagrado en la Constitución vigente. Esa táctica argumentativa revela una hábil escabullida del tema de determinar con seriedad si parejas homosexuales y heterosexuales están en la misma situación, relativizando la importancia de este aspecto y enfatizando en el fin constitucionalmente legítimo, apelando a la voluntad del constituyente.

Así las cosas, si se somete a conocimiento del Tribunal Constitucional la cuestión acerca de si la prohibición del inciso sexto del artículo 14 del Código de Familia tiene roces con las normas y principios de la Constitución vigente que data de 1949, el órgano jurisdiccional requerido habrá adelantado mucho en su tarea de defender el texto constitucional cuando precisa y fundamenta que los artículos 51 (que dicta que la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección del Estado y que igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido) y 52 (que asevera que el matrimonio es la base esencial de la familia que descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges) condensan los modelos de familia y de matrimonio que tenía en mente el constituyente del 49.

Como se ve, se está frente a una interpretación voluntarista que, recurriendo a la autoridad del Constituyente del 49, busca armonizar las disposiciones constitucionales que contienen los principios de igualdad, de la familia como elemento fundamental de la sociedad y del matrimonio como base de la familia, con las disposiciones legales del Código de Familia que reconocen la posibilidad de contraer matrimonio a las parejas heterosexuales únicamente.

Por otra parte, si bien la Sala Constitucional justifica la privación de la posibilidad de contraer matrimonio a las parejas homosexuales, no puede negar el hecho de que un sector de la población está conformado por personas que buscan la felicidad a través de relaciones estables con personas de su mismo género. Frente a esa realidad, su postura es que la problemática jurídica no es de orden constitucional, sino por ausencia de regulación normativa apropiada, para regular los efectos patrimoniales y personales de ese tipo de uniones. Al respecto señala en considerando IX:

(...) 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.

B. Críticas jurídicas a la interpretación voluntarista efectuada por la Sala Constitucional, en relación con la conformidad del sexto inciso del artículo 14 del Código de Familia con las normas, principios y disposiciones constitucionales.

1. Voto salvado del Magistrado Adrián Vargas Benavides en Sentencia 0762 de las 14:46 del veintitrés de mayo de 2006, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

No se puede equiparar el matrimonio desde la singular perspectiva de la religión con el matrimonio como acto jurídico reconocido por el Estado como institución fundamental de la familia. Aunque la Iglesia Católica ha tenido influencia innegable en el desarrollo de la

sociedad costarricense²⁸³ y las normas de dicha institución son vinculantes para la conciencia de sus adeptos, lo cierto es que sus disposiciones no poseen aptitud jurídica para contradecir a las promulgadas por el Estado en el ejercicio de su potestad legislativa. Dicho de otro modo: no implican un menoscabo en la soberanía del Estado, de tal suerte que puede legislar en las materias que estime necesarias, aún en contra de esas regulaciones si ello es preciso.²⁸⁴

Al respecto, téngase presente que el Estado costarricense, atendiendo los principios de igualdad y no discriminación, ha debido legislar a favor de las personas que por cualesquiera razón requieren el reconocimiento de una unión laica y de sus efectos civiles o bien, en su caso, del divorcio como medio para cesar los efectos civiles del matrimonio. El matrimonio civil no es reconocido por la Iglesia Católica y el divorcio es contrario a la fe católica, sin embargo ello no es obstáculo para que el Estado le haya reconocido como remedio a la cesación del *affectio maritalis*. En suma, tanto el matrimonio civil como el divorcio han sido diseñados como institución jurídica para su operación por parte de los residentes nacionales que a bien lo tuvieren, aun cuando no es reconocido o hasta contradice los dogmas de la Iglesia Católica.²⁸⁵

Así las cosas, aunque existen dos tipos de matrimonio (el religioso y el estatal) con reglas que deben ser respetadas correlativamente, el hecho del que el Estado tenga que respetar las normas religiosas, no significa que deba adoptarlas como suyas al promulgar leyes, puesto que lo importante es que el proceso de formación de éstas sea objetivo,

²⁸³ A tal punto ello es así que Costa Rica ha reconocido efectos civiles al sacramento del matrimonio católico, pero no lo ha hecho con otras confesiones religiosas distintas a la cristiana.

²⁸⁴ Ver Voto Salvado del Magistrado Adrián Vargas Benavides en Sentencia 0762 de las 14:46 del veintitrés de mayo de 2006, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²⁸⁵ Ídem.

transparente y sobre todo acorde con todos los principios y valores constitucionales, que pueden o no coincidir con la visión de la Iglesia. De tal suerte que la institución jurídica del matrimonio y su concepción debe ser aséptica, libre de criterios religiosos o similares.²⁸⁶

Ciertamente el sexto inciso del artículo 14 del Código de Familia se creó en un momento histórico en el que la Iglesia Católica tenía una influencia mucho mayor a la que ejerce actualmente sobre la actividad estatal. Tampoco se puede negar que el Constituyente de 1949, al definir la noción de familia y matrimonio, tenía en mente el matrimonio heterosexual y monogámico. Sin embargo, no es de recibo la interpretación histórica y voluntarista a la que recurre la mayoría de la Sala para fundamentar sus argumentos en Sentencia 0762-2006, no sólo porque va en menoscabo de los derechos de la minoría homosexual sino porque convierte a la Sala 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 y como lo puede hacer y, efectivamente, lo ha hecho exitosamente en otras oportunidades, como por ejemplo el reconocimiento de la unión de hecho, aun cuando la voluntad del Constituyente originario no contemplaba la protección de este tipo de familias.²⁸⁷

La inconstitucionalidad del inciso sexto del artículo 14 del Código de Familia es sobreviniente, porque su sentido, originalmente acorde con el de la Constitución vigente al momento de su promulgación, ahora es contrario a la Carta evolucionada por la realidad social y el avance hacia una sociedad igualitaria y respetuosa de la dignidad humana. Actualmente, las parejas homosexuales no sólo necesitan reconocimiento oficial, sino

²⁸⁶ Ídem.

²⁸⁷ Ídem.

también la intervención del Estado para eliminar todas las barreras legales que continúan existiendo y que les impiden ser tratados de manera igualitaria.²⁸⁸

a. Violación al principio de igualdad y no discriminación contraria a la dignidad humana.

El respeto a la dignidad de todo ser humano es un principio jurídico fundamental contenido por la Constitución Política de nuestro país y la de cualquier otra sociedad democrática contemporánea. De este principio se deriva la prohibición de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Ello obliga a tratar como iguales a quienes lo son y a los desiguales también en esa calidad, de tal suerte que no resulta discriminatorio (ni, por lo tanto, contrario a la dignidad humana) reconocer diferencias entre personas o grupos de ellas, siempre que la diferenciación tenga una justificación razonable y objetiva.

La dignidad es consustancial al ser humano, de modo que cualquier persona es merecedora de respeto sin importar su etnia, religión, costumbres u orientación sexual, entre otros. El inciso de marras, establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva, porque se basa en criterios de orientación sexual, discriminando de manera ilegítima a quienes tienen preferencias distintas a las de la mayoría, cuyos derechos e intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos. Con ello los homosexuales son tratados de manera diferente, en detrimento de su libertad y dignidad, reduciéndolos a la condición de ciudadanos y ciudadanas de segunda categoría, algo intolerable en una sociedad democrática y plural como la diseñada por el constituyente.

²⁸⁸ Ídem.

Aunque el voto de mayoría parte de que la norma impugnada no es discriminatoria porque las parejas homosexuales no se encuentran en la misma posición jurídica de las parejas heterosexuales, lo cierto es que no existe argumento jurídico legítimo que permita justificar una diferencia de trato como la que hace el inciso de marras. La sentencia no explica en qué radica esa diferencia, evidenciando 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.

Aunque es comprensible y respetable la opinión de algunos sectores de la sociedad costarricense reacios a la posibilidad de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, la dignidad e igualdad humana no dependen del consenso social, porque se trata de valores inherentes a la condición humana sin excepciones.

Por otra parte, la progresividad es una cualidad inherente a los derechos fundamentales, consagrada positivamente en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, 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.

b. Violación al principio de razonabilidad.

Si bien el Estado tiene la posibilidad de regular e imponer límites al matrimonio (como lo hace en el numeral 14 del Código de Familia), esos límites deben ser razonables y

objetivos. Para que un acto limitativo de derechos sea razonable debe ser necesario, idóneo y proporcional.

La prohibición para contraer matrimonio, establecida en perjuicio de las parejas homosexuales, no es siquiera necesaria porque con ella no se está protegiendo ningún bien jurídico superior, porque la norma en nada incide sobre la esfera de derechos de las parejas heterosexuales al no reforzar ni debilitar su vínculo. No beneficia al orden público ni contribuye en nada a mejorar las condiciones de las demás personas. Por el contrario, la prohibición lesiona los derechos fundamentales de la minoría homosexual, con lo cual la norma deviene en contraria al Derecho de la Constitución.

Aunque la mayoría de la Sala considera que el inciso sexto del artículo catorce del Código de Familia persigue un fin legítimo (que es proteger el tipo de matrimonio adoptado por el Constituyente originario), lo cierto es que bajo esa perspectiva la Sala no podría declarar nunca la inconstitucionalidad de una norma que deviene inconstitucional por pasar el tiempo. Esa postura negaría la existencia de la inconstitucionalidad sobreviniente.

c. Nociones de familia y matrimonio.

Los artículos 51 y 52 son la clave para determinar la conformidad de las disposiciones legales con la Constitución y así lo son en el argumento de la mayoría de la Sala en la sentencia 0762-2006. Sin embargo, ni uno ni otro definen qué ha de entenderse por familia o matrimonio, por lo que deberá dársele contenido a partir de la realidad social. Según esto, en la actualidad, no puede entenderse a la familia solamente como la nuclear, compuesta por madre, padre e hijos, porque esta concepción de familia, basada solo en la capacidad de procreación y de asistencia de los hijos, ha sido superada.

El concepto de familia es mucho más amplio y complejo. Se trata de proteger la convivencia ligada por lazos emocionales conjuntos. En consecuencia, no puede negarse la etiqueta de familia a las parejas homosexuales con una relación permanente y estable.

Tomando en cuenta que el numeral 52 reconoce que el matrimonio es la base esencial de la familia, tampoco puede negarse a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio porque estas deben englobarse dentro del concepto de familia regulado por la Constitución. Por ello el artículo de marras es violatorio de la Constitución Política.

El matrimonio es, en sí mismo, un derecho fundamental. Y así se deriva de los artículos 52 constitucional y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como el 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinando que en virtud de ello no puede ser impedido u obstaculizado de modo irrazonable por el Estado.²⁸⁹ En consecuencia, si el matrimonio es un derecho fundamental, es inherente a la propia condición humana sin importar la orientación sexual de la persona.

Además, por ser derecho fundamental, el argumento de que la protección a las parejas homosexuales es materia que debe ser reservada al legislador tampoco es de recibo. Aceptar esta circunstancia es, tácitamente, negar la importancia de los principios y derechos constitucionales en juego en este caso, además de desconocer el plano de igualdad en que se encuentran las parejas homosexuales con relación a las demás. Además, forzar otras figuras del derecho para regular todo lo relativo a las uniones de personas del mismo sexo no es procedente porque el matrimonio es el instituto jurídico reconocido por el Estado para la

²⁸⁹ Al respecto, el Magistrado Adrián Vargas Benavides cita la sentencia 3693 de las 09:18 horas del veintidós de julio de 1994, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

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, podría propiciar y acrecentar la discriminación y la homofobia.

En consecuencia, el matrimonio seglar debe verse tanto como un derecho fundamental en sí mismo como el instituto o acto jurídico que el Estado ha reconocido como medio de formalizar una unión, que tiene efectos civiles y que en consecuencia debe estar al alcance de cualquier persona sin importar su orientación sexual.

d. Otras normas e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos violentados por el inciso sexto del artículo 14 del Código de Familia.

El magistrado Vargas Benavides asegura que, además de las normas propias de la Constitución Política citadas, el artículo de marras que contiene la prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, también conculca una serie de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aprobados por Costa Rica. A continuación se enumeran:

1. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 16 que reconoce el derecho de “todos los hombres y las mujeres” sin restricción alguna a fundar una familia, para lo cual establece como dos únicos requisitos que se encuentren en edad núbil y que exista libre y pleno consentimiento, reconociendo además que la familia es el fundamento esencial de la sociedad. Además el artículo 2 que dispone que los derechos ahí protegidos deben reconocerse a toda persona sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. El artículo 23 inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce el “derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello”.
3. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que establece en su artículo 2° que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”
4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 1° que: “Los estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

Estas normas deben interpretarse a la luz del principio de igualdad, por virtud del cual 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.

e. Conclusiones del Magistrado Adrián Vargas Benavides.

Para el ex magistrado de la Sala Constitucional, la prohibición decretada por el artículo de marras resulta violatoria de los principios y valores que informan nuestra Constitución Política, así como de lo dispuesto en instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica en materia de derechos humanos.

Como consecuencia de ello, la norma dicha debe ser anulada y, en consecuencia, reconocer a las parejas homosexuales todos los derechos que disfrutaban las parejas heterosexuales, entre ellos los relativos a la seguridad social, prestaciones laborales, adopciones, guarda y crianza conjunta de menores, entre otros, por ser derechos accesorios cuya limitación es ilógica, toda vez que no puede eliminarse una discriminación para imponer otra (como lo sería limitar cualquier derecho que ya es otorgado a las parejas heterosexuales en virtud del matrimonio).

En suma, se trata de otorgar 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 este voto salvado, resulta 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, como a las parejas heterosexuales.

De una manera muy bien lograda, el Ex Magistrado resume su decisión de apartarse del criterio de la mayoría:

(...) he decidido apartarme del criterio de mis compañeros, pues estimo que el rompimiento de barreras legales es el primer paso para lograr una evolución verdadera en la mentalidad del sector de la población que desconoce los derechos de la minoría homosexual y de cualesquiera otras minorías afectadas por estigmas discriminatorios

y mermados en sus derechos fundamentales. De lo contrario, no se hace más que reforzar los sentimientos de irracional intolerancia e impedir una integración real e igualitaria de este sector de hombres y mujeres, así como obstaculizar la impostergable puesta en práctica de estrategias de educación y concienciación en torno a la diversidad sexual y a la igualdad como norte ineludible de nuestro sistema político.

2. Voto salvado del Magistrado Ernesto Jinesta Lobo en Sentencia 0762 de las 14:46 del veintitrés de mayo de 2006, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Con relación a la inconstitucionalidad del conocido artículo del Código de Familia, el Magistrado Jinesta Lobo es menos audaz que su colega Vargas Benavides. Para él, si bien el matrimonio entre personas del mismo sexo debe permitirse, deja a salvo algunos efectos jurídicos, tales como la adopción de menores de edad y la patria potestad compartida de éstos.

La interpretación de las normas jurídicas con el propósito de aplicarlas no debe hacerse única y exclusivamente con fundamento en su literalidad. Para desentrañar, entender y comprender su verdadero sentido, significado y alcances es preciso acudir a diversos instrumentos hermenéuticos tales como el finalista, el institucional, el sistemático y el histórico-evolutivo.²⁹⁰

Sin embargo, tratándose de la norma constitucional, la interpretación evolutiva (aquella que toma en consideración la realidad socio-económica e histórica a la cual se aplica una norma jurídica, la cual es variable y mutable por su enorme dinamismo, de tal forma que debe ser aplicada para coyunturas históricas en constante mutación) se impone con mayor

²⁹⁰ Ver Considerando I del voto salvado por el Magistrado Adrián Vargas Benavides en Sentencia 0762 de las 14:46 del veintitrés de mayo de 2006, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

fuerza, en la medida de que le confronta con la realidad o contexto social imperante en un momento histórico determinado, posibilitando la vocación de permanencia relativa del texto fundamental.²⁹¹

Atendiendo a dicho dogma, el artículo 52 de la Constitución Política debe interpretarse de manera evolutiva. Ello implica que debe adaptarse a las nuevas y siempre mutables circunstancias que surgieren en el contexto social. Efectivamente, el precepto no refiere al matrimonio heterosexual, puesto que no limita los contornos de la institución a una unión entre un hombre y una mujer. Al respecto, el único término que emplea es el de cónyuges, que es un rol asumible tanto por personas del mismo como de diferente sexo. Además, aunque la norma comentada proclama que el matrimonio es la base esencial de la familia, esa sola circunstancia no excluye el matrimonio entre personas del mismo sexo. Adicionalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 16, 23 y 17 respectivamente, le reconocen tanto a hombres como a mujeres, a partir de la edad núbil, el derecho a casarse o contraer matrimonio, previo y pleno consentimiento de los contrayentes, sin excluir expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo.²⁹²

La orientación sexual distinta a la comúnmente aceptada no debe ser objeto de discriminaciones. Al prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo, el inciso sexto del artículo catorce del Código de Familia discrimina a estas personas, pues no existe un

²⁹¹ Ídem.

²⁹² Ver Considerando II del voto salvado por el Magistrado Adrián Vargas Benavides en Sentencia 0762 de las 14:46 del veintitrés de mayo de 2006, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

motivo objetivo y razonable para imponerlo, sobre todo si esa institución tiene por objeto fundamental la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio, aspectos que, también, pueden predicarse respecto de una pareja del mismo sexo y no exclusivamente de una heterosexual. Adicionalmente, el entero ordenamiento jurídico interno deviene en discriminatorio, toda vez que no ofrece a parejas del mismo sexo otra alternativa de convivencia.²⁹³

En cuanto a temas como la adopción de menores de edad y la patria potestad compartida de éstos, Jinesta Lobo considera que la presencia de la figura paterna y materna y de sus distintos roles, es derecho del niño en condiciones ordinarias y 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.²⁹⁴

C. Inconstitucionalidad del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia.

1. Precariedad de la interpretación voluntarista de la Sala Constitucional.

En el sub apartado A de la quinta sección del capítulo tercero se efectúa un recuento de la lucha en los estrados constitucionales por la reivindicación del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. Desde ese apartado se estableció que la acción de inconstitucionalidad planteada en el año 2003 en contra del inciso sexto del artículo 14 inciso del Código de Familia de Costa Rica y tramitada en expediente 03-8127-0007-CO, fue la

²⁹³ Ver Considerando IV del voto salvado por el Magistrado Adrián Vargas Benavides en Sentencia 0762 de las 14:46 del veintitrés de mayo de 2006, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²⁹⁴ Ídem.

primera acción de esa naturaleza en contra de la norma mencionada. Esta acción fue rechazada por sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia número 7262-06, de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del año dos mil seis y su contenido ha sido ratificado por fallos posteriores (por ejemplo sentencia 9765-11 de las quince horas y trece minutos del veintisiete de julio de dos mil once, la Sala Constitucional ratificó lo que había establecido en voto 7262-06 y rechazó la consulta judicial, ordenando a la jueza consultante estarse a lo dispuesto en dicho voto).

En aquella oportunidad, la argumentación llevada a cabo por la Sala invocó la autoridad del Constituyente para defender el articulado legal vigente referido a la institución del matrimonio y la conformidad de este con las disposiciones constitucionales en vigor a la actualidad de la emisión del voto. Buena parte del análisis comprende la discusión acerca del contenido y alcance de las nociones de familia y matrimonio, cuestión para cuya resolución se apela a quien escribió y, por lo tanto, pensó en dicha norma: la Asamblea Constituyente de 1949. A partir de esas definiciones tanto se relativiza la importancia de la tarea de precisar en qué consiste la diferencia en los supuestos fácticos que lleva a cabo la norma legal para dar un trato distinto a las parejas homosexuales de las que no lo son (y reconocer a unas sí y no a otras la posibilidad de contraer matrimonio), como se determina que la norma persigue un fin constitucionalmente legítimo.

La decisión del voto de marras, consistente en rechazar la acción de inconstitucionalidad, a la fecha, ha servido como contención para las nuevas iniciativas que pretendan la anular por inconstitucional la prohibición del inciso sexto aludido. Sin embargo, la argumentación esbozada por los magistrados es realmente endeble y, por lo tanto, las tesis allí contenidas carecen del rigor y de la fuerza necesarios para sustentar un estado social de

cosas (v. gr. prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo y de cualquier otro mecanismo para que estas personas unan sus vidas) cuyo equilibrio es verdaderamente precario, por obra del aumento en la intensidad de las luchas (y de los frentes en que se libran) con que las minorías buscan reivindicar los derechos fundamentales que les asisten y estiman conculcados.

Las razones que demuestran la precariedad y debilidad de la interpretación de la mayoría de la Sala Constitucional en Sentencia 0762-2006 son varias. A continuación se enumeran:

1. Las interpretaciones históricas y voluntaristas, como a la que recurre la mayoría de la Sala sentencia 0762-2006, le convierte 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 y como lo puede hacer y, efectivamente, lo ha hecho exitosamente en otras oportunidades.²⁹⁵
2. Aun cuando se predique la constitucionalidad del inciso sexto del artículo 14 del Código de Familia porque su sentido es acorde con el de la Constitución vigente al momento de su promulgación, lo cierto es que ahora es contrario a la Carta evolucionada por la realidad social y el avance hacia una sociedad igualitaria y respetuosa de la dignidad humana, de modo que se configura una inconstitucionalidad sobreviniente. Bajo esa perspectiva la Sala no podría declarar nunca la inconstitucionalidad de una norma que deviene inconstitucional por pasar el tiempo. Esa postura negaría la existencia de la inconstitucionalidad sobreviniente.

²⁹⁵ Ver Voto Salvado del Magistrado Adrián Vargas Benavides en Sentencia 0762 de las 14:46 del veintitrés de mayo de 2006, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

3. Aunque el voto de mayoría parte de que la norma impugnada no es discriminatoria porque las parejas homosexuales no se encuentran en la misma posición jurídica de las parejas heterosexuales, lo cierto es que no existe argumento jurídico legítimo que permita justificar una diferencia de trato como la que hace el inciso de marras. Afirmar con algún grado de probabilidad que no están en la misma situación requiere definir las variables relevantes por virtud de las cuales concurre esa diferencia. Aunque ello es posible recurriendo a disciplinas ajenas al derecho (sociología, psicología, antropología, etc.) también es verdaderamente complicado y un análisis así se extraña en la práctica judicial. En suma, la sentencia no explica en qué radica esa diferencia, evidenciando 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.
4. Tratándose de normas constitucionales, la interpretación evolutiva (aquella que toma en consideración la realidad socio-económica e histórica a la cual se aplica una norma jurídica, la cual es variable y mutable por su enorme dinamismo, de tal forma que debe ser aplicada para coyunturas históricas en constante mutación) se impone con mayor fuerza, en la medida de que le confronta con la realidad o contexto social imperante en un momento histórico determinado, posibilitando la vocación de permanencia relativa del texto fundamental. No es adecuada, por lo tanto, una interpretación voluntarista que se revela como excesivamente conservadora y reacia a los cambios acaecidos con el paso del tiempo.

2. Razones jurídicas que respaldan la tesis de la inconstitucionalidad del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia.

a. La restricción del inciso sexto del artículo 14 del Código de Familia se basa en una categoría sospechosa. Las razones esgrimidas por el Estado, mediante la Sala Constitucional, son altamente cuestionables. Por ello, la distinción efectuada se encuentra fundada en prejuicios y estereotipos, y no en una distinción fáctica objetiva o en fines constitucionalmente legítimos.

La orientación sexual es una categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal suerte que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona.²⁹⁶ Como consecuencia de ello, para justificar una restricción basada en una “categoría sospechosa” (por ejemplo sexo, raza o credo) se deben esgrimir razones de peso y la carga de la prueba debe recaer sobre el Estado, toda vez que, a la luz de los referidos estándares, la restricción se presume invalida. Lo anterior opera como garantía de que la distinción o restricción no se encuentra fundada en prejuicios o estereotipos, que habitualmente rodean a las categorías sospechosas de distinción. Y refuerza la prohibición de que norma, decisión o práctica alguna del derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o particulares, puedan disminuir o restringir – aunque sea en mínimo grado— los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.²⁹⁷ Dicho de otro modo: en función de la protección brindada por la CADH (y también por la otros tratados internacionales de derechos humanos), así como la jurisprudencia reiterada de los órganos del sistema interamericano y otros sistemas de protección, está claro que cualquier distinción basada en la orientación sexual se presume incompatible con las

²⁹⁶ Vid. § 81 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

²⁹⁷ Vid. § 85 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

obligaciones del Estado de respeto y garantía de los derechos humanos, y salvo que se presenten razones de mucho peso constituirá una violación a derechos convencionales.²⁹⁸

El artículo 14 del Código de Familia limita o restringe la institución del matrimonio, declarando como imposible su configuración jurídica frente a determinados supuestos de hecho. Salvando el caso del sexto inciso (cuya crítica es parte de los objetivos de este trabajo) los restantes seis incisos tienen un fundamento objetivo. Por ejemplo, una persona ligada por un matrimonio no puede casarse de nuevo si antes no se divorcia de su actual pareja. Formalmente ello obedece a la configuración del matrimonio en nuestro país, que es el monogámico. La imposibilidad de contraer matrimonio entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad o bien entre hermanos consanguíneos obedece o bien a una imposibilidad de orden biológico vinculada con la procreación entre parientes consanguíneos y por el tabú de las relaciones entre parientes, aun por afinidad. De esta prohibición se deriva el inciso cuarto, al prohibir el matrimonio entre quienes se emparentan por causa de la adopción. Con el propósito de desincentivar una conducta criminal similar, también es prohibido el matrimonio entre el autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges con el cónyuge sobreviviente. Y, sin perjuicio de que tenga otros efectos socialmente funcionales, el inciso séptimo protege principalmente a las niñas y a las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones abusivas, es prohibido el matrimonio de la persona menor de dieciocho años.

La restricción del inciso sexto del artículo 14 del Código de Familia se basa en una categoría sospechosa. Las razones esgrimidas por el Estado, mediante la Sala Constitucional,

²⁹⁸ Vid. § 104 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

son altamente cuestionables y no soportan la embestida de un escrutinio racional serio²⁹⁹ (como ha sido detallado en apartados precedente). Por ello, la distinción efectuada entre parejas homosexuales y heterosexuales y la prohibición de que las primeras contraigan matrimonio entre sí, se encuentra fundada en prejuicios y estereotipos, y no en una distinción fáctica objetiva o en fines constitucionalmente legítimos.

b. De la dignidad de todo ser humano, también deriva la prohibición de realizar cualquier tipo de discriminación que la contradiga. A falta de justificación objetiva y razonable en abono de la prohibición que establece el sexto inciso del artículo 14 del Código de Familia, a las personas homosexuales se les da un trato que va en detrimento de su libertad y dignidad.

El respeto a la dignidad de todo ser humanos es un principio jurídico fundamental contenido por la Constitución Política de nuestro país y la de cualquier otra sociedad democrática contemporánea. De este principio se deriva la prohibición de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Ello obliga a tratar como iguales a quienes lo son y a los desiguales también en esa calidad, de tal suerte que no resulta discriminatorio (ni, por lo tanto, contrario a la dignidad humana) reconocer diferencias entre personas o grupos de ellas, siempre que la diferenciación tenga una justificación razonable y objetiva.

La dignidad es consustancial al ser humano, de modo que cualquier persona es merecedora de respeto sin importar su etnia, religión, costumbres u orientación sexual, entre otros. El inciso de marras, establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva, porque se basa en criterios de orientación sexual,

²⁹⁹ Porque si bien el Estado puede regular e imponer límites al matrimonio, ellos deben ser razonables y objetivos. Un acto limitativo de derechos razonable se define como necesario, idóneo y proporcional. La prohibición de contraer matrimonio, establecida en perjuicio de las parejas homosexuales, no es siquiera necesaria, porque con ella no se protege ningún bien jurídico superior. Por el contrario, lesiona los derechos fundamentales de la minoría homosexual con lo que deviene en contraria al derecho de la Constitución.

discriminando de manera ilegítima a quienes tienen preferencias distintas a las de la mayoría, cuyos derechos e intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos. Al no permitir que una pareja del mismo sexo tenga la posibilidad de contraer matrimonio, tal y como lo puede hacer cualquier persona heterosexual, los homosexuales son tratados de manera diferente, en detrimento de su libertad y dignidad, reduciéndolos a la condición de ciudadanos y ciudadanas de segunda categoría, algo intolerable en una sociedad democrática y plural como la diseñada por el constituyente.

c. La falta de consenso al interior de algún país sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede legitimar la negación o restricción de sus derechos humanos ni tampoco la perpetuación o reproducción de la discriminación histórica que estas minorías han sufrido.

Aunque es cierto que la sociedad y las instituciones democráticas costarricenses históricamente han sido profundamente influidas por la Iglesia Católica y, posiblemente, como consecuencia del fuerte arraigo de los valores y principios cristianos en la mentalidad de amplios sectores de la sociedad de este país, estos sean reacios a la posibilidad de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cierto es que la dignidad e igualdad humana no dependen del consenso social, porque se trata de valores inherentes a la condición humana sin excepciones.

Por ello es que la falta de consenso al interior de algún país sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede legitimar la negación o restricción de sus derechos humanos ni tampoco la perpetuación o reproducción de la discriminación histórica que estas minorías han sufrido.³⁰⁰

³⁰⁰ Vid. § 83 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

d. La interpretación de las normas de derechos humanos, como instrumentos vivos que son, deben realizarse al tenor de la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Por ello, aun cuando los artículos 51 y 52 constitucionales no definen qué ha de entenderse por familia o matrimonio, y probablemente respondían a la concepción que el Constituyente se figuró acerca de uno y otro, en la actualidad no puede entenderse a la familia solamente como la nuclear, porque no existe un único modelo de familia. En el mismo sentido, el matrimonio no puede entenderse únicamente como el matrimonio heterosexual.

De conformidad con el artículo 29 de la CADH, los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.³⁰¹

Los artículos 51 y 52 no definen qué ha de entenderse por familia o matrimonio, por lo que deberá dársele contenido a partir de la realidad social. Según esto, en la actualidad, no puede entenderse a la familia solamente como la nuclear, compuesta por madre, padre e hijos, porque esta concepción de familia, basada solo en la capacidad de procreación y de asistencia de los hijos es retrógrada.

Por ejemplo, al respecto la Corte IDH afirma que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar³⁰²y, de conformidad con ello, la Comisión IDH asegura que **la**

³⁰¹ Vid. § 82 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*

³⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. N° 239, párrafo 172. (Vid. § 114 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.*)

familia diversa es objeto de protección, por parte de la Convención Americana.³⁰³

Además, la Corte IDH estableció que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana.³⁰⁴

e. El matrimonio es un derecho fundamental y, en consecuencia, es inherente a la propia condición humana, sin importar la orientación sexual de la persona.

El matrimonio es, en sí mismo, un derecho fundamental. En consecuencia, si el matrimonio es un derecho fundamental, es inherente a la propia condición humana sin importar la orientación sexual de la persona. Y así se deriva de los artículos 52 constitucional y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como el 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinando que en virtud de ello no puede ser impedido u obstaculizado de modo irrazonable por el Estado.³⁰⁵

f. Si el matrimonio es un derecho fundamental, la protección a las parejas homosexuales no es materia que debe ser reservada al legislador. Aceptar esta circunstancia es, tácitamente, negar la importancia de los principios y derechos constitucionales en juego, además de desconocer el plano de igualdad en que se encuentran las parejas homosexuales con relación a las demás. Forzar otras figuras del derecho para regular todo lo relativo a las uniones de personas del mismo sexo no es procedente porque 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, podría propiciar y acrecentar la discriminación y la homofobia.

³⁰³ Vid. § 82 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.

³⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. N° 239, párrafo 175. (Vid. § 114 de las *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica*.)

³⁰⁵ Al respecto, el Magistrado Adrián Vargas Benavides cita la sentencia 3693 de las 09:18 horas del veintidós de julio de 1994, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Además, por ser derecho fundamental, la protección a las parejas homosexuales no es materia que debe ser reservada al legislador. Aceptar esta circunstancia es, tácitamente, negar la importancia de los principios y derechos constitucionales en juego en este caso, además de desconocer el plano de igualdad en que se encuentran las parejas homosexuales con relación a las demás. Además, forzar otras figuras del derecho para regular todo lo relativo a las uniones de personas del mismo sexo no es procedente porque 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, podría propiciar y acrecentar la discriminación y la homofobia.

Sección Segunda. Proyecto de ley 16.390 (Proyecto de Ley de Uniones Civiles en Costa Rica).

Mediante expediente 16390 se discutió el Proyecto de Uniones Civiles en Costa Rica, que fue presentado en 2005, pero archivado en el año 2010. El proyecto de ley pretendía establecer una regulación que permita a las personas del mismo sexo establecer relaciones sentimentales que tengan efectos jurídicos. La exposición de motivos que presenta el proyecto, señala que debe otorgarse un trato igualitario y no discriminatorio para las personas que establezcan relaciones de convivencia con personas de su mismo sexo, de forma que la regulación les permita, al igual que a las personas con orientación heterosexual, acceder a los bienes generados durante la convivencia, a heredar al compañero, a la seguridad social por

los beneficios de su compañero, al reconocimiento de estatus migratorios derivados de la unión civil, entre otros.³⁰⁶

La propuesta formulada, consiste en adecuar los artículos del Código de Familia que regulan el matrimonio, para que sean aplicados a las uniones entre personas del mismo sexo. En algunos casos, la adecuación consiste únicamente en cambiar la palabra matrimonio o cónyuge por unión civil o pareja.³⁰⁷

Así, el proyecto proponía mantener los mismos requisitos, impedimentos y efectos para los matrimonios y para las uniones civiles.³⁰⁸ Sin embargo, sí presenta algunas diferencias en cuanto a la regulación actual del matrimonio. La primera de ellas es la ausencia total de una referencia a la existencia de hijos en la pareja, lo cual puede interpretarse como que los legisladores están diseñando un sistema en donde no se permita a las parejas homosexuales la adopción de menores de edad. No obstante, esta situación no es clara en el proyecto de ley.³⁰⁹

³⁰⁶ Ver apartado I de la Opinión Jurídica OJ-095-2007 del 21 de setiembre de 2007 de la Procuraduría General de la República, suscrita por la Procuradora Adjunta Grettel Rodríguez Fernández, dirigida a la Licenciada Rocío Barrientos Solano, Jefa de Área de la Comisión Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa.

³⁰⁷ Ver apartado III de la Opinión Jurídica OJ-095-2007 del 21 de setiembre de 2007 de la Procuraduría General de la República, suscrita por la Procuradora Adjunta Grettel Rodríguez Fernández, dirigida a la Licenciada Rocío Barrientos Solano, Jefa de Área de la Comisión Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa.

³⁰⁸ Ver apartado III de la Opinión Jurídica OJ-095-2007 del 21 de setiembre de 2007 de la Procuraduría General de la República, suscrita por la Procuradora Adjunta Grettel Rodríguez Fernández, dirigida a la Licenciada Rocío Barrientos Solano, Jefa de Área de la Comisión Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa.

³⁰⁹ Ver apartado III de la Opinión Jurídica OJ-095-2007 del 21 de setiembre de 2007 de la Procuraduría General de la República, suscrita por la Procuradora Adjunta Grettel Rodríguez Fernández, dirigida a la Licenciada Rocío Barrientos Solano, Jefa de Área de la Comisión Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa.

Sin embargo, la imposibilidad biológica de que las parejas homosexuales puedan procrear por sí mismas, no significa que en dichas relaciones no puedan existir menores involucrados (piénsese en los hijos que dichas parejas tengan, sea por relaciones anteriores o por otras circunstancias), por ello la ausencia de regulación tampoco permitiría normar las relaciones entre las parejas homosexuales, resultando el proyecto insuficiente en este aspecto.³¹⁰

Adicionalmente, el proyecto de ley establecía la posibilidad de reconocer efectos patrimoniales a las uniones de hecho con dos o más años de convivencia (artículo 37). Como resulta evidente, el tiempo mínimo de convivencia requerido para que surtan los efectos patrimoniales es menor que el tiempo mínimo requerido para que las uniones de hecho entre parejas heterosexuales surtan efectos (tres años, de conformidad con el artículo 242 del Código de Familia).³¹¹

Con posterioridad a esta iniciativa, surgieron otras. Pueden citarse las siguientes:

1. Modificación del artículo 242 del Código de Familia, Ley N° 5476 del 21 de diciembre de 1973 y sus reformas, expediente N° 16.182.
2. Ley de Sociedades de Convivencia denominado anteriormente “Ley de Unión Civil de Personas del mismo Sexo”, expediente N° 16390.
3. Ley de Sociedades de Convivencia, tramitado bajo el expediente N° 17.668.

³¹⁰ Ver apartado III de la Opinión Jurídica OJ-095-2007 del 21 de setiembre de 2007 de la Procuraduría General de la República, suscrita por la Procuradora Adjunta Grettel Rodríguez Fernández, dirigida a la Licenciada Rocío Barrientos Solano, Jefa de Área de la Comisión Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa.

³¹¹ Ver apartado III de la Opinión Jurídica OJ-095-2007 del 21 de setiembre de 2007 de la Procuraduría General de la República, suscrita por la Procuradora Adjunta Grettel Rodríguez Fernández, dirigida a la Licenciada Rocío Barrientos Solano, Jefa de Área de la Comisión Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa.

4. Ley de Regulación de las Uniones de Hecho entre Personas del Mismo Sexo, tramitado bajo expediente N° 17.844.

En la actualidad, el proyecto más reciente es la Ley de Sociedades de Convivencia, llevada a cabo bajo expediente 18,481 y presentada en la Asamblea desde agosto de 2012. Este proyecto contiene el reconocimiento y protección estatal de la sociedad de convivencia (entendida como la relación singular y libre entre dos personas mayores de edad del mismo sexo y con capacidad jurídica plena, que manifiesten su voluntad de permanencia y ayuda mutua y que poseerán los derechos y deberes personales y patrimoniales que la ley establezca), establecida de conformidad con lo dispuesto por la misma ley. La posibilidad al corto plazo de que este proyecto prospere es bastante remota, porque el panorama legislativo actual es poco halagüeño.³¹²

Sección Tercera. Desafíos a los que se enfrenta la aprobación del Matrimonio entre parejas del mismo sexo en Costa Rica.

Desde el capítulo segundo de este trabajo se enfatiza en la importancia de considerar las variables extra jurídicas que inciden sobre las actitudes de las personas que conforman una comunidad (en particular el pueblo costarricense) con relación al reconocimiento jurídico e institucionalización de las uniones entre personas del mismo sexo.

Por ejemplo, si se retoma el estudio referido en aquel apartado del trabajo, mediante el cual Vanessa Smith-Castro y Mauricio Molina-Delgado³¹³ exploran el impacto relativo de la religiosidad, el autoritarismo, la homofobia y el contacto con personas homosexuales en el

³¹² Jiménez, Eilyn. "Proyecto de Ley de Sociedades de Convivencia acumula 1,000 mociones en el Congreso". *La Nación*. Sección de Nacionales. 24 de junio de 2016.

³¹³ Smith-Castro, Vanessa, Molina-Delgado, Mauricio. "Actitudes hacia el matrimonio y la unión civil gay en Costa Rica: ¿religiosidad, homofobia, autoritarismo o desconocimiento?". *Revista Interamericana de Psicología*. Vol. 45. N° 2 (Mayo-agosto, 2011): 133-143.

rechazo o apoyo a las iniciativas de matrimonio y unión civil gay en Costa Rica, se tiene una explicación razonable del rechazo popular hacia las iniciativas que proponen el reconocimiento jurídico e institucionalización de las uniones entre parejas del mismo sexo, a partir de la constatación de que una combinación particular de alta ortodoxia religiosa, alto autoritarismo homofóbico y poco contacto con personas homosexuales disminuyen las probabilidades de apoyar esas iniciativas. Ello da cuenta del primer obstáculo con el que deberá lidiar el matrimonio entre parejas del mismo sexo para ser aprobado: la simpatía de las mayorías. En un país con gran arraigo de los valores y dogmas cristianos, las posibilidades de que prospere una iniciativa similar son remotas.

En el plano legislativo, atendiendo al estado actual de proyectos afines al matrimonio entre parejas del mismo sexo³¹⁴, el panorama no es tampoco muy optimista. Con una agenda comprometida, un proceso de elaboración y votación de las leyes lento, además de la pugna de grupos de interés en contra de estos proyectos, aleja la oportunidad para legislar sobre el tema.

En el plano judicial, se requiere el abandono del criterio de la sentencia 0762-2006 para reformular las acciones correspondientes en contra de la prohibición de la legislación nacional. Al largo plazo, con una conformación distinta de magistrados, probablemente se materialice la posibilidad. Hasta ese momento, es poco lo que se puede hacer.

La respuesta por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la consulta formulada por el gobierno de Costa Rica, a fin de que el tribunal interprete las obligaciones

³¹⁴ Jiménez, Eillyn. "Proyecto de Ley de Sociedades de Convivencia acumula 1,000 mociones en el Congreso". *La Nación*. Sección de Nacionales. 24 de junio de 2016.

sobre la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo, por la vinculatoriedad de su respuesta puede obligar al Estado a introducir cambios en la legislación nacional al corto plazo. Sin embargo, debe tenerse claro que la consulta tiene que ver con los efectos económicos y patrimoniales derivados del vínculo entre personas del mismo sexo. Es decir, el problema de fondo (la discriminación operada por el Estado costarricense, al prohibir el matrimonio contraído entre personas del mismo sexo) subsiste y su solución aun seguiría sin plantearse.

CONCLUSIONES

Como resultado del desarrollo del presente proceso investigativo, se pueden llegar a las siguientes conclusiones:

1. La familia y el matrimonio han sido objeto de una evolución histórica donde ha variado su estructura y su percepción en la sociedad.

2. A pesar de que anterior a su promulgación ya existía legislación referente al Derecho de Familia, la creación del Código de Familia en 1973, es considerado el punto más importante en esta materia.

3. Los aspectos extrajurídicos tales como religiosos, sociológicos y morales, influyen directamente en la subjetividad del legislador nacional, así como de la mayoría de operadores del Derecho al momento de dar un dictamen sobre la legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema judicial costarricense.

4. El impacto de la religiosidad, el autoritarismo, la homofobia y el poco contacto con las personas homosexuales, alimentan el rechazo del matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica.

5. La realidad social costarricense demuestra la existencia de otras relaciones de pareja, las que no encuentran tutela de manera completa en nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose en una situación de desigualdad y de falta de protección para sus interés como pareja y como persona limitando sus derecho civiles, tal es el caso de las uniones entre personas del mismo sexo.

6. El matrimonio entre personas homosexuales es un tabú que algunos sectores de la sociedad consideran inmodificables con fundamento en argumento religiosos, culturales, antropológicos, biológicos y demás, sin embargo, jurídicamente no tienen un grado de permanencia inmodificables.

7. No hay norma alguna ni constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos de la que se derive la concepción el matrimonio y que restrinja la unión entre personas del mismo sexo.

8. La orientación sexual se encuentra comprendida dentro de la prohibición de discriminación establecida en los distintos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, dicha discriminación existe en el ordenamiento jurídico costarricense, por lo que debe ser examinada estrictamente.

9. El análisis de derecho comparado realizado a la normativa internacional, demuestra la existencia de grandes rezagos en el derecho de familia costarricense.

10. La protección de la familia y la vida familiar contemplada en la Convención Americana de los Derechos Humanos incluye a las familias diversas, que a su vez incluyen a las parejas del mismo sexo.

11. La Constitución Política costarricense no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, prohibición que sí está establecida en el sexto inciso del artículo 14 de Código de Familia siendo una norma de inferior rango.

12. Si una norma internacional otorga derechos fundamentales a las personas, debe prevalecer sobre cualquier norma de derecho nacional, como no sucede en Costa Rica con el derecho fundamenta al matrimonio de las personas del mismos sexo.

13. Que el proyecto de ley 18.481 analizado en la presente investigación, es una solución normativa respetuosa de los instrumentos internacionales y resoluciones de la Corte Interamericana y Tribunal de Estrasburgo, en virtud de su sintonía con los derechos humanos, por lo que implica una propuesta importante, imperiosa de ser adoptada por el Estado costarricense, ante una realidad social, que demanda justicia y equidad, en la distribución de los derechos patrimoniales adquiridos en las diferentes relaciones familiares

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

- Abundis, María, Ortega, Miguel. *Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara (Centro Universitario de la Costa), 2010.
- Aristóteles. *La política*. 10ª edición. Trad. de Patricio Azcárate. Madrid: Espasa-Calpe S.A., 1965.
- Belluscio, Augusto. *Manual de derecho de familia*. 1ª reimpresión de la 7ª edición actualizada y ampliada. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- Berger, Peter. *Introducción a la Sociología. Una perspectiva humanística*. 2ª edición. Trad. de Sara Galofre Llanos. México: Editorial Limusa, 1971.
- Bogdandy, Armin von, Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela (coordinadores). *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2014.
- Bueno, Gustavo. *El sentido de la vida. Seis lecturas de filosofía*. Oviedo: Pentalfa Ediciones, 1996.
- Chomali, Fernando. *Algunas consideraciones para el debate actual acerca de la homosexualidad. Antecedentes científicos, antropológicos, éticos y jurídicos en torno a las personas y las relaciones homosexuales*. Santiago: Centro de Bioética de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008.

De Zan, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2004.

Di Pietro, Alfredo, Lapieza, Ángel. *Manual de derecho romano*. 1ª reimpresión de la 4ª edición. Buenos Aires: Depalma, 1992.

Fournier, Fernando. *Historia del derecho*. San José, Costa Rica: Ediciones Juricentro S.A., 1978.

Iglesias, Juan. *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. 15ª edición. Barcelona: Ariel, 2004.

Kemelmajer de Carlucci, Aída (directora). *La familia en el nuevo derecho*. Ts. I y II. Santa Fe: Rubinzal-Culconi Editores, 2009.

Kunkel, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. 1ª reimpresión de la 9ª edición. Trad. de la 4ª edición alemana por Juan Miquel. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1989.

Peña García, Carmen. *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y doctrina canónica*. Madrid: Departamento de publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2004.

Rachels, James. *Introducción a la filosofía moral*. 1ª edición en español. Trad. de la 4ª edición en inglés por Gustavo Ortíz Millán. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

Sáenz, Jorge. *Elementos de historia del derecho*. San José, Costa Rica: ISOLMA, 2012.

Trejos, Gerardo. *Derecho de la Familia*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2010.

Trabajos finales de graduación

Maryl Levy, Avi. “Análisis comparativo entre el instituto del divorcio costarricense y el instituto del divorcio en las comunidades judías”. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002.

Artículos de revista

Arias Castro, Tomás. “Historia de la Comisión Codificadora de 1882 y el Código Civil de 1888”. *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 128 (Mayo-Agosto, 2012): 21-46.

Cardoso, Emanuela. “Género, heteronormatividad y argumentos a favor del matrimonio homosexual en la jurisprudencia de los tribunales brasileños”. *Revista Dilemata*. N° 11 (2013): 207-234.

Hipp, Roswitha. “Orígenes del matrimonio y de la familia modernos”. *Revista Austral de Ciencias Sociales*. N° 11 (2006): 59-78.

Íñiguez Manso, Andrea Rosario. “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° 43 (Diciembre, 2014): 495-516.

Smith Castro, Vanessa, Molina Delgado, Mauricio. “Actitudes hacia el matrimonio y la unión civil gay en Costa Rica: ¿religiosidad, homofobia, autoritarismo o desconocimiento?”. *Revista Interamericana de Psicología*. Vol. 45. N° 2 (Mayo-agosto, 2011): 133-143.

Zárate Cuello, Amparo, Peña Collazos, Wilmar, Rodríguez Egea, Víctor. “Matrimonio homosexual en Colombia: perspectivas desde la filosofía, sociología, bioética, bioderecho y el desarrollo en la sociedad global”. *Revista educación y desarrollo social*. Vol. 10. (2016): 200-213.

Hernández Martínez, Freddy Antonio. “La clasificación sospechosa y la amplitud constitucional en los Estados Unidos: Un análisis a las constituciones de los 50 estados”. *Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico*. Vol. 84. N° 2 (2015): 295-319.

Artículos de periódico

Castrillo Fernández, Yashin. “Imposibilidad legal del matrimonio homosexual”. *La Nación*. Sección de Opinión. 19 de mayo de 2013.

Jiménez, Eillyn. “Proyecto de Ley de Sociedades de Convivencia acumula 1,000 mociones en el Congreso”. *La Nación*. Sección de Nacionales. 24 de junio de 2016.

Documentos jurídicos

Castrillo Fernández, Yashin. *Observaciones a la Solicitud de Opinión Consultiva OC-24 presentada por el Estado de Costa Rica*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/21_castrillo_fernandez.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Observaciones a la Solicitud de Opinión Consultiva OC-24 presentada por el Estado de Costa Rica*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/1_cidh.pdf