

# ANÁLISIS CON RESPECTO A LA IMPOSIBILIDAD LEGAL DEL MATRIMONIO CIVIL ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COSTA RICA

*Ms.C Francisco Lemus Víquez<sup>1</sup>  
jlemusv30@gmail.com*

## RESUMEN

Estudio crítico sobre el fundamento constitucional del matrimonio y el impedimento legal a las personas homosexuales de casarse. Se concluye que dicha imposibilidad es inconstitucional por discriminatoria, ya que se basa en un criterio de exclusión por mera orientación sexual, lo cual es insostenible de conformidad con el derecho de la Constitución.

## PALABRAS CLAVE

Familia, matrimonio, parejas del mismo sexo, igualdad y no discriminación por orientación sexual, libertad y libre desarrollo de la personalidad.

## ABSTRACT

Critical study on the Constitutional foundation of marriage and the legal impediment to homosexual marriage. It is concluded that this impossibility is unconstitutional because of discrimination, since it is based on a criterion of exclusion on the grounds of mere sexual orientation, which is untenable under Constitutional Law.

## KEYWORDS

Family; marriage; same-sex couples; equality and non-discrimination

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Principios de igualdad ante la ley y no discriminación por orientación sexual, dignidad humana, libertad y libre desarrollo de la personalidad. III. Derecho fundamental y garantía social a la familia. IV. Derecho fundamental y garantía social al matrimonio. V. Conclusiones. Bibliografía.

---

1 Licenciado en Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (2006); máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España (2016); máster en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia (2017). He fungido como docente en diferentes universidades privadas del país, en cursos de Introducción al Derecho y Procesal Penal. Desde el 2001 trabajo en el Poder Judicial, actualmente me desempeño como Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

## ***I.- Introducción***

**E**n nuestro país, las parejas de igual sexo tienen impedimento legal de fundar una familia por vínculo de matrimonio, situación que la Sala Constitucional interpretó que no era discriminatoria ni inconstitucional en precedente número 7262-2006, de las 14:46 horas, del 23 de mayo de 2006.

No obstante, el debate político y jurídico sobre la legitimidad de dicha restricción continúa. Al respecto, desde el 2006, se tramitan en la Asamblea Legislativa dos proyectos de ley, bajo expedientes n.º 16.390 y n.º 17.668, con el fin de regular las “sociedades de convivencia entre personas del mismo sexo”.

Asimismo, en la resolución de las 15:39 horas, del 10 de febrero de 2016, la Sala Constitucional admitió para estudio de fondo dos acciones de inconstitucionalidad contra el artículo 14, inciso 6, del Código de Familia, el cual imposibilita el matrimonio homosexual. Sin embargo, ni los legisladores ni los magistrados se han ocupado por resolver el asunto.

De cara al tema, el propósito de este artículo de investigación es determinar si el precepto legal que imposibilita el matrimonio entre personas del mismo sexo es contrario a la Constitución o no; es decir, si se basa en una diferenciación de trato ante la ley legítima o constituye un trato discriminatorio por orientación sexual.

## ***II.- Igualdad ante la ley y no discriminación por orientación sexual, dignidad humana, libertad y libre desarrollo de la personalidad***

Tal y como se adelantó, el objetivo central de este trabajo es determinar si la diferenciación de trato ante la ley para impedir a las personas homosexuales casarse se basa en razones jurídicas justificadas o no.

Así, en primer término, resulta pertinente analizar las normas y los principios fundamentales involucrados, como son el de igualdad ante la ley y no discriminación, de dignidad humana, libertad y libre desarrollo de la personalidad; en segundo término, el régimen constitucional costarricense sobre la familia y el matrimonio civil, y finalmente, averiguar si el impedimento a parejas de un mismo sexo de contraer matrimonio es conforme con la Constitución o, por el contrario, si es inconstitucional.

**a) Principio de igualdad ante la ley y no discriminación:** La Constitución Política en el título IV, Capítulo I, sobre Derechos y garantías individuales, artículo 33, establece: *“Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”*. En similar sentido, se pueden consultar los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El principio de igualdad no solo permea todo el ordenamiento jurídico, sino también se configura como un auténtico derecho subjetivo, en relación con la regulación, ejecución o aplicación de una norma, posibilitando el pleno ejercicio de otros derechos. El derecho a la igualdad consiste en tratar de igual forma a los que se encuentren en iguales condiciones de hecho. Sin embargo, no excluye que los poderes públicos puedan otorgar tratamientos diferenciados a situaciones distintas. En resumen, lo que el principio de igualdad prohíbe es la diferencia de trato arbitrario (Hernández, 2015, pp. 150-151).

A través de su jurisprudencia vinculante, la Sala Constitucional ha sentado que la igualdad ante la ley implica un trato por igual a quienes se encuentren en iguales condiciones, y desigual a quienes se encuentren en desiguales condiciones, y la distinción esté provista de una justificación objetiva y razonable. Véanse, entre otras, las

resoluciones números 00316-1993, 4883-1997, 5797-1998.

Del numeral 33 constitucional, también se desprende el subprincipio de no discriminación, según el cual, toda diferenciación de trato contrapuesta a la dignidad humana está prohibida. Es decir, 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, según preceptúan los numerales 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de aplicación directa al tenor de los ordinales 7 y 48 de la Constitución.

**b) Dignidad humana y prohibición de discriminación por orientación sexual.** La dignidad es un valor superior del ordenamiento jurídico, fuente de los derechos y libertades fundamentales que le son inviolables, inherentes e irrenunciables, en igual mérito para todas las personas (Martínez, 2008, pp. 106-108).

Sobre el tema, en diversas ocasiones, la Sala Constitucional se ha pronunciado respecto a que todo trato desigual ante la ley, por motivo de orientación sexual, es ilegítimo y, por ende, violatorio de la dignidad humana, ya que las personas tienen, *per se*, igual dignidad con independencia de su identidad o preferencia sexual. Así mediante la resolución n.º 10404, de las 16:00 horas del 31 de julio de 2013, la Sala señaló:

*IV.- Sobre la discriminación sexual. [...] Nuestra Constitución Política dispone en el artículo 33 que toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana, lo que evidentemente incluye la discriminación por la orientación sexual de la persona (cuestión expresamente recogida por el numeral 4.h de la Ley General de la Persona Joven).*

Al respecto, véanse también las resoluciones números 08724, de las 9:18 horas, del 1 de julio

de 2011; 18660-2007 de las 11:17 horas, del 21 de diciembre de 2007. En cuanto al reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la identidad sexual, cambio o reasignación de sexo de las personas transexuales, se pueden consultar las resoluciones números 7128-2007 y 16877-2009.

Igualmente, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs Chile*, mediante la sentencia dictada el 24 de febrero de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue tajante, respecto a que **la orientación sexual de las personas no era un criterio relevante de distinción de trato ante la ley**. En lo conducente, indicó:

*[...] 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.*

La sentencia citada aclara además que:

*92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única*

*y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.*

Por último, establece categóricamente que:

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. 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.

Finalmente, es relevante destacar que, mediante la promulgación de la Ley N.º 9155 del 2 de julio de 2013, se reformó la Ley General de la Persona Joven, N.º 8261, modificando el artículo 4, inciso h), en el sentido de prohibir toda discriminación por orientación sexual, y adicionó un inciso m), en el cual se reconocía el derecho a las personas adultas jóvenes de conformar uniones de convivencia, según el Código de Familia.

**c) Derecho de libertad y libre desarrollo de la personalidad sin distingo de orientación sexual.** El derecho al libre desarrollo a la personalidad comprende el derecho a la libre actuación del individuo, es, por lo tanto, una concreción del derecho de libertad, y solo podrá limitarse cuando dicha injerencia esté justificada a favor de valores y principios constitucionales (Martínez, 2008, pp. 113-115).

El artículo 28 de la Constitución preceptúa el régimen o sistema de libertad individual. Dispone en lo conducente:

*Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no*

*perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.*

Al respecto, la Sala Constitucional ha interpretado que de este principio de libertad se derivan tres valores fundamentales para nuestro ordenamiento jurídico:

*[...] a) el principio de libertad que en su vertiente positiva implica el derecho de los particulares a hacer todo aquello que la ley no prohíba y, en la negativa, la prohibición de inquietarlos o perseguirlos por la manifestación de sus opiniones o por acto alguno que no infrinja la ley; b) el principio de reserva de ley, en virtud del cual el régimen de los derechos y libertades fundamentales sólo puede ser regulado por ley en sentido formal y material, no por reglamentos u otros actos normativos de rango inferior y c) el sistema de la libertad, conforme el cual las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres y que no perjudiquen a terceros están fuera de la acción, incluso, de la ley [...]. Se pueden consultar también las resoluciones números 4569-1998, 11154-2007 y 16099-2008.*

En cuanto a las limitaciones o restricciones a los derechos de libertad, la Sala Constitucional ha considerado que son injustas cuando se fundan en forma exclusiva en la identidad sexual, pues con ello se vulneraría el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual comprende la libre autodeterminación de la orientación sexual, elemento esencial de la dignidad humana.

Al respecto, en la resolución n.º 10404 de las 16:00 horas, del 31 de julio de 2013, la Sala declaró inconstitucionales los artículos 98, inciso 6) y 102, inciso e) del Código Penal, los cuales contemplaban como supuesto para imponer una medida de seguridad, la mera práctica de actos homosexuales. En dicho pronunciamiento, la Sala determinó que la homosexualidad constituía una orientación sexual tan digna y aceptable como la heterosexualidad, y que según informes de la Organización Mundial de la Salud, no era una

enfermedad mental que debía curarse mediante tratamiento. En lo que interesa, el precedente indicado señaló:

*VI.- [...] Ahora bien, lo cierto es que el 17 de mayo de 1990, la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud eliminó de la Clasificación Internacional de Enfermedades a la homosexualidad, que con anterioridad era considerada como una enfermedad mental. Se reconoció que la orientación sexual no se elige y que no existe un mecanismo científico reconocido para promover la preferencia homosexual. [...] Con base en lo expuesto, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, resulta del todo improcedente que nuestro ordenamiento jurídico penal autorice la imposición de una medida de seguridad a una persona por la sola condición de ser homosexual, toda vez que a la luz del criterio mayoritario de la doctrina especializada, la homosexualidad no es un padecimiento. [...] De manera que actualmente la opinión científica mayoritaria no solo ha descartado que la homosexualidad sea una enfermedad, sino que a través de instrumentos internacionales como los citados, se ha promovido el derecho a la orientación sexual de la persona como parte de su desarrollo de la personalidad, identidad y dignidad, y se ha convocado a los Estados a erradicar cualquier forma o práctica que produzca la discriminación en este sentido. (Lo resaltado en negrita no está así en el original).*

Históricamente los gays y las lesbianas han sido un grupo desventajado o minoría perseguida. Por ejemplo, en nuestro país, el Código Penal de 1924, en el artículo 317, tipificaba como delito la sodomía y lo castigaba con cárcel. Más adelante, si bien es cierto esto se reforma, no obstante, perdura en el ordinal, 380, inciso 15 del Código Penal como una contravención contra las buenas costumbres (inmoral), y no es sino hasta fecha reciente, con la promulgación de la Ley N.º 8250 del 2 de mayo de 2012, cuando se deroga en forma definitiva.

Es decir, durante mucho tiempo, en nuestro país, los actos homosexuales fueron calificados como acciones privadas contrarias a la moral social y el orden público, delito, contravención o enfermedad psíquica. Sin embargo, en la actualidad y a la luz de la jurisprudencia constitucional, así como de la Corte IDH, los homosexuales no pueden ser inquietados ni perseguidos por ley ni privárseles de derechos fundamentales por su mera preferencia sexual, pues por ese motivo no se afectan el orden público, las buenas costumbres ni se perjudica a terceras personas.

En otro orden, es importante indicar que, en el ámbito internacional europeo, también se ha reconocido la orientación sexual como un derecho intrínseco de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

En una primera etapa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho a la vida privada de las personas homosexuales, declarando contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos, las legislaciones que penalizaban la sodomía, caso Dudgeon, STEDH del 22 de octubre de 1981; caso Norris STEDH del 26 de octubre de 1988. En una segunda parte, el Tribunal fue más allá, admitiendo la orientación sexual como causa prohibida de discriminación, sentencia Salguero Da Silva Mouta, del 21 de diciembre de 1999, asunto Kramer del 24 de julio de 2003. (Martín, 2008, pp. 94-98).

En conclusión, el derecho de la Constitución reconoce y protege la igualdad y no discriminación, la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, con independencia de la orientación sexual del individuo. Por consiguiente, es prohibida toda distinción de trato ante la ley, privación o restricción de un derecho o libertad fundamental, basada de manera exclusiva en la orientación sexual.

### **III.- Derecho fundamental y garantía social a la familia**

La Constitución Política en el título V, Capítulo Único, sobre Derechos y garantías sociales,

artículo 51, establece: “*La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido*”.

Con similar redacción, se hallan los artículos 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 10 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales; y 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación Racial.

En cuanto al concepto y tipos de familia, en la resolución número 1125-2007, la Sala Constitucional estableció que era un elemento natural y fundamento de la sociedad. A diferencia del matrimonio, como bien se indica: “[...] *ni se trata de un acto necesariamente jurídico en su origen, ni la relación familiar se mantiene en base a un vínculo jurídico sino como una situación de hecho por parte de sus miembros*”. (Martínez, 2008, p. 148).

La Sala reconoció dos clases de familia: a) extensa, compleja o patriarcal, unida por lazos de consanguinidad, verbigracia: tíos, primos, abuelos, sobrinos; y b) nuclear, constituida por matrimonio, con hijos o sin ellos, uniones de convivencia extramatrimoniales, con descendencia o sin ella, grupos monoparentales, padre o madre que vivía solo con su hijo, a causa de viudez, divorcio o soltería. En similar sentido, se hallan las resoluciones 15171-2011, 5594-2012. La diversidad de la familia y su igual protección jurídica encuentran fundamento también en el artículo 1 Constitucional, según el cual: “*Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural*”. Por tanto, el derecho a la familia abarca la coexistencia de múltiples planes o proyectos de vida, y la no imposición de un pensamiento único para todas las personas. Desde el pluralismo cultural, pueden figurarse,

de manera enunciativa, las siguientes clases de familia:

- a) *dos persona de distinto sexo unidas en matrimonio por la ley civil con o sin hijos;*
- b) *dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio religioso con o sin hijos;*
- c) *dos persona de igual sexo unidas en matrimonio por la ley civil con o sin hijos;*
- d) *dos personas de igual sexo que conviven con o sin hijos;*
- e) *dos personas de distinto sexo que conviven con o sin hijos;*
- f) *dos o más parientes consanguíneos o afines, convivan o no;*
- g) *una persona que vive sola con sus hijos tras haberse separado o divorciado;*
- h) *el progenitor y sus hijos con los que no convive tras haberse separado o divorciado;*
- i) *una madre que cría y educa sola a su hijo no reconocido por su padre;*
- j) *dos personas divorciadas que conviven con los hijos del matrimonio anterior de uno o ambos.* (Domínguez, 2010, p. 50).

Asimismo, mediante la resolución número 2001-07521, de las 14:54 horas del 01 de agosto del 2001, la Sala señaló que el concepto de familia era amplio y no restrictivo, abarcaba tanto la familia de derecho constituida por matrimonio, como la familia de hecho equiparable. La misma protección que el Estado otorgaba a la familia, la debía también conceder a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido. En similar sentido, se hallan las resoluciones números 1975-1994, 1155-1994, 1465-2001.

Con relación a la tutela constitucional de la familia, sin diferenciación por motivos personales o sociales, en las resoluciones de la Sala Constitucional, números 1151-1994 y 1486-2002, se indicó que aquella era una institución jurídica y social autónoma e independiente del matrimonio, cuya finalidad esencial era facilitar a sus miembros el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales y la promoción de los valores consagrados en la Constitución, principalmente, de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. Desde esta óptica, se impone la intervención del Estado para brindar protección

legal y hacer efectivo el vínculo de la vida familiar. (Martínez, 2008, p. 145).

Por otra parte, en el caso Atala Riffo y Niñas versus Chile, la Corte IDH estableció que existía un derecho humano a la vida privada y familiar, y que el concepto de familia no era uniforme o cerrado, sino abierto, y por consiguiente, el Estado tenía interdicción de intervenir en forma arbitraria.

Con base en ello, en el caso bajo estudio, la Corte IDH resolvió que negarle a una madre la patria potestad de su hija, por ser lesbiana y convivir con su pareja, era violatorio del principio y el derecho humano a la igualdad y no discriminación por orientación sexual. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo igual tesis, en la sentencia del 21 de diciembre de 1999, caso Salguero Da Silva Mouta contra Portugal.

En síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional y de la Corte IDH, la familia es un elemento natural y fundamento de la sociedad. La familia no es solo aquella conformada mediante el matrimonio, sino que abarca, como bien se afirma: “[...] cualquier unidad convivencial iniciada entre dos adultos con o sin descendencia o de, al menos un adulto, con descendencia”. (Martínez, 2008, p. 157). Es un concepto histórico dinámico, según las circunstancias de cada época y lugar.

En virtud de su relevancia para el desarrollo de la persona y el colectivo, el Estado la instituye, garantizando su protección jurídica en igual dignidad sin discriminación para todas las personas. Por tanto, existe un derecho fundamental humano a formar una familia y obtener tutela legal, sin que pueda excluirse a determinado grupo de sujetos, por su sola orientación sexual.

#### **IV.- Derecho fundamental y garantía social al matrimonio**

La Constitución Política en el título V, capítulo único, sobre Derechos y garantías sociales,

artículo 52, establece: “El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 17.2 señala: “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”.

El artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica: “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”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23.2 dispone: “[...] Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello”.

La institución del matrimonio tiene por objeto garantizar su carácter de derecho de la esfera personal del individuo, íntimamente ligado a otros derechos constitucionales como la dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la vida privada y familiar. En consecuencia, su privación a un determinado grupo de personas, solo sería factible si es razonable y proporcional para obtener un beneficio constitucional mayor. (Martínez, 2008, p. 127).

Sobre el matrimonio, la jurisprudencia *erga omnes* de la Sala Constitucional ha desarrollado que ha sido la base esencial de la familia y ha tenido por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio. Véase al respecto, la resolución 7517 de las 14:50 horas, del 1 de agosto de 2001. Asimismo, ha señalado que el matrimonio es un derecho y una libertad fundamental, y solo puede limitarse de forma razonable por ley, si resulta necesario, idóneo y proporcional para proteger

finés de rango constitucional. Véanse al respecto, resoluciones números 16976-2008, 18965-2010, 16099-2008.

Con relación al impedimento legal a las personas homosexuales para unirse en matrimonio, en la resolución número 7262, de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006, la Sala Constitucional estableció que tal restricción era conforme con la Constitución y no existía discriminación. A continuación, se presenta un extracto de las razones emitidas:

*IX.- [...] De acuerdo con el análisis realizado, la Sala concluye que la imposibilidad legal para que personas del mismo sexo contraigan matrimonio, contenida en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, no lesiona el principio de libertad previsto en el artículo 28, ni el contenido del numeral 33, ambos de la Carta Política, toda vez que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las homosexuales. De manera que, ante situaciones distintas, no corresponde otorgar igualdad de trato. En consecuencia, tampoco procede aplicar la normativa desarrollada para el matrimonio en los términos actualmente concebidos en nuestro ordenamiento constitucional. Asimismo, no se produce roce constitucional por no existir impedimento legal para la convivencia entre homosexuales, y la prohibición contenida en la normativa impugnada se refiere específicamente a la institución denominada matrimonio, que el constituyente originario reservó para las parejas heterosexuales, según se explicó. A pesar de lo dicho en el considerando III de esta sentencia en cuanto a la naturaleza y evolución histórica del matrimonio (que permite llegar a la conclusión contraria a las pretensiones del accionante), esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. [...] Estamos, entonces, en presencia de un escenario de lege ferenda, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado. [...] Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera*

*que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales. En similar sentido, se halla la resolución número 9765-2011, de las 15:13 horas del 27 de julio de 2011.*

**Análisis crítico.** Según el pronunciamiento de la Sala, el matrimonio en el derecho constitucional costarricense está reservado exclusivamente a las parejas heterosexuales. La heterosexualidad es así una característica esencial del matrimonio. Por tanto, el impedimento legal a las personas homosexuales de casarse es consecuente con la Constitución y no existen roces de inconstitucionalidad. No se violenta el derecho a la igualdad y no discriminación, porque las personas homosexuales se encuentran en una situación de “naturaleza” distinta, y por ende, puede dárseles un trato diferente. Tampoco se quebranta su libertad, puesto que no se les niega que mantengan uniones de convivencia.

De previo, es importante indicar que la propia Sala Constitucional ha establecido que debían interpretarse las normas y los principios constitucionales no solo al tenor de su letra o enunciado gramatical, sino también, de forma sistemática, finalista, institucional e histórico-evolutiva. Al respecto, se pueden consultar las resoluciones números 3481-2003, 4575-2011.

Lo anterior toma relevancia, pues según se indica, la Sala se limitó en su momento a realizar un examen de interpretación de constitucionalidad sesgado respecto al matrimonio en Costa Rica, limitándose a una lectura histórico-originaria, dejando de lado, enfoques de un control más amplio y obligatorio, de acuerdo con la realidad social actual y los cambios en la cultura jurídica nacional e internacional.

En primer término, ni la Constitución ni los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país establecen en forma literal e indubitable que el matrimonio sea el vínculo exclusivo entre el hombre y la mujer, execrando la posibilidad de lazos conyugales entre parejas del mismo sexo.

Ahora bien, ciertamente, de acuerdo con una interpretación histórica originaria, es decir, de 1949, el matrimonio era concebido como la unión exclusiva entre el varón y la mujer. Tómese en cuenta que, para esa época el grupo o la minoría homosexual era socialmente rechazada o marginada. Se consideraba la homosexualidad un trastorno psíquico, delito, más tarde una contravención contraria a las buenas costumbres, inclusive, merecedora de medidas de seguridad curativas.

Bajo ese prisma, es claro que la limitación a las personas homosexuales de contraer matrimonio fuera admisible, en tanto su orientación sexual era inmoral, insana e ilegal. Por tanto, es comprensible que tuviera un trato diferenciado ante la ley, puesto que la orientación sexual homosexual no tenía la misma dignidad humana que la heterosexual. En palabras simples, la desigualdad por orientación sexual respecto a quienes podían casarse y obtener protección jurídica era legítimo y no discriminatorio.

Sin embargo, tal y como se estudió al inicio de este artículo, en los últimos años, se ha producido un significativo avance normativo a nivel del reconocimiento de derechos de las personas homosexuales. Para empezar, en nuestro país, la sodomía dejó de ser delito y contravención. Asimismo, se declararon inconstitucionales las medidas de seguridad curativas en causas penales contra homosexuales.

Así en la resolución número 10404-2013, la Sala Constitucional, apoyándose en datos de la comunidad científica, por ejemplo, de la Organización Mundial de la Salud, afirmó que la homosexualidad no era una enfermedad mental,

y la orientación sexual, fuera cual fuera, era un elemento intrínseco de la dignidad humana, y por tanto, todo trato diferenciado ante la ley por esa mera razón era discriminatorio.

Igualmente, en las resoluciones números 08724-2011 y 18660-2007, se estableció que el respeto de la orientación sexual era condición esencial para el libre desarrollo de la personalidad.

También, en el Caso Atala Riffo y Niñas versus Chile, mediante la sentencia del 24 de febrero de 2012, la Corte IDH determinó que la orientación sexual era consustancial a la dignidad de la persona y que constituía un derecho humano, y en consecuencia, la privación de un derecho reconocido en el Pacto de San José, por esa sola condición, era discriminatoria.

Por otro lado, en el ámbito internacional, mediante la resolución número A-0028/94 del 8 de febrero de 1994, y en un informe aprobado el 15 de enero de 2009, el Parlamento Europeo instó a la Unión Europea a la igualdad de derechos de los gays y las lesbianas, a incluir en la agenda política la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo y a que se reconocieran los celebrados en otros Estados comunitarios. (Domínguez, 2010, pp. 157-158; Souto, 2008, p. 149).

En el derecho comparado, la tendencia es la del reconocimiento del matrimonio igualitario, o al menos, la de uniones civiles entre parejas del mismo sexo. Los cambios en los ordenamientos jurídicos han surgido por vía de reforma de ley, o bien mediante la jurisprudencia de las cortes constitucionales.

Entre los países que han reconocido el matrimonio igualitario, se hallan: Holanda (2001), Bélgica (2003), Canadá (2005), España (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010). Más recientemente, el 26 de junio de 2015, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos legalizó el matrimonio homosexual en todos

sus Estados, decidiendo que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo violaba la Constitución. Igualmente fue reconocido en México (2015), Brasil (2011), Uruguay (2013), Colombia (2016), Dinamarca (2012), Nueva Zelanda (2013), Francia (2013), Irlanda (2015). Entre los países que aceptan las uniones civiles entre parejas del mismo sexo se encuentran: Alemania, Andorra, Australia, Austria, Chile, Chipre, Croacia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Gibraltar, Grecia, Hungría, Israel, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Reino Unido, República Checa, Ecuador, Italia. (Domínguez, 2010. pp. 149-155; Souto, 2008, pp. 149-152). Ver sitio web: [http://elpais.com/tag/matrimonio\\_homosexual/a/](http://elpais.com/tag/matrimonio_homosexual/a/).

Además, a diferencia de las Constituciones Políticas de Bolivia, del 07 de febrero de 2009 y la República Dominicana, del 26 de enero de 2010, las cuales expresamente disponen que el matrimonio es la unión exclusiva entre el hombre y la mujer, la Constitución de Costa Rica no preceptúa de forma expresa lo mismo. Tampoco los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país son conclusivos en su literalidad al respecto, por lo que tal instituto podría ser ampliado a otros vínculos de pareja, sin que con ello se afecte a las personas heterosexuales a casarse.

Así una interpretación del matrimonio civil en Costa Rica resulta jurídicamente insostenible, basado únicamente en la visión originaria de la realidad histórica en que fue aprobada la Constitución de 1949 en rigor, tal y como desafortunadamente la Sala Constitucional dispuso en el voto de mayoría 7262-2006, pasando por alto la evolución de nuestra cultura jurídica, por ejemplo, respecto a que cualquier trato diferenciado ante la ley por motivo exclusivo de orientación sexual era discriminatorio, desprovisto de toda justificación objetiva y razonable.

En otras palabras, la *heterosexualidad* no era ya un elemento definidor sino prescindible del

matrimonio ante la ley. Por eso, la posibilidad biológica de *procrear* o no entre un hombre y una mujer tampoco es un contenido esencial del matrimonio civil, en tanto ese vínculo legal es perfectamente válido entre parejas de ancianos, estériles o que, por libre elección, no deseen tener hijos, sin perjuicio de lo que otros credos o religiones establezcan, como es el caso de la Iglesia Católica, cuyo tipo de matrimonio sacramental, también reconocido por la ley costarricense, dispone que aquel es la alianza indisoluble entre el varón y la mujer, cuyo fin es la generación y la educación de la prole.

Dichos modelos de matrimonio, aunque distintos, son perfectamente coexistentes de acuerdo con el régimen de derechos y libertades fundamentales de igualdad, conciencia, culto y pluralismo multiétnico y cultural, propios de un Estado democrático de derecho, según los artículos 1, 28, 33 y 75 de la Constitución Política.

Por tanto, el matrimonio civil o laico y sin hijos e hijas también es matrimonio y conforma una familia conyugal. Lo relevante, tal y como el artículo 11 del Código de Familia enuncia y que la Sala Constitucional ha interpretado a través de resoluciones vinculantes números 7517-2001, 16099-2008, 9519-2017, es que se trate de una unión basada en la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.

Bajo estos argumentos, hoy por hoy, el impedimento legal a parejas gays o lesbianas de casarse, por su sola orientación sexual, es abiertamente violatorio de derechos y libertades fundamentales de rango constitucional como son la igualdad y la no discriminación de la dignidad humana, la cual vale igual para cada quien con independencia de si es homosexual o heterosexual. Por este motivo, si las personas homosexuales no pueden casarse con la persona de su preferencia, también se les quebrantaría su derecho de libertad al libre desarrollo de la personalidad y formar así una familia propia.

De igual forma, es incorrecto asumir que exista una laguna de ley que regule las uniones de parejas de igual sexo, ya que existe el matrimonio civil, única alternativa prevista por ley para que el hombre y la mujer, de manera libre y voluntaria, conformen una familia propia.

Tampoco existen razones legítimas ni plausibles para negarle a la comunidad homosexual ese derecho y libertad fundamental, expresión de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, partiendo del derecho constitucional de toda persona a recibir igual protección ante la ley, sin discriminación por su orientación sexual, la cual es intrínseca a su dignidad humana.

### ***V.- Conclusiones***

Con fundamento en la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional y de la Corte IDH, debe considerarse la orientación sexual una causa prohibida de discriminación, respecto a la privación de derechos y libertades fundamentales. Por tanto, el trato diferente ante la ley por ese motivo deberá pasar un examen estricto de razonabilidad y proporcionalidad, al tenor de los preceptos, valores y principios constitucionales,

### ***Referencias bibliográficas***

Bossert, Gustavo. (2011). *Unión y matrimonio homosexual*. En: Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI. Directora: Flah, Lily. Buenos Aires, Argentina: Editorial Errepar S.A.

Domínguez, Andrés. (2010). *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina.

Hernández, Rubén. (2015). *Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y con citas de jurisprudencia.*, San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

y demás instrumentos internacionales ratificados por nuestro país sobre derechos humanos.

La Constitución ampara y protege la igualdad y no discriminación, la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, y el derecho fundamental a fundar una familia por vínculo legal de matrimonio. En esa medida, la heterosexualidad no resulta una razón objetiva y razonable que justifique la privación de casarse a las parejas homosexuales, ya que les conculca una serie de derechos constitucionales, sin que con ello se persiga un valor social de rango superior, a su vez que en nada demerita a las personas heterosexuales su libre elección de casarse y recibir protección legal.

Por las razones indicadas, considero que la prohibición legal en Costa Rica a las parejas del mismo sexo de casarse es inconstitucional, por ser violatoria de los principios, derechos y las libertades fundamentales de igual protección ante la ley y la no discriminación por orientación sexual, libertad y libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida privada y familiar.

Martín, María. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.

Madrigal, Maureen. (2008). *Relaciones estables de pareja entre personas del mismo sexo*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Scala, Jorge. (2006). *Recrear la cultura de la vida. Principios fundamentales de la bioética*. San José, Costa Rica: Editorial Promesa.

Souto, Esther. (2008). *El derecho a contraer matrimonio homosexual*. En: El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Coordinador: Souto, José. Madrid, España: Editorial Comares.