

EL DEBER DEL ESTADO COSTARRICENSE DE TUTELAR EL MATRIMONIO Y EL DERECHO A FORMAR UNA FAMILIA ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Natalia Gamboa Sánchez¹

Defensora Pública de la
Unidad de Impugnación de Sentencia
Defensa Pública de San José

RESUMEN: El debate sobre el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo ha cobrado actualidad, pese a que la Sala Constitucional costarricense lo descartó en el año 2006, así como rehusó la tutela de la unión de hecho entre personas del mismo sexo en el año 2010. Este artículo tiene como propósito sustentar por qué razón existe un deber del Estado costarricense de abrir la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo. Para ello, se realizará un recorrido por la normativa internacional de los derechos humanos; la normativa interna; las soluciones del derecho comparado; los debates doctrinales; los debates constitucionales, y finalmente, los criterios interpretativos más relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo Derechos Humanos, para así concluir señalando por qué una postura coherente con la mejor tutela de los derechos fundamentales exige el reconocimiento de la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo.

¹ Defensora Pública de la Unidad de Impugnación de Sentencias de San José. Licenciada en Derecho (UCR). Máster en Criminología (UNED). Máster en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante). Estudiante del Doctorado en Derecho (UCR).

PALABRAS CLAVES: Derechos Humanos, matrimonio igualitario, unión de hecho, parejas del mismo sexo, derecho comparado, reconocimiento.

ABSTRACT: The debate about rights for same-sex marriage has increased in its importance lately, even though the Costa Rican's Sala Constitucional dismissed this idea in 2006. The Costa Rican's Sala Constitucional also denied, in 2010, the opportunity for same-sex couples to be acknowledged as a "Common Law Union". This article aims at supporting the reasons why the Costa Rican government has the duty to allow same-sex couples access to marriage. Thus, the International Human Rights Law, the Costa Rican legal system, the solutions given by comparative law (in addition to doctrinal and constitutional debates), the most relevant jurisprudential criteria of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights are analyzed in order to highlight the reasons why keeping a viewpoint based on the principles of Human Rights facilitates the recognition of same-sex marriage.

KEYWORDS: Human rights, equal marriage, Common Law Union, same sex couples, comparative law, recognition.

Fecha de recepción: Primero de octubre de 2016.

Fecha de aprobación: 16 de noviembre de 2016.

INTRODUCCIÓN

La discusión sobre la libertad matrimonial y el derecho a formar una familia por personas del mismo sexo es un tema de actualidad. El debate constitucional

comparado en los últimos años brinda una serie de criterios interpretativos que favorecen su reconocimiento, lo que contrasta con la posición legislativa y constitucional que hasta la fecha ha mantenido Costa Rica.

En el caso costarricense, existe una limitación en el Código de Familia para que parejas del mismo sexo puedan optar por la institución del matrimonio, o bien, que su unión sea reconocida por el Estado con las consecuencias legales que ello implica. Esto motivó la interposición de sendos recursos ante la Sala Constitucional que buscaban la declaratoria de inconstitucionalidad de esta prohibición, al considerarla contraria al principio de igualdad y de no discriminación, consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, sin embargo, fueron rechazados señalando que el constituyente construyó la idea del matrimonio para personas heterosexuales.

Pese a ello, en los últimos años han surgido una serie de reformas constitucionales y pronunciamientos dirigidos al reconocimiento del matrimonio homosexual, que apuestan por un cambio de este paradigma que cada vez más se acerca al reconocimiento pleno del matrimonio entre personas del mismo sexo como un derecho humano:

El año pasado, Ban Ki-moon, continuó su apoyo público al matrimonio entre personas del mismo sexo, refiriéndose a la reciente decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el Caso Obergefell Vs. Hodges como “un gran paso adelante” y comentando: “Negar a las parejas el reconocimiento legal de su relación abre la puerta a la discriminación generalizada”. Dicha promoción de un secretario general sobre un tema que goza de poco apoyo entre los Estados miembros es prácticamente desconocida. Y con las agencias de la ONU designando recientemente treinta nuevos puestos designados como puntos focales para los derechos LGTB, la maquinaria está lista para ejercer unos esfuerzos aún más generalizados en la promoción del matrimonio entre personas del mismo sexo en la ONU. Algunos organismos de la ONU han

adoptado la misma postura a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo. **El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)**, por ejemplo, declaró explícitamente en una publicación de 2014 que **apoya la promulgación de leyes estatales que proporcionan un “reconocimiento legal” a “parejas del mismo sexo.”** Del mismo modo, **los órganos de supervisión de tratados de las Naciones Unidas** están comenzando a promover el matrimonio entre personas del mismo sexo cuando se les presenta la oportunidad, a pesar de que dicha promoción se sitúa completamente fuera del ámbito de sus mandatos (Coleman, 2016) (La negrita es propia).

Las discusiones que se han suscitado a raíz de este tema ponen de manifiesto que no es un argumento compartido el que el matrimonio es una institución que puede ser regulada de forma libre por cada uno de los Estados, en el tanto para un sector importante involucra el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación.

El replanteamiento de la discusión en el ámbito costarricense y su proyección en cuanto a las implicaciones sobre los derechos humanos es el objeto de análisis de este trabajo. Desde nuestro enfoque, existe una obligación del Estado costarricense de reconocer el matrimonio y el derecho a formar una familia entre personas del mismo sexo. El punto de partida lo constituyen las cláusulas de la igualdad 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que regulan respectivamente los derechos a la igualdad y no discriminación:

1.1. 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.

24. Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Para sustentar la hipótesis de trabajo, es esencial realizar un recorrido de la normativa internacional de protección de los derechos humanos, la normativa nacional, los debates doctrinales, los debates constitucionales, las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esta forma lograremos comprender los alcances del derecho a la libertad matrimonial y a formar una familia en el ámbito de los derechos humanos; describir la situación actual en Costa Rica, en cuanto a las disposiciones y la jurisprudencia nacional respecto del derecho a la libertad matrimonial y el derecho a formar una familia; analizar las sentencias constitucionales y otros pronunciamientos de los tribunales y organismos internacionales, que incorporan y desarrollan la tutela del derecho a la libertad familiar y a formar una familia y determinar las alternativas para la tutela del derecho a formar una familia tanto a nivel interno como internacional.

1. LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, establecen que la familia debe ser considerada un “elemento natural y fundamental” de la sociedad.

Para materializar esa protección, se establece el derecho a casarse y a fundar una familia; la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges y el derecho a la protección de la familia, la cual no debe sufrir injerencias arbitrarias.

La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone su protección en el artículo 16:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

En una línea similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 23 señala:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos 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 a los hijos.

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, originalmente se reconoció en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que en su artículo VI señala: *“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”*.

El artículo 17 párrafo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por el Estado:

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.

El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina que:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del

cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales se refiere a este derecho de forma más detallada en el artículo 15:

Derecho a la Constitución y Protección de la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a) conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b) garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c) adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de

garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; d) ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

Las normas referidas permiten aseverar que la posibilidad de fundar lazos de pareja y, eventualmente, formar una familia, son derechos inherentes a la persona por su condición humana. No obstante, no ha existido un acuerdo sobre qué debe entenderse por familia y cuál es el alcance de su protección.

El concepto de familia ha sido interpretado de distintas formas en el decurso de la historia, desde la idea de una familia en un sentido "tradicional" y restrictivo, hasta una visión más abierta y plural. La Corte Interamericana como intérprete autorizada de la Convención Americana, indicó que respecto al concepto de familia:

(...)[E]n la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio (Atala Riffo y niñas vs Chile, 2012).

Respecto de los estereotipos y funciones que tradicionalmente se han asignado a la familia, señaló:

(...) no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el

bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas (Fornerón e hija vs. Argentina, 2012).

Debe señalarse que, respecto del tema del matrimonio entre personas del mismo sexo, la Corte Interamericana no se ha pronunciado expresamente y sus análisis corresponden propiamente al concepto de familia².

En el ámbito del derecho europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos señala en su artículo 12:

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

En el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encontraremos fallos en los que se aparta del criterio del sexo biológico para definir el matrimonio, con la aceptación de que la imposibilidad para procrear no puede ser un obstáculo al matrimonio y reconoce del derecho a contraer matrimonio a un transexual (*Christine Goodwin vs Reino Unido*, 2002). En la sentencia *Schalk and Kopf vs. Austria* sostuvo que el criterio de familia hoy en día no requiere la existencia de un niño para que se materialice de forma o de facto, ni para prohibir el matrimonio. Sin embargo, a criterio del Tribunal, aún cuando en materia de derechos humanos priva una interpretación evolutiva, no permite entender que en virtud del artículo 12, los Estados partes están obligados a proveer acceso al matrimonio para las parejas del mismo sexo, a pesar de que no puede ser entendida la disposición como prohibitiva de la unión de estas parejas, dejándolo al margen de libre apreciación de los Estados (*Shalk and Kopf v. Austria Judgment*, 2010).

² El Estado costarricense solicitó dos opiniones consultivas a la Corte Interamericana: La primera de las consultas se refiere a si el derecho de las personas a modificar su nombre, de acuerdo a su identidad sexual, se encuentra protegido. (...) La segunda consulta hecha por Zapote se refiere a si los derechos patrimoniales, derivados de un vínculo entre personas de un mismo sexo, se encuentran protegidos por la Convención; además consultan si es necesario que exista una figura jurídica que regule estas relaciones (Madrigal, 2016).

El criterio expuesto por el Tribunal Europeo, ha llevado al cuestionamiento desde la doctrina, en virtud de lo siguiente:

En efecto, tal como expresamos *ut supra*, el ámbito del margen dependerá de las circunstancias, la materia y los antecedentes, pero además si no existe consenso entre los Estados partes, como tampoco uniformidad sobre cuestiones morales, a propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo. ¿Es admisible diferir al criterio de los Estados partes cuando se traten de cuestiones relacionadas a la orientación sexual, en particular, el matrimonio entre personas del mismo sexo? (Reyes, 2014).

Este señalamiento, nos lleva a considerar los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que regulan respectivamente los derechos a la igualdad y no discriminación:

1.1. 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.

24. Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Para la Corte Interamericana, un acto discriminatorio del Estado será examinado bajo uno u otro artículo dependiendo respecto a qué se realiza un tratamiento diferenciado, irrazonable y no objetivo. Si la conducta del Estado es discriminatoria respecto a uno o varios derechos garantizados por la Convención, entonces la imputación de responsabilidad se realiza según el artículo 1.1. Esto

implica que, si se vulnera cualquiera de los derechos consagrados en la convención, también se ha vulnera el artículo 1.1, en vista de que el Estado no ha cumplido con el deber general de garantía. Si la conducta discriminatoria se refiere a “una protección desigual de la ley interna,” entonces se entiende que la imputación de responsabilidad es bajo el artículo 24 de la Convención (Reyes, 2014).

Como se adelantó, en este ensayo partimos del principio de igualdad y no discriminación para el análisis del matrimonio entre personas del mismo sexo. Ambos principios forman parte del *jus cogens* y esto tiene especial relevancia:

El derecho a la igualdad y no discriminación son principios básicos de toda sociedad democrática bajo la protección de derechos humanos. Permean todo el ordenamiento jurídico doméstico e internacional, y en el estado actual del desarrollo del derecho, el mismo ha entrado al dominio del *jus cogens*. El hecho de que pertenezca al dominio del *jus cogens* significa que no puede prevalecer otro valor o bien sobre una norma *jus cogens* salvo que sea de la misma naturaleza, tal como se deriva del artículo 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Reyes, 2014).

Como garantía adicional de protección a la familia, los instrumentos internacionales establecen el deber de protección de todas las personas contra cualquier injerencia ilegal, arbitraria o abusiva en su vida familiar.

El artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

(...) 2. 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 o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, en el artículo V, dispone: *"Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar"*.

En igual sentido, la Declaración Americana de Derechos Humanos en su artículo 12 prescribe que:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, postula que:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Finalmente, sobre los estereotipos fundados en razón del sexo la Convención Belém Do Pará indica en el artículo 6 que:

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (...)

En lo que interesa, el artículo 8 dispone:

Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: (...) b) modificar los

patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer; (...)

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en el Preámbulo reconoce *“que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia, (...)”*.

Por su parte, el artículo 5 de dicha Convención dispone:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; (...)

El marco jurídico expuesto, ha llevado a formular los siguientes cuestionamientos a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial:

¿La imposibilidad de dos personas de contraer matrimonio atenta contra su intimidad privada y familiar? ¿Que el Estado no legalice el matrimonio homosexual comporta una intromisión ilegítima en su vida privada? ¿La desprotección o desigualdad jurídica de una convivencia estable entre dos personas del mismo sexo que ocasiona la no legalización del matrimonio homosexual es contraria al derecho a la vida privada y familiar? ¿Ese derecho implica necesariamente

abrir o extender el matrimonio? (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

Respecto al derecho a la igualdad y la no discriminación se plantea:

¿Definir legalmente el matrimonio como la unión de hombre y mujer es discriminatorio? ¿Implica una desigualdad de trato carente de justificación que, en último extremo, niega a las parejas homosexuales y a las familias por ellas constituidas el estatus jurídico previsto legalmente para las parejas y familias heterosexuales? ¿Cuál es la finalidad constitucional legítima que justifica la diferencia? (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

De seguido señalaremos cuál ha sido la posición legal, doctrinal y jurisprudencial al respecto. Como se verá, se mantienen diversos puntos de vista según el énfasis en la interpretación. Para el análisis que se propone en este trabajo, se parte del principio de interpretación evolutiva, que en los términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos implica:

37. (...) la Declaración Americana se basa en la idea de que “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución” (Considerando tercero). Este derecho americano ha evolucionado desde 1948 hasta hoy y la protección internacional, subsidiaria y complementaria de la nacional, se ha estructurado e integrado con nuevos instrumentos. Como dijo la Corte Internacional de Justicia: “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar” (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory

Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31). Por eso la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración (Opinión Consultiva OC-10/89, 1989).

2. LA NORMATIVA NACIONAL

La Constitución Política de Costa Rica reafirma el principio de igualdad y la prohibición de discriminación en el artículo 33: *"Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana."*

Los alcances del principio de igualdad han sido definidos por la Sala Constitucional costarricense, e interesa destacar el criterio vertido respecto del Reglamento Técnico Penitenciario que permitía la visita íntima para las personas privadas de libertad únicamente cuando ésta fuera con una persona del sexo opuesto:

"El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho esta 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 debe existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva" **V.-**

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: Adoptando como parámetro las anteriores consideraciones, se puede afirmar que la norma impugnada sí quebranta el principio de igualdad. Este Tribunal ha reconocido ampliamente que un principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de nuestro país es el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Pero ¿qué implica ese principio?, en palabras simples, implica dar un trato igual a iguales y desigual a desiguales, por lo que es constitucional reconocer diferencias entre personas o grupos de ellas, claro está, siempre y cuando, exista una diferenciación justificada de forma razonable y objetiva. Por lo tanto, la dignidad humana no puede violentarse a través de normas legales que no respeten el derecho inalienable que tiene cada persona a la diversidad, tal como sucede con la norma que se impugna en la presente acción, la cual establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva, pues se basa en criterios de orientación sexual, discriminando ilegítimamente a quienes tienen preferencias distintas de las de la mayoría, cuyos derechos o intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos. Tomando en cuenta que la norma tiene como fin el permitir el contacto de con el mundo exterior con el objeto

de consentir la libertad sexual de los internos, la diferencia de trato no se encuentra justificada, toda vez que los privados de libertad con una orientación sexual hacia personas del mismo sexo, se encuentran en la misma situación fáctica de los privados de libertad con una orientación heterosexual, situación que resulta contraria no solamente al derecho de igualdad, sino también al derecho que tienen los privados de libertad de ejercer su derecho a comunicarse con el mundo exterior por medio de la visita íntima. Con base en las razones anteriormente expuestas, esta Sala estima que la frase "que sea de distinto sexo al suyo" del artículo 66 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario, resulta a todas luces contrario al artículo 33 de la Constitución Política, por cuanto limita el derecho de autodeterminación sexual de los privados de libertad homosexuales (13800-2011, 2011).

Respecto al matrimonio, los artículos 51 y 52 de la Constitución Política de Costa Rica establecen, respectivamente:

Artículo 51. La familia como elemento natural y fundamento 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.

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

Las normas constitucionales como puede colegirse, no establecen que el reconocimiento de la familia o el matrimonio con la consecuente protección a través de normas esté reservado a parejas heterosexuales³.

³ Adicionalmente, el artículo primero de la Constitución Política reformado en el año 2015 declara que "Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural", lo que implica para un sector importante de la comunidad jurídica, el respeto a la diversidad sexual.

Este dato reviste interés para los efectos de nuestra investigación. La doctrina proporciona una clasificación de las constituciones según el modo de regular el matrimonio: constituciones abiertas, silentes y explícitas (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016). Esta clasificación resulta útil para el tema que se pretende analizar, en el tanto, según el supuesto en el que se ubique una constitución, puede continuarse o no con la discusión sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.

2.1. CONSTITUCIONES ABIERTAS

Las constituciones abiertas son las constituciones más comunes. Éstas regulan el matrimonio y definen ampliamente el contenido del derecho al matrimonio. El constituyente garantiza el derecho al matrimonio, emplazando al legislador a determinar las formas de matrimonio, los requisitos para contraerlo y las causas de separación y disolución. En las constituciones abiertas, se admite un amplio margen de decisión al legislador. En estas coordenadas, el debate constitucional sobre la legalización del matrimonio homosexual es admisible. Este es el caso por ejemplo, de las constituciones de Luxemburgo, Italia, Alemania, Portugal y Grecia (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

Evidentemente, en la mayoría de estos casos, el constituyente estaba pensando en el matrimonio convencional entendido entre personas heterosexuales. Así, en Luxemburgo cuando se aprueba la constitución en 1868, al constituyente no se le planteaba la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, sin embargo, no se reguló en la constitución de forma excluyente reservándolo para hombre y mujer (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

2.2. CONSTITUCIONES SILENTES

En estos casos, el constituyente no se pronuncia sobre el matrimonio. El matrimonio es una institución civil pero no se reguló por el constituyente al establecer los derechos fundamentales de los ciudadanos de esos países. Este es el caso de la Constitución Política de Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica, Bélgica, Holanda, Francia e Israel. También en estos ordenamientos, ante el silencio del constituyente, es posible el debate. Un debate que, desde la perspectiva constitucional, girará en torno a otros derechos, bienes y valores incorporados a la Constitución con relevancia sobre el tema (dignidad, igualdad y no discriminación, respeto a la vida privada y familiar, libertad ideológica y religiosa, etc.) (Barrero, Fundación Gregorio Peces Barba, 2016).

El caso de Puerto Rico, es también un ejemplo de una constitución silente. En este país, la situación legal es favorable a la aprobación de la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo, en razón del pronunciamiento de la Suprema Corte de Estados Unidos *Obergefell v. Hodges* (Corte Suprema de Estados Unidos 26 de junio de 2015) y la vinculación con respecto a este país: Luego que una corte federal de apelaciones dictaminó que Puerto Rico no puede prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo, revocando así la decisión de un juez federal local, hoy en una conferencia de estatus en el Tribunal Federal del Viejo San Juan se declaró, oficialmente, la inconstitucionalidad del artículo 68 del Código Civil de Puerto Rico (Univisión.com, 2016).

2.3. CONSTITUCIONES EXPLÍCITAS

Se trata de constituciones que han tomado partido expresamente. En ellas se circunscriben o concretan nítidamente el ámbito subjetivo y modal del matrimonio y, por ende, del derecho a contraer matrimonio. Aluden a la diversidad

sexual de los contrayentes, configurando así una determinada imagen de la institución matrimonial (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

El debate, en estos países, carece de sentido por cuanto hay decisión constitucional explícita contraria a la legalización. Podría, eso sí, debatirse sobre la oportunidad de una reforma constitucional como paso previo, e ineludible, a la legalización. Este es el caso de la Constitución Política de Hungría. En estas constituciones se deja en claro que el matrimonio es una institución que se reserva para la unión de un hombre y una mujer (Barrero, Fundación Gregorio Peces Barba, 2016).

Pese a la posición esbozada por Barrero, en el ámbito interamericano es posible someter a debate las normas constitucionales, por lo que no podría entenderse el debate cerrado si existe una norma constitucional que se enfrenta a la Convención Americana de Derechos Humanos. En este sentido, debe tenerse presente el caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. La Corte Interamericana estableció que el artículo 19.2 de la Constitución Política Chilena era inconvencional:

72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, 2001).

En el caso costarricense, las normas transcritas nos permiten concluir que nos encontramos ante una constitución abierta. Esta circunstancia permite el espacio para la discusión:

La controversia sobre la legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo se ha suscitado en aquellos países cuyas Constituciones no definen expresamente el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. El debate doctrinal y jurisprudencial se ha producido en un contexto de, en cierto sentido, indefinición constitucional; en un contexto en el que la Constitución admite distintas opciones interpretativas en torno al contenido subjetivo y modal del derecho al matrimonio. El debate, *a contrario sensu*, no puede suscitarse cuando la Constitución lo cierra. A lo sumo podría plantearse el debate acerca de cuál sería el instrumento jurídico idóneo para equiparar el estatus de las parejas heterosexuales y homosexuales pero sin abrir o extender el matrimonio, ya que esa opción está vedada por la Constitución. No sería posible, pues, la apertura del matrimonio, pero sí una cierta igualación a través de otra figura o categoría (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

El desarrollo legislativo sobre la institución del matrimonio se encuentra en el Código de Familia. Allí se dispone que la institución jurídica del matrimonio sólo sea reconocida cuando los contrayentes sean del sexo opuesto. El artículo 14 del mismo señala que es legalmente imposible el matrimonio: “6) Entre personas del mismo sexo”.

La Sala Constitucional determinó, mediante el voto 7262-2006, que la norma del Código de Familia que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo no es inconstitucional. Según este órgano jurisdiccional, existen diferencias entre las parejas homosexuales y heterosexuales que justifican un trato distinto. Respecto al instituto del matrimonio señaló:

Es posible encontrar definiciones sobre matrimonio tanto en el plano seglar como religioso. Para los efectos de esta sentencia, y contextualizar el instituto del matrimonio, nos referiremos a algunos de ellos. Así, tenemos que La Real Academia Española lo define como: "la unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales". (Vigésima Segunda Edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (2001). En el plano religioso, el término es definido en el contexto de la religión católico-romana, y se denomina como el sacramento por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente, con arreglo a las prescripciones de la Iglesia. (...) Ahora bien, 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 (7262-2006).

El criterio de la Sala Constitucional sobre el concepto de familia comporta una visión "tradicional", la cual, según la Corte Interamericana en las sentencias *Atala Riffo vs. Chile* y *Fornerón e hijos vs. Argentina* y, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias *Christine Goodwin vs Reino Unido* y la sentencia *Schalk and Kopf vs. Austria*, entre otras, no es conforme a los instrumentos de protección los derechos humanos.

Además, la Sala Constitucional consideró que, con la prohibición, se está tutelando la concepción que el constituyente originario tenía del instituto del matrimonio, por lo que la prohibición no debía eliminarse. Para apoyar su

posición, dio una interpretación del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A su juicio, la Convención reconoce los derechos de los hombres y las mujeres a contraer matrimonio y a fundar una familia. A partir de este argumento, señaló, que si la Convención hubiera querido incluir el matrimonio entre homosexuales, habría utilizado el término “persona”, como lo hizo en otras disposiciones —por ejemplo, en los artículos 2, 3, 5, 8 y 10—, y que lo mismo podía decirse del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴

Respecto al principio de igualdad, sustentó que no se verifica infracción alguna, al encontrarse las parejas heterosexuales en una posición distinta a las parejas del mismo sexo:

Adoptando como parámetro las anteriores consideraciones, se puede afirmar que la norma impugnada no quebranta el principio de igualdad. En primer lugar, porque la realidad demuestra que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las parejas homosexuales; consecuentemente, el legislador se encuentra legitimado para dar, en estos casos, un trato diferenciador. En 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. En segundo término, la norma legal persigue un fin constitucional

⁴ Al respecto indicó: Aún cuando este Tribunal no desconoce que dos personas del mismo sexo están en posibilidad de mantener una relación sentimental -situación que nuestro ordenamiento jurídico no veda-, el término matrimonio -como concepto jurídico, antropológico y religioso- está reservado exclusivamente a la unión heterosexual monogámica, y así está desarrollado en toda la normativa referente a las relaciones familiares. 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. 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 (7262-2006).

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, atacada de inconstitucional, es un desarrollo jurídico de las discusiones dadas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, y de criterios que, como se ha reseñado en las consideraciones de esta sentencia, tienen un arraigo socio-histórico indudable. Así las cosas, tal y como se explicará más adelante, a pesar de tener este Tribunal competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma, en el caso concreto, ello implicaría modificar toda la estructuración normativa de la concepción que sobre el matrimonio adoptó el constituyente originario. Adicionalmente, al perseguir la norma legal un fin constitucional legítimo, la distinción que hace entre un tipo de parejas y aquellas que quedan excluidas, resulta razonable y objetiva a la luz de lo señalado. Es decir, no estima la Sala que se trate de una norma arbitraria e irracional, sino una consecuencia lógica y necesaria de un tipo de matrimonio consagrado en el Derecho de la Constitución. Ahora bien, es criterio de la Sala que no existe la menor duda de que el constituyente originario optó por un matrimonio heterosexual monogámico (7262-2006).

Posteriormente, en la resolución 2010-641, la Sala Constitucional, refiriéndose a la unión de hecho de personas homosexuales, reiteró los argumentos expuestos y añadió: “como ya ha quedado acreditado se trata de una situación que debe ser contemplada y valorada por el legislador, como es reconocer una situación social que amerita tutela jurídica y que como tal, debe ser regulada en forma oportuna y de la manera que estime conveniente”.

Pese a lo dispuesto por la Sala Constitucional, recientemente el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José, en sentencia 270-2015,

reconoció la unión de hecho entre dos personas del mismo sexo. La resolución se fundamentó en la obligación establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de aplicar el control de convencionalidad que tutela de forma amplia los derechos de las personas homosexuales y el deber de no discriminación. La sentencia acaeció mucho tiempo después del pronunciamiento constitucional.⁵ El juez argumentó que la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile* del año 2006, enfatiza que pese a que los jueces están sujetos al imperio de la ley, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, deben velar porque las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto.

En el caso bajo análisis, el juez utilizó la sentencia *Atala Riffo vs. Chile* (*Atala Riffo y niñas vs Chile*, 2012), en la cual la Corte Interamericana reiteró que el artículo 1.1 de la Convención dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Para la Corte Interamericana, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es incompatible con la misma.

Además, respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte Interamericana resaltó que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la Convención. Por ello señaló que está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, concluye que 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 (*Atala Riffo y niñas vs Chile*, 2012).

⁵ El juez actualmente enfrenta un proceso disciplinario por dicha resolución. En el siguiente enlace se describe la situación actual: <http://videos.telesurtv.net/video/533648/costa-rica-juez-afrota-proceso-disciplinario-por-caso-de-pareja-gay>

Para el juez del Tribunal de Familia las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos humanos le llevan a concluir que:

(...) 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, y dicha discriminación no se sostiene un Estado de Derecho, respetuoso de los Derechos de sus ciudadanos, y en complemento a ello *..está proscrita por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.. 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...* (ibidem). Y considerando que en este caso debe imperar una interpretación evolutiva consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano, por cuanto no es posible cerrar los ojos a dicha realidad social, que es merecedora de ser tomada en cuenta (voto 7262-2006, Sala Constitucional) realidad social que en los últimas décadas la sociedad costarricense ha dado paso a su reconocimiento, aceptación y respeto, además del avance paulatino de aquellos derechos, y en aplicación de los principios de convencionalidad, interpretación evolutiva, no discriminación, derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos, es que se RECONOCE LA UNION DE HECHO (270-2015, 2015).

Esta sentencia revela cómo, en el derecho interno, existe discrepancia sobre la legitimidad de las normas del derecho de familia que prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo y el reconocimiento de la unión de hecho, respecto a la aplicación del control de convencionalidad que le corresponde al juez nacional.

Si bien es cierto, se señaló que la Sala Constitucional determinó que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo no implica una discriminación, debe acotarse que la posición reiterada de dicha Sala es que *"su jurisprudencia es vinculante erga omnes salvo para ella misma, de manera que los criterios vertidos en ella pueden ser modificados cuando existan motivos fundados para ello o razones de orden público"*.

Una lectura de los fundamentos otorgados por la Sala Constitucional en el voto de mayoría, no permiten concluir, que la distinción legal para prohibir el matrimonio, esté fundamentada en un fin legítimo. El criterio de minoría expuesto por el magistrado Vargas Benavides en dicha sentencia lo evidencia al señalar:

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

razonable. Aun cuando resulta del todo respetable la opinión de algunos sectores de la sociedad costarricense que rechazan la posibilidad de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y entiendo la polémica y divergencia de criterios que un tema como éste puede ocasionar, considero que la dignidad e igualdad humanas no dependen del consenso social, pues se trata de valores inherentes a la condición humana, sin excepciones. La historia de la humanidad ha estado plagada de injusticias infligidas por mayorías a grupos disidentes o simplemente diversos. Basta mirar la historia de comunidades enteras que han sido oprimidas y discriminadas, y las consecuencias que ello ha ocasionado en la paz de los pueblos, para concluir que es hora de una apertura que permita la inserción completa e igualitaria de la minoría homosexual en la sociedad, con todos sus derechos y todas sus obligaciones. El sentir de algunas personas no puede seguir siendo excusa para que el Estado continúe tolerando la discriminación y exclusión de las minorías homosexuales de los institutos jurídicos reconocidos al resto de las personas, entre ellos el matrimonio.⁶

Estas dos circunstancias: a) las sentencias constitucionales son vinculantes erga omnes, salvo para la misma Sala y b) existen argumentos convencionales que revelan el deber de garantía y prohibición de discriminación, permiten aseverar que la discusión sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo no es una discusión cerrada en el plano constitucional costarricense⁷. Aunado a ello, existe un desarrollo constitucional de la misma Sala que abona la tesis sobre la necesidad del replanteamiento de la discusión constitucional.

⁶ Este criterio coincide con lo expuesto por la Corte Interamericana según en la sentencia *Atala Riffo vs. Chile* al señalar que los estados no pueden refugiarse en argumentos de discriminación social para mantener un trato desigualitario.

⁷ Por otra parte, no debe dejarse de lado que esa tendencia vinculada a criterios religiosos y desfasados, provocó que la Sala Constitucional errara en la interpretación y tutela de los derechos fundamentales tal y como fue evidenciado en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

El artículo 7 de la Constitución reconoce a los tratados internacionales un carácter superior a la ley pero inferior a la Constitución Política de Costa Rica. No obstante, desde épocas iniciales, la jurisprudencia constitucional señaló el carácter supralegal e incluso superior a la Constitución Política de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Específicamente, la Constitución dispone el modo en que el ordenamiento interno debe integrarse con el Derecho Internacional Público y Privado:

Artículo 7.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. (...)

En cuanto a las convenciones de Derechos Humanos establece:

Artículo 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecido en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en la República (...).

A partir de las disposiciones transcritas, la Sala Constitucional derivó que los instrumentos de Derechos Humanos vigentes tienen un valor similar a la Constitución Política e incluso superior, en la medida que otorguen mayores derechos o garantías que ésta. Además, estableció que las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en el Estado costarricense pleno valor y en materia de derechos humanos vinculan al Estado costarricense cuando han sido solicitadas por éste:

(...) los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías (...)

priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93) (...) si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa (...) tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada (...) la Ley General de la Administración Pública dispone que las normas no escritas -como la (...) la jurisprudencia y los principios generales del derecho- servirán para interpretar, integrar (...) el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan...(artículo 7.I) (2313-95, 1995).

También reconoció el valor de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que no habían sido formalmente suscritos o aprobados en el país:

En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza normativa que le otorga la materia que regula. Otro tanto cabe decir de las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos”, de la Organización de las Naciones Unidas, que aunque sean producto de reuniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización, por pertenecer nuestro país a ella, y por referirse a derechos fundamentales, tienen tanto el valor de

cualquier normativa internacional que formalmente se hubiera incorporado al derecho interno costarricense (2000-9685, 2000).

Aún cuando hay casos en que la jurisprudencia constitucional se aparta de alguna decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible advertir una importante y avanzada recepción de la doctrina del control de convencionalidad, según la cual todas las autoridades públicas del Estado, incluido el Poder Judicial en todos sus niveles, tienen el deber de velar por el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya sea ante la ausencia de normas o cuando éstas contrarían las garantías y derechos humanos, en los términos señalados por la Corte Interamericana:

123. (...) cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía (...) y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios el Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado (...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006).

Por último, es trascendental el hecho de que, el Estado costarricense presentó el 18 de mayo de 2016⁸, una solicitud para que se emitiera una Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el siguiente sentido:

Costa Rica solicita una Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) con el fin de recibir un criterio que indique si ciertos derechos, relacionados con la orientación sexual e identidad de género, se encuentran protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). La consulta solicita, además, aclarar si la normativa interna de Costa Rica se encontraría en concordancia con la Convención. Las dos consultas reafirman el compromiso del Gobierno con avanzar hacia un cumplimiento pleno de los derechos humanos. La primera se refiere a si el derecho de las personas a modificar su nombre, de acuerdo a su identidad sexual, se encuentra protegido. Sobre ese mismo tema, se consulta si el actual procedimiento -donde es necesario acudir a la vía judicial- es lo más adecuado en estos casos o, si es necesaria la existencia de un procedimiento ágil y gratuito en la vía administrativa, ya que el actual procedimiento es menos expedito y accesible. La segunda se refiere a si los derechos patrimoniales, derivados de un vínculo entre personas de un mismo sexo, se encuentran protegidos por la Convención; además, si es necesario que exista una figura jurídica que regule estas relaciones (Presidencia de la República de Costa Rica, 2016).

3. LA NORMATIVA EN CUANTO A LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO COMPARADO

⁸ El texto puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_17_05_16_esp.pdf

El matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido regulado en los Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España y Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega y Suecia (2009), Islandia, Portugal y Argentina (2010), Dinamarca (2012), Francia, Nueva Zelanda, Uruguay y Brasil (2013), Inglaterra, Gales y Escocia (2014), Finlandia (2014 pero entrará a regir en 2017), Luxemburgo, Irlanda⁹, Estados Unidos y México (2015), Colombia (2016) (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

En América Latina, en el año 2010, Argentina se convirtió en el primer país en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016). Sin embargo, en la ciudad de México D.F. ya se permitía desde el año 2009 (Cabrales, 2015).

Uruguay fue el primer país latinoamericano que reconoció la unión civil entre personas del mismo sexo, a través de la promulgación de una ley en el año 2007, en la que se tutelaban derechos y beneficios ligados al matrimonio como el derecho a la herencia, beneficios fiscales y protección social pero excluía el derecho a adoptar. Sin embargo, el 10 de abril de 2013 el Parlamento aprobó la ley de matrimonio igualitario y se incluyó el derecho a la adopción¹⁰.

Brasil en el año 2013, se convirtió en el tercer país de la región en aprobar una resolución a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo. Existen, además, leyes que protegen la homosexualidad, prohíben la discriminación y contemplan la adopción por las parejas del mismo sexo:

En mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia, de acuerdo con sus competencias y sobre la base de la jurisprudencia anterior, emitió una resolución ordenando a todas las autoridades civiles celebrar los matrimonios entre personas del mismo sexo y, de ser así solicitado

⁹ En el caso de Irlanda, el matrimonio entre personas del mismo sexo fue aprobado mediante referéndum (Guimón, 2015)

¹⁰ El texto de la ley se encuentra disponible en <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/93484/109334/F1598267387/URY93484.pdf>

por una pareja, convertir su unión civil en matrimonio (Consejo Nacional de Justicia, 2013). Además, si un juez u otra autoridad se negasen a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, la negativa deberá ser reportada inmediatamente a un juez especial, el cual tomará todas las medidas necesarias (Crabales, 2015).

En los países en que se ha regulado vía legal el matrimonio homosexual, los Tribunales Constitucionales han realizado el control a posteriori sobre la legislación que lo regula¹¹.

En otros países, la institución del matrimonio continúa reservada a las parejas heterosexuales, pero se opta por otra opción normativa de tutela en el caso de las parejas del mismo sexo optando por la figura de las uniones civiles, que guarda semejanza con la institución del matrimonio. Este es el caso de la solución de Israel (1994), Hungría (1996), Alemania (2001), Suiza (2005), Ecuador (2008), Austria (2009) y Grecia (2015) y en la mayoría de Estados de los Estados Unidos hasta 2015 (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

En el caso de Ecuador, la Constitución vigente desde 2008, establece que las “uniones de hecho” pueden ser conformadas por un hombre y una mujer o por personas del mismo sexo. La unión de hecho goza de las garantías que derivan del matrimonio, a excepción de la adopción en el caso de parejas del mismo sexo. El matrimonio es una institución que expresamente se reconoce únicamente para parejas heterosexuales. Recientemente, en abril del año 2015, la Asamblea Nacional del Ecuador aprobó una reforma al Código Civil que da a las uniones de hecho el estatus de “estado civil”, asimilando la institución cada vez más al matrimonio (IGALAC, 2015).

Como puede colegirse, en el transcurso de los últimos años, en más países se procede a reconocer a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio, o bien, se reconoce al menos, la unión de hecho.

¹¹ Es el caso del Tribunal Constitucional español, el Tribunal Constitucional portugués y el francés que se analizarán en el apartado V: El debate constitucional.

Es evidente que la idea del matrimonio ha cambiado considerablemente. Es una institución que ha debido adaptarse y, el legislador en muchos países ha respaldado esa transformación. Nuestro interés, sin embargo, no se limitará únicamente a señalar las opciones legislativas existentes, sino, establecer cuál de ellas resulta más acorde a los principios de igualdad y la prohibición de discriminación.

4. ARGUMENTOS DOCTRINALES A FAVOR Y EN CONTRA DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Eminentes juristas se han pronunciado a favor y en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo, realizando ambos un ingente esfuerzo argumental.

El debate doctrinal precedió al pronunciamiento de los tribunales constitucionales y de las cortes supremas y por ende su consideración tiene especial interés porque refleja el diálogo entre la doctrina y la jurisdicción constitucional (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

En el debate doctrinal se identifican dos posiciones:

4.1. Posición adversa al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo: En esta tendencia, los autores se han pronunciado señalando que el matrimonio debe verse como una institución¹² en caso de abrirse al matrimonio entre personas del mismo sexo, se vería desnaturalizado y por ende, es contrario a la constitución. Siguiendo esta posición, Daniel Martínez expone que, el núcleo esencial de la institución del matrimonio consiste en la heterosexualidad de los contrayentes:

¹² Una crítica sobre la consideración de "naturalezas" o "esencias" de los conceptos jurídicos y su esterilidad para resolver problemas jurídicos la encontramos en el libro Metodología (realista) del derecho Tomo III: claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica (Haba, 2012).

La heterosexualidad es un elemento determinante del matrimonio. Como ha señalado el profesor Navarro-Valls, afirmar que el modelo matrimonial en el mundo ha sido siempre heterosexual, es decir algo tan obvio que históricamente, por su evidencia, no ha necesitado de argumentación alguna. De ahí la dificultad de explicar lo más evidente, por su carácter evidente. El matrimonio es algo previo a su regulación legal, de algún modo como los derechos humanos lo son. A nadie se le ocurriría pensar que la libertad religiosa o de pensamiento consiste en la no manifestación de las propias creencias, del mismo modo el matrimonio es heterosexual o no es. La aseveración de que los sujetos de la relación jurídica matrimonial son un varón y una mujer es lugar tan común en la doctrina, pues el primer principio general interpretativo de las normas estará en el significado de las palabras en su texto y contexto. Basta con buscar la voz matrimonio en cualquier diccionario para saber que en primer lugar constituye la unión estable de un varón y una mujer. Precisamente el consentimiento matrimonial del que habla el Código Civil en sus artículos 45 y 73, se distingue del consentimiento en otros negocios jurídicos precisamente por el adjetivo de matrimonial. Lo que siempre ha distinguido el consentimiento matrimonial, basado en el amor conyugal, de cualquier otro es su específico componente de complementariedad sexual (Martínez, 2011).

En esta tendencia, se observan a su vez, matices dentro de los autores:

- a) Por una parte quienes entienden que el Estado no debe regular de ningún modo la convivencia entre parejas del mismo sexo.
- b) La posición de los autores para quienes el Estado no debe abrir el matrimonio tradicional a las parejas del mismo sexo, aunque sí está legitimado para regular una institución distinta como lo es la opción de regular a través de las uniones civiles.

4.2. Posición favorable al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo: Autores como Rafael Naranjo han señalado que la inclusión del matrimonio entre hombres y mujeres en el núcleo esencial de la garantía institucional del matrimonio, no impide reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, en la medida en que este no afecta al mantenimiento del matrimonio tradicional:

[E]l sentido de la garantía institucional no es otro que proteger ciertos rasgos típicos de la institución garantizada por la Constitución, que se han destacado en su desarrollo histórico como característico y esencial (núcleo esencial), frente a su supresión o desfiguración por el legislador. Se pretende con ellas garantizar su existencia frente a una operación del Poder Legislativo tendente a vaciarla o derogarla. En lo demás, sin embargo, el reconocimiento de una garantía institucional concede al legislador un amplísimo margen de actuación (Naranjo, 2013).

Desde la postura favorable también se identifican algunos matices en cuanto a las tesis planteadas:

- a) Para unos autores, el legislador puede regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero no se trata de una exigencia constitucional, es decir, no se trata de un derecho fundamental.
- b) En otro extremo, encontramos la posición de los autores para quienes el legislador debe regular el matrimonio entre personas del mismo sexo ya que se trata de un derecho fundamental y si el legislador no lo regula estaría discriminando a las parejas homosexuales.

De seguido procederemos a señalar los aspectos más importantes de fondo de cada una de las tesis doctrinales.

1. ARGUMENTOS DOCTRINALES ADVERSOS AL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Dentro de las posiciones doctrinales que rechazan el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, se esbozan los siguientes argumentos:

a. Argumento histórico: El texto constitucional debe ser interpretado conforme al origen o contexto histórico en que se aprobó la norma. A la hora de clarificar el sentido de una norma constitucional, debe tenerse en cuenta el contexto histórico, el origen que propició la aprobación de la constitución. De ahí que se considere que en el debate constituyente, se tenía muy claro que el matrimonio era la unión entre hombre y mujer. La mayoría de las constituciones son muy anteriores al surgimiento del debate del matrimonio entre personas del mismo sexo. Para ellos es claro que la idea de matrimonio es claramente para hombre y mujer desde la perspectiva del constituyente primigenio y, abrirlo a parejas del mismo sexo supone traicionar la voluntad del constituyente (Garrote, 2005)¹³.

b. Argumento institucional: Esta doctrina considera que el matrimonio es una garantía de instituto, una garantía institucional, una institución social típica incorporada en la constitución. Esta categoría se enfoca en el contexto de la constitución de Weimar. En el contexto de la República de Weimar, se entendía conveniente blindar las constituciones, de forma tal que, el legislador democrático no puede desfigurar o desconocer la institución. Cuando el legislador interviene, la institución sigue debiendo estar reconocible, si después de la regulación la institución no es reconocible significa que el legislador sobrepasó y atentó contra la institución (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016). La doctrina del "núcleo sólido" o "cláusulas pétreas",

¹³ En el voto 7262-2006 la Sala Constitucional en su posición de mayoría sigue esta postura: VII.- (...) 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 (...) 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.

constituyen una terminología jurídica convencional que puede darse en ciertas partes de la Constitución. Se trata de aquellas que deberían, según la concepción ideológica a la que estima afiliada la constitución, mantenerse inalteradas para no afectar su esencia (Haba, 2012).

Desde esta perspectiva, la heterosexualidad es un elemento fundante y básico de la institución. De ahí que si el legislador abre la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo, desconoce la imagen maestra de la institución, un contenido esencial de la institucionalidad:

La doctrina y la jurisprudencia, al referirse al *ius connubii*, como derecho fundamental de la persona humana, lo conectan con las nociones de masculinidad y feminidad, precisamente por ser el matrimonio la peculiar relación en la que el hombre emite como varón y la mujer en cuanto tal un consentimiento verdaderamente matrimonial. Es decir, su precisa complementariedad sexual da razón de la institución y no al revés, ordenada al auxilio y fidelidad de los esposos y en orden a la creación de una familia por su significado procreador (Martínez, 2011).

Esta doctrina considera que si la heterosexualidad es un argumento básico, entonces forma parte de la imagen maestra, por esta razón las parejas del mismo sexo no son titulares de la institución. El derecho a casarse para esta postura, es el derecho de un hombre y una mujer a incorporarse a la institución. Al no ser titulares del derecho de contraer matrimonio, no existe discriminación en el disfrute de tal derecho¹⁴. Si la institución es heterosexual, las personas homosexuales no pueden considerarse en el ejercicio de un derecho que constitucionalmente no le corresponde:

Hay que entender que no puede utilizarse la vía de las definiciones legales para alterar artificialmente el alcance de los preceptos

¹⁴ Esta posición doctrinal fue utilizada según se analizó, por la Sala Constitucional en la resolución 7262-2006.

constitucionales, introduciendo regulaciones basadas en definiciones que alteran la 'imagen maestra' de un instituto, haciéndole perder su reconocibilidad jurídica, de ahí que cambiar el concepto de matrimonio solo puede hacerlo el constituyente mediante el procedimiento de reforma constitucional; ni siquiera puede hacerlo un Tribunal Constitucional, lo que supondría hurtar el debate político y, en última instancia, la decisión corresponde al propio poder constituyente (Requero, 2005).

Debe acotarse que la mayoría de los autores contrarios a la constitucionalidad del matrimonio homosexual no son contrarios a que se procure una cierta equiparación entre las uniones homosexuales, principalmente a través del instrumento jurídico de las uniones civiles homosexuales (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

2. ARGUMENTOS DOCTRINALES A FAVOR DEL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Aquí se analizan los argumentos de aquella posición que considera que la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo es la solución más correcta.

a. Indefinición constitucional: En la mayoría de los ordenamientos jurídicos el matrimonio está regulado de forma muy abierta, por lo que el debate es abierto. El constituyente no aprobó un precepto constitucional que claramente lo prohibiera. El constituyente reconoce el matrimonio junto a la familia y se encomienda esa función al legislador democrático para que determine los requisitos para contraer matrimonio y las causas de separación y divorcio matrimonial. Estos autores parten de la idea de que no hay una definición constitucional del matrimonio cerrado (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016). En la mayoría de las constituciones se reconoce la institución pero no se dice expresamente que el matrimonio debe ser entre hombre y mujer.

Hay muy pocas constituciones que cierran el debate, estableciendo expresamente que sea entre hombre y mujer:

La mayoría de las constituciones de los países de América Latina son omisas en prescribir o contemplar la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Por otra parte, los derechos humanos de naturaleza social —de los cuales podrían gozar las parejas del mismo sexo en la mayoría de los casos— no están consagrados claramente en los sistemas constitucionales o legales escritos (Cabral, 2015).

b. Argumento histórico: Se entiende que la argumentación histórica no es del todo fiable. No puede decirse que históricamente la institución del matrimonio haya estado cerrada. Aún cuando el constituyente pensara en la unión entre hombre y mujer, lo cierto es que el matrimonio entre personas del mismo sexo no fue planteado ni discutido. De ahí que no hubo una posición inequívoca y clara del constituyente ni a favor ni en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

c. Argumento institucional: Esta doctrina cuestiona que la heterosexualidad siga siendo hoy un elemento fundante de la institución. Para estos autores, lo que caracteriza al matrimonio es el afecto que existe entre dos personas, un afecto que genera un vínculo, una sociedad de ayuda entre esas dos personas, personas que dentro de la institución tienen idéntica posición y lo que caracteriza a la institución matrimonial, es la voluntad consciente entre dos personas para unirse y poner en marcha un proyecto de vida en común.

Para Naranjo, el matrimonio como garantía institucional implica en su vertiente defensiva, impedir una evolución legislativa limitadora que termine por suprimirla, de manera directa o indirecta. De ahí que la extensión del concepto de matrimonio para abarcar al contraído por personas del mismo sexo, no afecta la institución del matrimonio heterosexual, que se mantiene en sus mismos términos:

La defensa, sin embargo, de los elementos esenciales de la institución frente a cualquier afección por parte del legislador no impide a este introducir, en el espacio de la institución situado más allá de ese núcleo, los cambios que considere necesarios. Cualquier intento de petrificación de la institución frente a una evolución normativa receptora de cambios sociales desconoce el sustrato real originario de las instituciones garantizadas. Estas no se limitan, así, a ser un complejo de normas, sino que, por el contrario, junto a su existencia en el ámbito de las normas, funcionan en la realidad, participando con ello en las relaciones sociales. Complejo normativo y realidad configurada quedan así vinculados en, lo que se ha venido en llamar por la doctrina alemana, una conexión real de ordenación (*Ordnungszusammenhang*) llena de vida. En este sentido, se ha llegado a afirmar que las garantías institucionales son un ejemplo de garantías de hechos sociales junto con garantías de instituciones jurídicas, de manera que estas reconocen jurídicamente un hecho social y lo elevan al plano jurídico (Naranjo, 2013).

La garantía del contenido esencial implica que no se suprima la institución. En el caso del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, el "contenido esencial" no se ve afectado, ya que:

Al hombre y a la mujer la Constitución les reconoce un derecho a contraer matrimonio entre sí, no a que las personas homosexuales no lo contraigan. Esto último no incide en forma alguna en su derecho, por lo que difícilmente puede imponerle un límite. No existiendo limitación alguna del derecho constitucional, no debe entrar en juego la garantía del contenido esencial, que es conocida precisamente como "límite de los límites" a los derechos fundamentales (Naranjo, 2013).

Desde este enfoque, extender la institución no implica destruirla, la institución se abre pero no la destruye. El legislador no está derogando el matrimonio convencional. Las parejas heterosexuales pueden contraer el matrimonio entre sí, por lo que la imagen de la institución sigue siendo reconocible.

Para estos autores, el carácter histórico de una institución no la hace insensible al paso del tiempo, son instituciones vivas que deben adaptarse a los nuevos valores y criterios: la igualdad, el deber de protección y regulación de las familias, el deber de no atentar contra la vida privada y familiar de una persona y el libre desarrollo de su personalidad (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

La institución matrimonial debe adaptarse a los nuevos principios y valores constitucionales. Las garantías de instituto incorporadas a la constitución deben reinterpretarse a la luz de las concepciones de su tiempo. El matrimonio no es una foto fija, sino una institución que debe adaptarse a los nuevos principios y valores constitucionales significativamente, por la prohibición de discriminación de la orientación sexual. Desde esta posición se ha producido una mutación constitucional. Una institución que tenía determinada imagen maestra que cambia y evoluciona por la necesidad misma de adaptar la institución a los nuevos principios y valores del constitucionalismo democrático. En última instancia se considera que abrir la institución facilita la plena igualdad, la equiparación plena y no parcial (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

5. DEBATE CONSTITUCIONAL

A nivel jurisdiccional se ha planteado un debate muy provechoso que incluso ha involucrado el diálogo entre Cortes. En el marco del derecho comparado según hemos constatado, no se han dado las mismas soluciones e

interpretaciones sobre la forma en que debe regularse el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Una propuesta de análisis de los modelos de aproximación al debate constitucional las esquematiza Abraham Barrero de la siguiente forma (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016):

5.1. MODELO HÚNGARO

Nos referimos al modelo sentado por el Tribunal Constitucional de Hungría. En las sentencias 154/2008 y 32/2010 se pronunció sobre dos leyes de uniones civiles de los años 2007 y 2010. En ambos casos, después de la intervención del Parlamento Húngaro, el Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de una y otra ley. Para el Tribunal constitucional de Hungría hay un concepto constitucional del matrimonio implícitamente en la constitución y la heterosexualidad es un elemento fundante de esta institución. Sobre esta base, para el Tribunal Constitucional de Hungría, la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo supone romper la institución. De ahí que entiende que el legislador puede procurar una equiparación relativa pero no una igualdad absoluta entre el matrimonio homosexual y las parejas del mismo sexo. En el año 2008 el Tribunal Constitucional de Hungría declara la inconstitucionalidad de la ley de uniones civiles de 2007, porque entiende que se ha duplicado el matrimonio tradicional y debe haber un régimen jurídico con diferencias apreciables. En el año 2010, se somete a su consideración una segunda ley y en este caso considera que no existe lesión a la institución del matrimonio porque se evitó dicha igualdad (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

Según lo expuesto desde el punto de vista doctrinal, en este modelo priva la idea institucional sobre los derechos individuales. En este modelo podemos ubicar la posición de la Sala Constitucional costarricense.

5.2. MODELO PORTUGUÉS

El modelo portugués fue definido en las sentencias del Tribunal Constitucional números 369-2009 y 121-2010 y es el seguido por el Tribunal Constitucional español y el francés. El Tribunal Constitucional Portugués parte de la idea de que el concepto constitucional de matrimonio es un concepto abierto, no existe un modelo cerrado en el texto constitucional independientemente de la imagen que al respecto haya tenido el constituyente. Esto permite la lectura diacrónica y la adaptación de la institución a la imagen actual de los derechos humanos (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

Para el Tribunal Constitucional portugués abrir la institución del matrimonio no la anula. Las parejas heterosexuales conservan el derecho al matrimonio y no lo hace irreconocible. La peculiaridad de este modelo es que se preocupó de aclarar que el legislador podría abrir el modelo a las parejas del mismo sexo, pero no estaba obligado a optar por esta figura. El legislador mantiene el margen de apreciación y, la labor del contralor constitucional es determinar la existencia o no de roces constitucionales cuando se opte por una regulación determinada. El derecho a contraer matrimonio en este modelo, no es una opción constitucionalmente derivable y por ende, es una opción pero no se trata de un derecho fundamental. Al tener un rango legal, la figura del matrimonio homosexual puede ser reversible por una mayoría parlamentaria (Barrero, Fundación Gregorio Peces Barba, 2016).

Según esta tesis, es posible reconocer dos derechos al matrimonio: un derecho fundamental para las personas heterosexuales, cuyo contenido esencial vincula al Poder Legislativo y por otro lado, un derecho al matrimonio de las personas homosexuales que sería un derecho disponible por parte del legislador.

5.3. MODELO NORTEAMERICANO

En este modelo podrían identificarse las bases expuestas por el Tribunal Supremo de Canadá en el año 2004 y la Corte Suprema de Sudáfrica del 2005 (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

La resolución del Tribunal Supremo de Canadá declaró que una eventual reforma legal que admitiese el matrimonio entre personas del mismo sexo no sería contraria a la “Charter of Rights”, si bien tendría que garantizar el derecho a la objeción de conciencia de los funcionarios públicos llamados a participar en la celebración del matrimonio. En esta sentencia se impone una visión de la constitución como árbol vivo cuya lectura requiere de la interpretación progresiva de los derechos humanos (Presno, 2013).

En la sentencia Obergefell del 26 de junio de 2015, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, después de una larga polémica entre el legislador y la constitución, decide el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo como un derecho fundamental que vincula al legislador federal y al legislador estatal. Es un modelo en el que se da la supremacía a los derechos individuales sobre lo institucional. El Tribunal Supremo de Estados Unidos parte de la base de que el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, se encuentra en la constitución y, es el mismo derecho que el de las parejas heterosexuales (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016).

Para el Tribunal Supremo no abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo implica discriminación, al introducir una diferencia de trato que obstaculiza el ejercicio del derecho contenido en la constitución. En términos del Tribunal

Supremo de Canadá, el matrimonio es una institución viva que debe adaptarse al empuje de los nuevos derechos, bienes y valores constitucionales. La opción de contraer matrimonio debe concernir al individuo como expresión del ejercicio del derecho a la libre personalidad.

La imagen maestra del matrimonio ha cambiado. La heterosexualidad no es el elemento fundante sino la libertad en la decisión para conformar la unión. Para el Tribunal Supremo la diferenciación es inidónea, inadecuada y vulnera el derecho a la igualdad al no atender a una finalidad constitucionalmente legítima. Esta decisión supuso la inconstitucionalidad sobrevenida de las leyes que definieran el matrimonio de forma "tradicional".

6. LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La protección de los derechos humanos en Europa tiene dos ángulos de protección: desde el Consejo de Europa, a través del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, a través de la Carta Europea de Derechos Sociales, por el Comité Europeo de Derechos Sociales. Desde la Unión Europea, con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, y por aplicación del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea "tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados" (Soriano, 2011).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos asiduamente utiliza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y específicamente, en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, hace mención sobre casos referentes a los derechos de las parejas del mismo sexo, por lo que la perspectiva de este órgano constituye un parámetro interpretativo de interés y es por esta razón que se hará énfasis en su jurisprudencia.

A continuación se reseñarán las principales discusiones que se han suscitado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de los casos que, en nuestro criterio, permiten ejemplificar los criterios interpretativos de dicho tribunal.

6.1. I. VS. REINO UNIDO Y CHRISTINE GOODWIN VS. REINO UNIDO

En la sentencia *Goodwin vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ocupó del caso de un británico casado, padre de cuatro hijos que empezó a vestirse como una mujer. Luego de un tratamiento psiquiátrico, cambió su sexo y se divorció. Sin embargo, empezó a sufrir acoso laboral y alegó que le fue rechazada su demanda porque seguía siendo considerada como un hombre. Fue despedida de su trabajo bajo la sospecha de que el despido se debió al cambio de sexo. Pese a que solicitó que se le identificara como mujer en el documento de seguridad social, con el fin de evitar futuros inconvenientes, su petición fue rechazada. Tiempo después logró conseguir un nuevo empleo, sin embargo, no pudo obtener el derecho a la jubilación a los sesenta años como correspondía a las mujeres por disposición del Departamento de Seguro Social, por lo que debió trabajar cinco años más, debiendo cotizar a espaldas de su empleador para evitar sospechas, además, fue considerada hombre para todos los efectos institucionales. Finalmente, demandó al Reino Unido por violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en sus artículos 8, 12 y 14 (*Christine Goodwin vs. Reino Unido*, 2002).

En el asunto *I.*, se trata de un transexual operado de hombre a mujer que trabajó un tiempo como enfermera del ejército y que, debió renunciar cuando se le solicitó el certificado de nacimiento en que seguía apareciendo como hombre. En todos sus trámites con la administración se le exigía un certificado de nacimiento que apoyara su petición. Además, tenía como pareja a un hombre y no podía

casarse con él porque sigue figurando como hombre en el registro civil. Esta situación lo lleva a demandar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al considerar que el Reino Unido ha violado el Convenio Europeo de Derechos Humanos en sus artículos 8, 12 y 14 (*I. vs. Reino Unido*, 2002).

En ambos casos se determinó la vulneración de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 12 (derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia) y 14 (prohibición de discriminación) todos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en virtud del derecho al respeto de la nueva identidad.

Así se marca un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo ya que en los casos *Rees vs Reino Unido*; *Cossey vs Reino Unido*, y *Sheffield y Horshman vs. Reino Unido* había señalado que: “la imposibilidad para los demandantes transexuales de casarse con una persona del sexo opuesto a su nuevo sexo no es contraria al artículo 12 del Convenio”. En el año 2002 en los casos de estudio, concluye que “no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse”.

En el caso *Goodwin* (cuyos criterios son reiterados en la sentencia *I. vs. Reino Unido*), en el párrafo 93, la Corte señaló que el gobierno demandado ya no podría alegar que la materia cae dentro de su margen de apreciación, salvo en lo que respecta a los medios para alcanzar el reconocimiento del derecho protegido en la Convención. Al no encontrar factores importantes de interés público en contra del interés del solicitante para obtener el reconocimiento legal de su género, concluye una vulneración al respeto de su derecho a la vida privada (*Christine Goodwin vs. Reino Unido*, 2002).

Haciendo un recuento de su jurisprudencia anterior, en el párrafo 98, indica que un análisis de la situación en el año 2002, le lleva a señalar que el artículo 12 efectivamente prescribe el derecho fundamental del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia. Sin embargo, el derecho a formar una familia no es una condición del matrimonio y la incapacidad de cualquier pareja para

concebir no puede considerarse en sí misma la eliminación de su derecho a disfrutar del matrimonio (*Christine Goodwin vs. Reino Unido*, 2002).

Advierte el Tribunal, en el párrafo 99, que el ejercicio del derecho a contraer matrimonio da lugar a consecuencias sociales, personales y legales, que depende de la legislación nacional de los Estados Contratantes, sin embargo, las limitaciones que se establezcan no deben limitar o reducir el derecho de tal manera o hasta tal punto, que la esencia misma del derecho se vea afectada (*Christine Goodwin vs. Reino Unido*, 2002).

6.2. SCHALK AND KOPF VS. AUSTRIA JUDGEMENT

La discusión sobre la admisión o no del matrimonio entre personas del mismo sexo fue directamente abordada por la Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Shalk and Kopf vs. Austria* del 24 de junio de 2010.

La discusión surgió a partir del reclamo de una pareja de varones en contra del artículo 44 del Código Civil de Austria, el cual dispone:

El contrato matrimonial es la base de las relaciones familiares. Por el contrato matrimonial, dos personas del sexo opuesto declaran su propósito legítimo de vivir juntas en matrimonio indisoluble, engendrar y criar a los hijos y apoyarse mutuamente.

Como resultado de ello, los peticionarios plantearon ante el Tribunal Constitucional austríaco un recurso en el que demandaban que la imposibilidad legal para que ellos se casaran constituía una violación de su derecho al respeto a la vida privada y familiar y del principio de no discriminación. Ellos argumentaron que la noción de matrimonio había evolucionado desde la entrada en vigor del Código Civil en 1812. En particular, la procreación y educación de los niños ya no formaba parte integrante del matrimonio. En la actualidad, el matrimonio era más bien una unión permanente que abarca todos los aspectos de vida. Por esta

razón, no había ninguna justificación objetiva para la exclusión de las parejas del mismo sexo sobre el derecho al matrimonio, tanto más cuanto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había reconocido que las diferencias basadas en la orientación sexual son muy graves. Otros países europeos ya han permitido matrimonios entre personas del mismo sexo o habían modificado de otro modo su legislación con el fin de dar el mismo estatus a las parejas del mismo sexo (Shalck And Kopf vs. Austria Judgment, 2010).

El Tribunal Constitucional austríaco rechazó el recurso por lo que la discusión fue sometida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo rechazó que la interpretación vigente del derecho a contraer matrimonio imponga a los Estados firmantes del convenio el deber de modificar su legislación interna con el fin de admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Además, rechazó la existencia de discriminación por parte de la ley austríaca al afrontar el tratamiento legal de la convivencia entre personas del mismo sexo. Para el Tribunal Europeo:

[L]as palabras empleadas por el art. 12 («A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho») del CEDH han sido escogidas deliberadamente, lo que, teniendo en cuenta el contexto histórico en el cual el Convenio fue adoptado, lleva a pensar que se refieren al matrimonio entre personas de distinto sexo. Pero afirma también que la institución del matrimonio se ha visto profundamente modificada por la evolución de la sociedad desde la aprobación del Convenio de Roma, a pesar de lo cual no existe consenso total en Europa sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo porque en cada Estado la institución matrimonial ha evolucionado de forma diferente. Estas reflexiones llevan al Tribunal de Estrasburgo a entender que el art. 12 CEDH no puede imponer, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede

extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y continúa reconociendo que «el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir notablemente de una sociedad a otra», absteniéndose de imponer su propia apreciación sobre el matrimonio a «las autoridades nacionales que son las mejor situadas para apreciar las necesidades de la sociedad y responder a ellas» (§ 62) (Presno, 2013).

6.3. OLIARI VS. ITALIA

El caso Oliari vs. Italia se refiere al reclamo de tres parejas del mismo sexo, que denunciaron que la legislación italiana no contempla la posibilidad de que contraigan matrimonio ni ningún otro tipo de unión civil y, las leyes actuales limitan el matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer.

En este fallo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que los Estados tienen la obligación positiva de garantizar un marco legal específico que proteja y reconozca a las parejas del mismo sexo¹⁵. Por esta razón, estimó que Italia violó el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que garantiza el derecho al respeto de la privacidad y la vida familiar: “La protección legal disponible actualmente en Italia para las parejas del mismo sexo, no sólo no proporciona las necesidades básicas relevantes para una pareja en una relación estable, sino que no es suficientemente fiable” (Oliari vs. Italia, 2016).

¹⁵ Italia aprobó una ley para el reconocimiento de las uniones civiles entre personas del mismo sexo el 12 de mayo de 2016: Matteo Renzi está dispuesto a sacar a Italia de su atraso de décadas en materia de derechos civiles. El Gobierno logró este miércoles —por 369 votos a favor, 193 en contra y dos abstenciones— la aprobación definitiva, mediante una moción de confianza planteada a la Cámara de Diputados, del proyecto de ley de uniones civiles entre parejas del mismo sexo, que, aunque descafeinado, ya recibió la luz verde en el Senado. Tanto la oposición como la Iglesia, que en Italia sigue teniendo un gran peso político y, al menos hasta ahora, un gran poder de veto, se han mostrado indignadas por el método expeditivo usado por Renzi, quien ha declarado: “Hoy es un día de fiesta. Porque las leyes son hechas para las personas, no para las ideologías. Para quien ama, no para quien proclama” (Ordaz, 2016).

Sin embargo, el Tribunal rechazó que el Estado italiano hubiese vulnerado los artículos 12 y 14 de la Convención, manifestando que el matrimonio no es la única forma de garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo: “en ausencia del matrimonio, la opción de la unión civil o de hecho sería la forma más adecuada para que las parejas del mismo sexo vieran reconocidas sus relaciones”. El Tribunal entiende que el Convenio debe entenderse como un "todo" y que si el artículo 12 no impone a los Estados la obligación de permitir el matrimonio homosexual, tampoco pueden imponerla unos artículos de carácter más genérico como los artículos 14 y 8 (Oliari y otros vs. Italia, de 21 de julio de 2015).

7. LA PERSPECTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Al día de hoy, tal y como se adelantó no se cuenta con un pronunciamiento por parte de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que se refiera específicamente al derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo aunque se encuentra pendiente la resolución de la opinión consultiva solicitada precisamente por Costa Rica.

Sin embargo, se considera esencial resaltar los criterios interpretativos que se sostuvieron las sentencias Atala Riffo y niñas vs Chile y en fecha más reciente, el caso Duque vs. Colombia del año 2016.

7.1. ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE

En esta sentencia, la Corte determinó la responsabilidad internacional del Estado de Chile en virtud de la discriminación y la injerencia indebida en la vida privada y familiar de Karen Atala, debido a su orientación sexual.

La Corte Suprema de Justicia de Chile otorgó la custodia al padre de tres hijas, argumentando que la señora Atala no debía mantener la custodia por convivir con una persona del mismo sexo después del divorcio. En opinión de la Corte, Chile violó el principio de igualdad y la prohibición de discriminación enunciados en los artículos 1.1 y 14 de la Convención.

En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la Convención:

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (...) la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. (Atala Riffo y niñas vs Chile, 2012).

En virtud de lo expuesto, para la Corte, 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 (Atala Riffo y niñas vs Chile, 2012). En el párrafo 133 advierte que:

[C]onsidera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas (Atala Riffo y niñas vs Chile, 2012).

A partir de una visión estereotipada de la vida de la señora Atala, a criterio de la Corte, se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad.

En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, que contemplan el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y respecto del sistema europeo afirmó:

175. El Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención (Atala Riffo y niñas vs Chile, 2012).

En lo que respecta al principio de interés superior del niño, en los párrafos 107 a 111, la Corte desarrolló el hecho de que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las

personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños (Atala Riffo y niñas vs Chile, 2012).

Para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico, la alegada posibilidad de discriminación social, aunque esté probada o no. Los estados no pueden refugiarse en argumentos de discriminación social para mantener un trato desigualitario.¹⁶ La Corte enfatizó además que, la señora Atala no tenía porque sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual. (Atala Riffo y niñas vs Chile, 2012).

7.2. DUQUE VS. COLOMBIA

El caso se refiere a la petición presentada por Ángel Alberto Duque. El señor duque y el señor J.O.J.G convivieron como pareja hasta que señor J.O.J.G falleció como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. Desde 1997 el señor Duque ingresó al Programa ETS -VIH/SIDA diagnosticado con infección por VIH C3 y a partir de allí, comenzó su tratamiento antirretroviral, el cual no debía suspenderse, ya que esa circunstancia podría implicar un riesgo de muerte. El señor J.O.J.G estaba afiliado a la Compañía COLFONDOS. Ante el fallecimiento del señor J.O.J.G, en el 2002, el señor Duque solicitó por medio de un escrito, que se le indicaran los requisitos que debía gestionar para obtener la

¹⁶ Un criterio interpretativo en este sentido se adoptó en decisión de mayoría, por la Sala Constitucional costarricense, respecto a la autorización para someter a referéndum el proyecto de unión civil entre personas del mismo sexo: Los derechos humanos, fundamentales y de configuración legal de los grupos minoritarios o en desventaja, por haber sufrido, tradicionalmente, discriminación, exclusión y toda clase de prejuicios sociales -como ocurre con el de los homosexuales-, surgen a partir movimientos de reivindicación de éstos, ordinariamente, contra mayoritarios, dada la insistencia e inclinación natural de las mayorías por mantener y perpetuar cualquier discriminación y trato asimétrico. Los poderes públicos, de su parte, están obligados, por la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a garantizar y propiciar el respeto efectivo del principio y el derecho a la igualdad –real y no formal- de tales grupos (artículos 33 constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José). Las situaciones de discriminación pueden ser fácticas o jurídicas, serán del primer tipo cuando, ante la existencia de un grupo minoritario en desventaja y discriminado, no se adoptan medidas para superar tal estado de cosas...” (13313-2010, 2010).

pensión de sobrevivencia de su compañero. COLFONDOS respondió al requerimiento formulado por el señor Duque indicándole que no ostentaba la calidad de beneficiario de conformidad con la ley aplicable para acceder a la pensión de sobrevivencia. En particular, COLFONDOS señaló lo siguiente: [L]a legislación colombiana en materia de seguridad social específicamente el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 contempla que son beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, sin embargo, esta calidad de beneficiario, la ley la establece de la unión entre un hombre y una mujer, actualmente dicha legislación no contempla la unión entre dos personas del mismo sexo.

El señor Duque acudió a las instancias judiciales, que finalmente concluyeron:

No s[ó]lo no se vislumbra la violación de alguno de los Derechos Constitucionales Fundamentales sino que se trata de obtener mediante el amparo Constitucional la protección de derechos eminentemente patrimoniales, ni las prestaciones sociales que ni son ni pueden ser objetos del mismo, por cuanto estos son derechos que tienen su fuente inmediata en la ley; de manera que, como es apenas lógico, únicamente se otorgan a quienes cumplen los requisitos legalmente previstos. En este orden de ideas, tuvo razón la entidad de seguridad social cuando emitió concepto negativo a la pretensión pensional del ciudadano promotor de la acción de tutela, pues la pensión de sobrevivientes tiende a proteger la familia y, como se entiende, hasta ahora, en nuestro medio, la familia se forma por la unión de hombre y una mujer únicos potencialmente capaces de conservar la especie, mediante la procreación de los hijos. Así, la unión homosexual de hombre con hombre o de mujer con mujer, en sí misma, no constituye una familia. Una cosa es la relación íntima que pueda existir entre las parejas del mismo sexo y otra la relación que conforma una familia (Duque vs. Colombia, 2016).

Para la Corte Interamericana, el Estado incurrió en la violación de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁷. De lo expuesto en la sentencia nos interesa resaltar los siguientes considerados:

91. (...) La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

92. (...) Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros -que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

97. Como fuera mencionado, para el mes de abril de 2002, la normatividad colombiana vigente negaba a las parejas del mismo

¹⁷ Lo anterior, incluso cuando la Corte Interamericana acreditó que: 81. A partir del año 2007 la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido jurisprudencialmente a parejas del mismo sexo los beneficios de pensión, seguro social y derechos de propiedad. La Corte estableció que la referida Ley 54 de 1990 (que regula lo relativo a la unión marital de hecho) también aplica para las parejas del mismo sexo y que, por tanto, estas parejas gozarán de dicho régimen de protección en la medida en que cumplan los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de dichas uniones maritales. Posteriormente, la Corte Constitucional determinó que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admitía la cobertura de las parejas del mismo sexo y que, para el efecto, la comprobación de dicha calidad y de la vocación de permanencia de la pareja debía regularse por el mismo mecanismo que aplica a las parejas heterosexuales. 82. En el año 2008 la Corte Constitucional de Colombia concluyó a través de la sentencia C-336 que las parejas permanentes del mismo sexo que acrediten dicha calidad tienen derecho a la pensión de sobrevivientes. Asimismo, desde el año 2010 ese mismo tribunal Constitucional consideró en varias sentencias que el hecho de que la muerte de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo hubiera acaecido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008 no justificaba que pudiese negarse la pensión de sobrevivencia al miembro superviviente y además que no era constitucionalmente válido proveer solo de una vía para acreditar su unión permanente a las parejas del mismo sexo, mientras que las parejas heterosexuales disponían de cinco vías para el efecto y que, por tanto, debían otorgarse los mismos mecanismos en ambos casos. (Duque vs. Colombia, 2016).

sexo un reconocimiento legal de la pensión de sobrevivientes, lo cual sería constitutivo de una violación del derecho a la igualdad ante la ley contenido en el artículo 24 de la Convención.

103. La Corte constata que la normatividad interna colombiana que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social, establecía una diferencia de trato entre por un lado las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por parejas del mismo sexo que no podían formar dicha unión.

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

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

124. En el presente caso, se puede concluir que el Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la

orientación sexual. En consecuencia, la Corte encuentra que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana.

125. Por tanto, la Corte encuentra que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. Adicionalmente a lo anterior, ese hecho ilícito internacional afectó al señor Duque, en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas por medio de la respuesta del COLFONDOS a su gestión al respecto y por la sentencia de tutela del Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá y la sentencia del Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá. (Duque vs. Colombia, 2016).

En el caso costarricense, la sentencia Duque vs. Colombia resulta relevante, en virtud de la sentencia 5590-2012 de la Sala Constitucional. Dicha sentencia se refiere a una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 20 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social que excluía al conviviente del mismo sexo como beneficiario del seguro de salud. La Sala Constitucional rechazó la acción interpuesta argumentando:

(...) Si bien es cierto la sentencia 2006-07262 desestimó sus argumentos al impugnar el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, la decisión de la mayoría de la Sala consistió en determinar que no existe discriminación en la normativa accionada porque el matrimonio es una figura creada para uniones entre personas heterosexuales; en esa misma oportunidad también se reconoció que existe la necesidad de regular las relaciones entre personas del

mismo sexo, pero ello le corresponde al Poder Legislativo, en el ejercicio de las potestades que tanto la Ley como la Constitución Política le confieren. Por otra parte, en cuanto a la solicitud de aplicar la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe señalarse que lo planteado por el accionante resulta improcedente en el tanto el voto de mayoría de la Corte, no desarrolla ni realiza referencia alguna al tema de la conyugalidad homosexual; la seguridad social homosexual; la democratización de instituciones social y jurídicamente reconocidas a las personas heterosexuales, ni los derechos reproductivos de las personas homosexuales. En dicha resolución se desarrolló el tema del derecho a la vida familiar como derecho humano, señalándose que no es posible decidir sobre la custodia y cuidado de los hijos con base en la orientación sexual de los progenitores. Es claro que el “juicio base” de la resolución de la CIDH en nada resulta aplicable al caso concreto. En aquel caso tenemos como supuesto fáctico dos menores de edad que no pueden relacionarse con su progenitor con inclinación homosexual. Menores producto de un matrimonio disuelto. En el caso que nos ocupa, lo pretendido es el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo para tener acceso a seguro social de su conviviente. Ahora, si bien es cierto la sentencia de la C...desarrolla en uno de sus considerandos el tema de la discriminación, no lo hace por estar en presencia de un tema de reserva de ley que debe resolver el legislador, sino por derechos legalmente otorgados y negados con base en su inclinación sexual (5590-2012, 2012).

Llama la atención que en los siguientes considerandos, la Sala Constitucional utilizó los fundamentos del juez disidente en la sentencia *Atala Riffo vs. Chile* para sustentar su posición, para concluir:

El objeto de la demanda fue “... *la discriminación e injerencia arbitraria en la vida privada de [la señora] Atala, ocurridas en el contexto de un*

proceso judicial sobre la custodia y cuidado de sus tres hijas”. Lo anterior, debido a que presuntamente la “orientación sexual [de la señora] Atala y, principalmente la expresión de dicha orientación en su proyecto de vida, fueron la base principal de las decisiones mediante las cuales se resolvió retirarle la custodia de las niñas”. Resulta evidente para la mayoría de esta Sala que el dicho pronunciamiento no guarda relación con el objeto planteado por el accionante en el presente caso, por las razones que anteriormente se ofrecieron. Por otra parte, aun cuando en virtud de lo señalado por la Convención de Viena, si un Estado firma un Tratado internacional está en posición de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes, ninguna norma del Pacto de San José le da carácter vinculante -a dichos pronunciamientos- para los Estados que forman parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, salvo para el caso concreto, en el cual no figura el Estado costarricense, como se indicó anteriormente, de manera que el pronunciamiento citado por el accionante no es más que un antecedente jurisprudencial de referencia, que sólo resulta de acatamiento obligatorio para el Estado Chileno y la parte demandante (5590-2012, 2012).

En cuanto a lo resuelto por la Sala Constitucional, coincidimos con lo expresado por Miranda:

En esa resolución considero que la jurisdicción constitucional no llevó a cabo de forma adecuada el control de convencionalidad, pues en realidad en la sentencia Atala Riffo se reconoció la orientación sexual como una categoría protegida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, motivo por el cual ese criterio jurisprudencial tuvo que aplicarlo, incluso a pesar de que ese caso contencioso no fue tramitado en contra de nuestro país en virtud de que las sentencias convencionales tienen una eficacia indirecta relacionada con la vinculariedad del criterio interpretativo o de la cosa

interpretada, tal y como lo reconoció en la sentencia número 2313-1995 la propia Sala Constitucional (Miranda, 2015, p. 164).

Miranda señala que posteriormente se realizó un adecuado control de convencionalidad por parte de la Sala Constitucional en las sentencias número 2014-12703 y 6058-2015. En la primera, declaró con lugar un recurso de amparo contra la Junta Directiva del Colegio de Abogados y les obligó a extender a la pareja del recurrente el carné para el ingreso y uso para las instalaciones de esa corporación profesional y, de cumplir con los requisitos, incluir a esa persona como beneficiario de la póliza de vida y asegurado en las pólizas voluntarias. Para sustentar el fallo, se señaló el carácter vinculante del control de convencionalidad y específicamente las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo *Atala Riffo vs. Chile*. En la segunda sentencia, se conoció el reclamo de un agremiado del Colegio de Médicos y Cirujanos a quien también le impidieron que su pareja sentimental tuviera acceso a las instalaciones de esta corporación. El reclamo fue acogido utilizando para ello el mismo fundamento vertido en contra de la Directiva del Colegio de Abogados (Miranda, 2015, págs. 164-165).

Estas resoluciones sustentan la posición que se ha sostenido a lo largo de este trabajo, en cuanto a que, la regulación de las uniones entre las personas del mismo sexo, no es un debate concluido a nivel constitucional y que debe avanzar hacia una tutela conforme a los derechos humanos.

Luego del fallo *Duque vs. Colombia*, es evidente la deuda de nuestro país con la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo. Debe rescatarse que, pese al lamentable fallo de la Sala Constitucional, a partir del año 2014 se reconoció por parte de la Caja Costarricense del Seguro Social la extensión del seguro familiar a parejas del mismo sexo¹⁸ y en el año 2016¹⁹, la pensión por muerte:

¹⁸ La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en el artículo 36º de la sesión 8744, celebrada el 9 de octubre del año 2014, acordó reformar los artículos 10º, 12º y 13º del Reglamento del Seguro de Salud. En lo que interesa, el artículo 12 señala: "De los beneficiarios familiares. Tiene derecho el asegurado(a) directo a solicitar al Seguro Social la protección a través del Beneficio Familiar de quienes reúnan respecto de él (ella), los requisitos generales de vínculo y dependencia económica, así como los

Si las parejas del mismo sexo están dentro de la Población Económicamente Activa, entonces son asalariados y contribuyen a la Caja. Están en la misma situación que cualquier otro trabajador y por ello no se puede hacer distinción entre un trabajador homosexual y uno heterosexual”, argumenta Loría (Brenes, 2016).

VIII. CONCLUSIONES

Una vez realizado el recorrido por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la normativa nacional, la doctrina, los debates constitucionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideramos que contamos con argumentos suficientes que permiten afirmar que la alternativa que permite una mejor tutela de los derechos de las parejas del mismo sexo es la apertura de la institución matrimonial.

Esta afirmación la realizamos independientemente de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos siga el criterio del Tribunal Europeo esbozado en la sentencia *Shalk and Kopf vs. Austria*, en el tanto afirma que no existe vulneración al principio de igualdad y prohibición de discriminación, siempre y cuando se regule la unión entre personas del mismo sexo. No puede dejarse de lado, que la Corte Interamericana ha desarrollado una serie de argumentos que dificultarían seguir el camino del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo

particulares conforme se enuncia en el presente artículo. Igual derecho le asiste al potencial beneficiario (a) de requerir directamente al Seguro Social la protección en los supuestos en los que la Ley y éste reglamento por su condición lo ampara. a. Cónyuge. b. Compañera (o): con convivencia en forma estable: comparten alimentos, cama y cohabitación sexual al menos por tres años ininterrumpidos; pública: evidente, patente, notoria; exclusiva: no simultánea, fiel; y bajo el mismo techo. Tanto el asegurado (a) directo como el compañero (a) deben ostentar la libertad de estado al momento de solicitar la protección. Se establece el "Registro de Parejas en Convivencia" como un medio de acreditación de las características de la unión, sin distinción de sexo, a los efectos de trámite del Beneficio Familiar para la pareja por parte de quien ostente la condición de asegurado (a) directo. Su contenido tendrá carácter de confidencial y estará sujeto a lo establecido en la Ley N° 8968, Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus datos personales, en cuanto le sea aplicable. En ausencia del registro de la fecha de inicio de la convivencia de la pareja, la administración establecerá los requisitos de comprobación fehaciente de dicha fecha para efectos del cómputo del tiempo requerido para el otorgamiento del Beneficio Familiar." (...).

¹⁹ Aún pendiente la publicación de dicha reforma.

que una decisión en tal sentido resultaría incongruente con su línea jurisprudencial.

De seguido se sintetizarán las posiciones que fueron desarrolladas a lo largo de este trabajo:

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Sala Constitucional costarricense sostuvieron que, los Tratados Internacionales, en el caso de la Convención Americana y el Convenio Europeo, al referirse al matrimonio, contemplan únicamente al matrimonio entre hombre y mujer. En contra de este argumento, el cual suscribimos, se ha indicado:

Que el Pacto reconozca el derecho de un hombre y una mujer a casarse no significa que niega ese derecho a las demás personas o que lo prohíbe. Las prohibiciones deben ser explícitas. Por ejemplo, el Pacto no declara que las personas tengan derecho a divorciarse. ¿Significa que el Pacto prohíbe el divorcio? Tampoco alude el Pacto al derecho a procrear. ¿Significa que el Pacto prohíbe la procreación? Es evidente que no y por eso debe desecharse esta referencia impertinente al derecho internacional (Figueroa, 2012, p.126).

2. Respecto del criterio institucional y la imagen maestra del matrimonio, como uno de los argumentos que a criterio de algunos juristas es el de mayor peso para impedir el matrimonio entre personas del mismo sexo, coincidimos con Naranjo y Barrero en cuanto a que -si se quisiera entender que existe una "esencia" de un concepto- ésta no se vería afectada al permitir el matrimonio a personas del mismo sexo, pues las personas heterosexuales no pierden el derecho a casarse.

3. Los criterios interpretativos establecidos por la Corte Interamericana en *Atala Riffo vs. Chile* y *Duque vs. Colombia* impiden que se recurra al criterio del consenso regional y al margen de apreciación, tal y como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

No obstante, el escrutinio estricto sí existe en el ámbito de la CADH y, en base al estado actual de la jurisprudencia de la Corte y el contenido de la CADH, queda poco margen de acción de deferencia de la Corte al Estado en la determinación si las personas del mismo sexo tienen o no derecho al matrimonio. De hecho, el margen de acción que tendría el Estado bajo la CADH sería en determinar para una sociedad democrática por qué la falta de reconocimiento del matrimonio a personas del mismo sexo constituye un trato diferenciado o una distinción compatible o justificada bajo la CADH. Además, el Estado tendría que determinar por qué un grupo históricamente discriminado se le niega el disfrute de un derecho que tiene otro grupo. En consecuencia, el margen de apreciación otorgado en *Schalk y Kopf v. Austria* reconocido a los Estados, no es aplicable en el ámbito de la CADH al tratarse de una categoría protegida y compartir una consideración al principio de igualdad y no discriminación como parte de las obligaciones generales de respeto y garantía; y de protección igualitaria ante la ley (Reyes, 2014).

En las sentencias referidas, la Corte Interamericana hizo énfasis en cuanto a que los prejuicios y estereotipos sociales, no pueden justificar la diferencia de trato entre un grupo de personas.

4. La orientación sexual es una categoría por la cual, según la Corte Interamericana, está prohibido discriminar y enfatiza que "no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención" (Duque vs. Colombia, 2016). El matrimonio es un derecho establecido en la Convención Americana y, en nuestro país, existe una norma que prohíbe el ejercicio de ese derecho a las parejas del mismo sexo, esta prohibición se basa exclusivamente en su orientación sexual. Desde esta óptica, lleva razón Íbañez al señalar:

[A]unque el derecho al matrimonio inicialmente se concebía para parejas heterosexuales, hoy en día esto genera un trato diferenciado, cuya justificación corresponde analizar a la Corte misma. Por ende, si bien parece que entraran en conflicto estos dos derechos, debe prevalecer el derecho a la igualdad y no discriminación. Además, esta preponderancia especial se magnifica, en la medida en que el artículo 17.2 de la Convención Americana consagra explícitamente la prohibición de discriminación dentro de su redacción (Íbañez, 2014, p. 31).

5. El derecho a la igualdad y no discriminación es de carácter *ius cogens* y así fue reafirmado por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-18/03. Esto implica que este derecho, tiene una preponderancia mayor que algunos de los otros derechos dentro del Sistema Interamericano.

6. El principio de interpretación *pro homine* y de interpretación evolutiva, son un parámetro esencial para la determinación de la opción del matrimonio como la mejor forma de tutela de los derechos de las parejas del mismo sexo. Recuérdese que al respecto, la Corte Interamericana destacó:

Asimismo, la Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, 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. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano (Masacre de Mapiripán vs. Colombia, 2005).

7. No se observa un argumento para impedir el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, que, en palabras de la propia Sala Constitucional costarricense, permita entender que la causa de justificación del acto considerado desigual, persiga un fin legítimo, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Como se demostró, uno de los argumentos más fuertes para denegar el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo fue, a criterio de la Sala Constitucional, la procreación como uno de los fines del matrimonio. Este criterio ha sido ampliamente superado por la jurisprudencia internacional de protección de los derechos humanos, la cual ha hecho énfasis en que, la decisión de procrear o no, no es una condición ineludible para permitir o prohibir el matrimonio.

8. Tanto el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo como el deber de protección de las familias, deben ser debidamente tutelados por el Estado costarricense como consecuencia del artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La discusión sobre las uniones entre personas del mismo sexo, ha trascendido el debate jurídico y se convierte un tema en el que, por razones políticas, han dominado una serie de opiniones que se distancian de criterios que puedan ser sometidos a un examen objetivo, dentro de las posibilidades que una discusión jurídica lo permite:

Cuando teorías, opiniones, discusiones, tienen que ver con la práctica, especialísimamente en el orden social, es aspecto relativo a su lógica y a su pureza racional no es el único que debe considerarse. Teorías simplistas, unilateralizadas, defectuosas racionalmente, suelen tener, asípreciadas, más valor de combate, por lo menos en cuanto a los efectos propios. Pueden actuar más sobre las masas (...) la misma incomprensión y estrechez puede tender, en parte, a favorecer el apostolado: la incomprensión y la estrechez de los apostolizados... y en los mismos apóstoles (Vaz Ferreira, 1941).

Pese a los compromisos de carácter político o la impopularidad que una medida como el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo puede representar en nuestro medio, el análisis aquí propuesto, se ha enfocado desde una perspectiva jurídica. Si se quiere ser coherente con la doctrina de los derechos humanos, el reconocimiento del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo y el deber de protección normativo que esto implica, es ineludible.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, A. (2011). *Constitucionalización del Derecho de Familia*. Jurídicas CUC, 27-52.

Barrero, A. (6 de mayo de 2016). El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado. Madrid, Madrid, España. *Fundación Gregorio Peces Barba*. Obtenido de sitio Web Fundación Gregorio Peces Barba: <http://app.alumn-e.com/documentos/viewmy>

Barrientos, J. y Novales, A. (2004), *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Santiago: Lexis Nexis, 427

Bassets, M. (27 de junio de 2015). El Tribunal Supremo de EE UU legaliza el matrimonio gay. *El País América*, pág. versión electrónica: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/26/actualidad/1435327649_177772.html.

Bustillos, J. (2011). Derechos humanos y protección constitucional. Breve estudio sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, num. 132, 1018-1045.

Brenes, D (26 de junio de 2016). El hombre que hizo a la Caja diversa. *La Nación*. pág. versión electrónica: http://www.nacion.com/ocio/revista-dominical/hombre-hizo-Caja-diversa_0_1569243083.html

Cabrales, J. M. (2005). Transformación jurídica de la perspectiva nacional sobre las uniones civiles y el matrimonio entre personas del mismo sexo en Latinoamérica. *Revista de la Facultad de Derecho*, 139-167.

Cerdeira, G. (marzo-abril 2005). ¿Es constitucional, hoy, el matrimonio homosexual? (entre personas del mismo sexo). *Revista de Derecho Privado*, 37-56.

Chávez, E. (s.f), "La protección constitucional de la familia; una aproximación a las Constituciones Latinoamericanas", ponencia presentada en el *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/9.pdf>.

Coleman, P. (23 de 1 de 2016). Así impone la ONU 'soto voce' el matrimonio homosexual. *Actual*, pág. versión electrónica: <http://www.actuall.com/criterio/familia/asi-impone-la-onu-soto-voce-el-matrimonio-homosexual/>.

Fallas, G. (4 de noviembre de 2015). Error del Registro Civil permitió matrimonio entre dos mujeres en Costa Rica. *La Nación*, pág. versión electrónica http://www.nacion.com/nacional/Error-Registro-Civil-permitio-matrimonio_0_1522247845.html.

Figuroa, R. (2012). El matrimonio ante el Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Público*, Nº. 1, 117-146.

Garrote, I. (2005). El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 133-64.

Guimón, P. (23 de mayo de 2015). Irlanda aprueba el matrimonio gay por una amplia mayoría. *El país*, pág. versión electrónica:

http://internacional.elpais.com/internacional/2015/05/23/actualidad/1432372207_623361.html.

Haba, P. (2012). *Metodología (realista) del derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica. Tomo III*. San José: Universidad de Costa Rica.

Íbañez, M. (2014). El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Sistema Interamericano *Revista de Derecho Público N.o 32 - Enero - Junio*, 4-36.

IGALAC (22 de abril de 2015). Ecuador reconoce la Unión de Hecho Homosexual como un estado civil. *IGALAC*, pág. versión electrónica: <http://ilgalac.org/ecuador-reconoce-la-union-de-hecho-homosexual-como-un-estado-civil/>.

Martínez, D. (2011). La cuestión no cerrada del llamado matrimonio homosexual . *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 1-11.

Madrigal, L. (17 de mayo de 2016). Costa Rica consulta a Corte IDH si es necesaria legislación que regule uniones homosexuales. *El mundocr*. pág. versión electrónica: <http://www.elmundo.cr/costa-rica-consulta-corte-idh-necesaria-legislacion-regule-uniones-personas-del-sexo/>.

Minyersky, N. (s.f.). Derecho UBA Revistas Pensar en Derecho. Recuperado el 6 de Abril de 2016, de Derecho UBA, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-impacto-del-proyecto-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-en-instituciones-del-derecho-de-familia.pdf>

Miranda, H. (2015). *Derechos fundamentales en América Latina*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Naranjo, R. (2013). Matrimonio homosexual y categorías jurídicas. *Revista General de Derecho Constitucional 17*, 1-9.

- Ordaz, P. (12 de mayo de 2016). Italia aprueba una ley histórica de uniones civiles homosexuales. *El país internacional*. pág. versión electrónica: http://internacional.elpais.com/internacional/2016/05/11/actualidad/1462968309_545233.html.
- Palomino, S., & Marcos, A. (8 de abril de 2016). La Corte Constitucional de Colombia avala el matrimonio igualitario. *El país América*. pág. versión electrónica: http://internacional.elpais.com/internacional/2016/04/07/colombia/1460039385_837414.html
- Páez, M. (2013). La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia", *Revista Derecho del Estado*, N° 13, pp. 231-257.
- Presno, M. (2013). El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? a propósito de la stc 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada. *Revista de derecho constitucional europeo N°19*, pp. 403-432.
- Requero, J. (2005). Reformas del Código Civil al servicio de una empresa ideológica. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 7.
- Reyes, A. (2014). El Principio De Igualdad Y No Discriminación Como Límite Al Margen De Apreciación En El Reconocimiento Del Matrimonio Entre Personas Del Mismo Sexo . *American Univesity Internacional LawReview*, disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1822&context=auilr>.
- Rodríguez-Arana Muñoz, X. (2005). Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía N°1*, 1612-1618.
- Soriano, E. (2011). El matrimonio homosexual en Europa. *Rev. boliv. de derecho n° 12, julio 2011*, pp. 204-216.

Univisión.com. (11 de abril de 2016). Celebran inconstitucionalidad del artículo 68 del código civil de Puerto Rico. *Univisión*, pág. versión electrónica: <http://www.univision.com/noticias/matrimonio-igualitario/celebran-inconstitucionalidad-del-articulo-68-del-codigo-civil-de-puerto-rico>.

Vaz Ferreira, C. (1941). *Feminismo*. Buenos Aires: Losada S.A.

Zúñiga, Y., & Turner, S. (2013). Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20(2), 269-301. Recuperado en 14 de abril de 2016, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200010&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-97532013000200010.

13300-2010 (Sala Constitucional de Costa Rica, 10 de agosto de 2010).

13800-2011 (Sala Constitucional de Costa Rica, 12 de octubre de 2011).

2006-07262 (Sala Constitucional de Costa Rica, 23 de mayo de 2006).

2010-641 (Sala Constitucional de Costa Rica, 22 de junio de 2010).

2000-9685 (Sala Constitucional de Costa Rica, 1 noviembre de 2000).

2313-95 (Sala Constitucional de Costa Rica, 9 de mayo de 1995).

5590-2012 (Sala Constitucional de Costa Rica, 2 de mayo de 2012).

12703-2014 (Sala Constitucional de Costa Rica, 1 de agosto de 2014).

6058-2015 (Sala Constitucional de Costa Rica, 29 de abril de 2015).

2015-270 (Tribunal de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José, 15 de abril de 2015).

C-577-11 (Corte Constitucional de Colombia, 26 de julio de 2011).

Obergefell v. Hodges (Corte Suprema de Estados Unidos 26 de junio de 2015).

Atala Riffo y niñas vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2012).

Artavia Murillo vs. Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2012).

Duque vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de febrero de 2016).

Fornerón e hija vs Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de abril de 2012).

La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de febrero de 2001).

Masacre de Mapiripán vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de setiembre de 2005).

Opinión Consultiva OC-18/03 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de septiembre de 2003).

Opinión Consultiva OC-1089 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de julio de 1989).

Burghartz vs Suiza (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de febrero de 1994).

Christine Goodwin vs Reino Unido (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de julio de 2002).

Hoffmann vs Austria (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993).

I. vs Reino Unido (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de julio de 2002).

K.A.B. vs España (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2012).

Karner vs Austria (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 julio de 2003).

Kozak vs Polonia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 marzo de 2010).

Mata Estévez vs España (Decisión de inadmisibilidad de 10 mayo 2001).

Muñoz Díaz vs España (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009).

Oliari vs. Italia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 21 de julio de 2015).

P. B. y J. S. vs Austria (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de julio de 2010).

P. VS vs España (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 noviembre de 2010).

R.M.S. vs España (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 2013).

Saleck Bardi vs España (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de mayo de 2011).

Salgueiro Da Silva Mouta vs Portugal (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 diciembre de 1999).

Shalck And Kopf vs. Austria Judgment, 30141/04 (Corte Europea de Derechos Humanos 24 de junio de 2010).

Sheffield y Horsham vs Reino Unido (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de julio de 1998).

X y otros vs Austria (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de febrero de 2013).

X., Y. y Z. vs Reino Unido (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de abril de 1997).

Código de Familia de Costa Rica.

Constitución Política de Costa Rica.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer,
"Convención Belém Do Pará".

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la
Mujer.

Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos Declaración Americana de
Derechos y Deberes del Hombre

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en
materia de derechos económicos, sociales y culturales