

UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS
MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN II

***ANÁLISIS DE LAS LEYES VIGENTES EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE A LA
LUZ DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO
DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES***

REPORTE DE INVESTIGACIÓN

ALEJANDRA MARÍA MUÑOZ PINEL

2006

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Problema a investigar

Desde mis primeros años de instrucción formal, el tema de los Derechos Humanos en general y el de la discriminación en particular me ha resultado de especial interés.

Si bien todas las personas constantemente hacemos elecciones que implican excluir a ciertos sujetos, en el tanto estas decisiones se mantengan en nuestra esfera privada de acción y no afecten un derecho jurídicamente tutelado, no constituirán infracciones al derecho a la igualdad y a la no discriminación garantizado en el artículo 33 de nuestra Constitución Política.

Existen otro tipo de prácticas, sin embargo, que se fundan en la ignorancia, el egoísmo y la intolerancia, y que se encuentran tan arraigadas en la ideología imperante que son transmitidas de generación en generación al punto de convertirse en un patrón sociocultural que legitima actos abiertamente discriminatorios contra las personas que no se ajustan a los cánones del orden social patriarcal establecido.

Introducción

Estas conductas se apoyan en argumentos que carecen de toda base objetiva a fin de justificar exclusiones en ámbitos de gran trascendencia para el libre y pleno desarrollo individual y que representan derechos humanos inalienables como son el derecho a la educación, a la vivienda, al trabajo, a la seguridad social y a la salud —entre otros—, lo que hace que —a diferencia de las anteriores— éstos actuaciones sí entren en franca contradicción con el derecho fundamental consagrado en el numeral 33 constitucional referido y sean por tanto discriminatorias desde una óptica jurídica.

Así, resultan objeto de constantes discriminaciones las personas adultas mayores, las y los indígenas, las personas de raza negra, las niñas y los niños, las mujeres y las personas homosexuales, entre otros grupos “minoritarios”¹.

Nótese que en los ejemplos anteriores, algunos de los aspectos en los que se basa la discriminación se refieren a la raza, la edad, el sexo, la etnia y la orientación sexual, todos ellos elementos relevantes en la conformación de la identidad propia y que enriquecen el desenvolvimiento de los individuos en la interacción social. Además, son atributos inherentes a la persona, en el

¹ En el caso de las mujeres, es evidente que no me refiero a un grupo “minoritario” en términos cuantitativos, sino en cuanto reciben el mismo trato excluyente que padecen los grupos “minoritarios”.

sentido de que en general, no está al alcance de los sujetos modificar tales características.

A partir de la situación apuntada, se ha establecido una similitud infundada entre diversidad e inferioridad y se utiliza ese argumento falaz para establecer jerarquías de individuos, excluyendo con base en condiciones innatas a quienes no satisfacen los parámetros sociales dominantes.

En mi criterio, dos factores influyen notablemente para que esta transgresión sistemática de los derechos humanos se perpetúe:

1) Los prejuicios que “legitiman” las arbitrariedades se han incorporado a las prácticas sociales con tal eficacia que prácticamente resulta incuestionable y justificado que se adopten este tipo de medidas —incluso dentro del sistema jurídico— de forma que no se consideran discriminatorias.

2) Usualmente está más allá del alcance de las víctimas la posibilidad de eliminar los prejuicios que motivan la discriminación en su contra, lo cual torna difícil que sean aceptadas por la colectividad en igualdad de condiciones.

Por ello, la discriminación es una de las mayores injusticias que puede sufrir un individuo, dado que implica el menosprecio de cualidades que

Introducción

constituyen la esencia misma de su ser, lo cual deviene en la negación de la persona en su totalidad, situación que tiene importantes consecuencias en cuanto al ajuste social.

En relación con la temática homosexual, ésta ha llamado mi atención en virtud de los eventos de carácter jurídico que se han suscitado recientemente en varios países del orbe, me refiero al reconocimiento de las uniones estables entre personas del mismo sexo.

En especial, me interesaron los casos de España y de Argentina, países con los cuales el nuestro tiene ciertas similitudes en términos socioculturales, entre ellas, una amplia tradición católica (religión que se opone férreamente a ese tipo de uniones), lo que me hace cuestionarme si en el corto plazo se promulgará también aquí algún tipo de legislación en ese sentido.

Un atisbo de lo anterior es la acción de inconstitucionalidad presentada contra el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia que insta la imposibilidad legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, la cual, si bien fue declarada sin lugar recientemente por la Sala Constitucional, brindó la posibilidad de que los Magistrados expresaran su opinión en cuanto a la necesidad de que se regule -de la manera que el legislador estime conveniente- este tipo de uniones.

Introducción

En dicho proceso, el accionante alegó que *“esa normativa era contraria al principio de igualdad, así como al principio de libertad previsto en el artículo 28 de la Constitución Política. Se argumentó que las violaciones ocurrían al otorgar un trato discriminatorio a las parejas de un mismo sexo que quieren formalizar legalmente su relación a través del matrimonio. Buscaba la generación de efectos civiles entre los contrayentes homosexuales.”*¹

Y es que el reclamo de las personas homosexuales tendente al reconocimiento de su derecho a la igualdad y a la no discriminación ha sido una constante principalmente desde 1969, año en que se suscitó un enfrentamiento entre éstas y las fuerzas de policía de la ciudad de Nueva York que marcó el punto de partida para el surgimiento de distintos grupos activistas pro derechos humanos de esa población.²

En correspondencia con lo anterior, Amnistía Internacional, una organización que trabaja en el área de la prevención de violaciones de derechos humanos que cometen los gobiernos, *“lleva más de diez años investigando y documentando abusos basados en la orientación sexual y en*

¹ La Nación, 24 de mayo del 2006.

² Irritados por la persecución y la represión que sufrían, el 28 de junio de 1969, en un pequeño bar llamado "Stonewall Inn", tuvo lugar el primer gran enfrentamiento entre las personas homosexuales y la policía, al efectuar esta última una de las redadas acostumbradas en los lugares de reunión habituales de estas personas. En conmemoración de este hecho, a partir de 1985, en el mes de junio de cada año tiene lugar el Desfile del Orgullo Gay que se desarrolla en varios países del mundo. <http://www.naciongay.com/editorial/reportajes/5270119052.asp>

Introducción

la identidad de género... Como consecuencia del estigma y los prejuicios que se ciernen sobre los temas de orientación sexual e identidad de género, rara vez se documentan o denuncian los abusos cometidos en este terreno. Las denuncias realizadas ante instancias oficiales reciben a menudo por respuesta también la indiferencia oficial.”¹

Es de advertir que uno de los principales obstáculos que enfrentan las personas homosexuales para denunciar los abusos y la discriminación de que son objeto, es que su orientación sexual ha sido a través de la historia considerada una perversión, un desorden mental, un pecado; de ahí que el nivel de rechazo hacia ellas sea bastante alto, repudio que se refleja en los funcionarios de las instituciones que deben atender, investigar y resolver tales acusaciones.

Otra dificultad que afrontan, es el hecho de que toda medida que promuevan ante las autoridades respectivas en defensa de sus derechos humanos implica el develamiento de su orientación sexual, la cual generalmente se mantiene oculta a fin de no exponerse a más agresiones.

Recordemos que en la década de los ochenta (siglo XX), el descubrimiento de una entidad nosológica denominada Virus de

¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL. Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género, Acta 79/001/2004, Londres, 2004. <http://web.amnesty.org/library/Index/SLACT790012004>.

Introducción

Inmunodeficiencia Adquirida provocó pánico e histeria en la población mundial, debido al temor que originaba la posibilidad de contagiarse con una enfermedad mortal.

Inicialmente, se identificó como un factor de alto riesgo de transmisión —aunque el riesgo no proviene de la orientación sexual en sí sino de las prácticas sexuales que se realicen— a las personas homosexuales, quienes de por sí ya eran reprobadas por la colectividad. Esto produjo mayores prejuicios, mitos, discriminación y persecución contra ellas.

Se debe tener presente que en una sociedad patriarcal como la nuestra, caracterizada por el dominio del hombre sobre la mujer y por la exaltación de la relación heterosexual como la única natural y viable moralmente, es claro que el nivel de rechazo, de desaprobación y de intolerancia hacia las personas que no se ajusten a ese código de conducta es muy alto. Cuando ese repudio se dirige contra las personas homosexuales se le califica como "homofobia".

En ese contexto, las instituciones ideológicas de dominación tradicionales, entre las que destacan, la religión, los sistemas políticos, los medios de comunicación masiva, el sistema jurídico y la familia, apoyan y reproducen la homofobia.

En el caso del sistema jurídico, esa situación me parece de máxima gravedad dado que en un Estado de Derecho como el costarricense, los principios de dignidad, igualdad y libertad para todas las personas deben privar sobre criterios subjetivos y arbitrarios que pretenden desviar el fin al cual debe servir el derecho: la Justicia.

Es por ello que —dada la ausencia de estudios al respecto—, se impone la necesidad de examinar el ordenamiento jurídico costarricense a fin de determinar si existen normas que infrinjan el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas homosexuales

1.2 Importancia del estudio

Costa Rica se ha proyectado en el ámbito internacional como un país respetuoso de los derechos humanos, razón por la cual acostumbra ratificar los tratados internacionales que en esa materia que se adoptan en los foros internacionales.

En refuerzo de lo anterior, la Sala Constitucional —en ejercicio de su quehacer de defensa de los derechos humanos— ha sostenido reiteradamente en su jurisprudencia que los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica tienen no solamente un valor

Introducción

similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorgan mayores derechos o garantías a las personas, privan por sobre la Carta Fundamental.¹

Así las cosas, sería abiertamente contradictorio con esa posición y constituiría una seria infracción a los instrumentos internacionales de derechos humanos eficaces en nuestro país, que el ordenamiento jurídico vigente instituyera la homofobia como práctica legítima.

De ahí la trascendencia de identificar las normas que conculquen el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas homosexuales, a fin de proponer las reformas pertinentes ante las instancias correspondientes para armonizar el ordenamiento jurídico interno con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, proporcionando la posibilidad de que estas personas acudan a los estratos judiciales para que se les restituya en el goce de sus derechos fundamentales.

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No.1319-97.

1.3 Problemas y limitaciones

A lo largo de la historia, el estudio de la sexualidad humana se ha mirado con recelo dado que se considera una intromisión en uno de los espacios más íntimos de la esfera privada.

La ignorancia que ese enfoque provoca, ha dado pie a que se originen una serie de mitos y confusiones sobre lo que es la sexualidad y su vivencia.

En el marco en dicha temática, la homosexualidad no sólo no se ha eximido de tales obstáculos sino que éstos se han incrementado, impregnando a los investigadores “científicos” de prejuicios, parcialidad y sectarismo.

Esa falta de consenso provoca que se disponga de literatura que expone razonamientos respaldando posiciones opuestas sobre el mismo tópico, lo cual ha dificultado el discernimiento sobre el valor de las fuentes.

Aunado a lo anterior, la mayoría de las fuentes consultadas provienen del extranjero, de manera que su contenido corresponde a realidades distintas a la costarricense.

“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 marginación y exclusión de las minorías homosexuales de los institutos jurídicos reconocidos al resto de las personas, entre ellos el matrimonio...”

“Asimismo, rechazo categóricamente que las relaciones homosexuales sean actos inmorales o contrarios a las buenas costumbres, pues ello no sólo sería reforzar sentimientos homofóbicos contra las parejas homosexuales, sino que además sería negar su dignidad como personas. La negación de la diversidad es el principio de la intolerancia, y la intolerancia es la forma más acabada de negación de la dignidad de las personas.”

*Adrián Vargas Benavides
Magistrado, Sala Constitucional
Corte Suprema de Justicia, Costa Rica*

2. MARCO DE REFERENCIA

En virtud de que el tema de la homosexualidad está cubierto por un halo de misterio, de tabúes y prejuicios originados principalmente en la ignorancia y en la falta de información objetiva, el desarrollo del marco de referencia procura ofrecer una visión comprehensiva de esa temática que brinde el conocimiento necesario para poder valorar en su adecuada dimensión lo que esa orientación sexual implica, proporcionando de esta manera el sustento teórico apropiado para contextualizar el problema de investigación.

2.1 Sexualidad humana

La sexualidad es una actividad tan importante en la vida de todo ser humano como cualquier otra función física o psicológica. Engloba el conocimiento, las creencias, los valores, los vínculos afectivos y los comportamientos de los individuos en el ámbito sexual.

Sin embargo, en nuestro país no se habla sobre ella abiertamente debido a que el sistema de valores éticos, religiosos y morales establecido así como el control ejercido por el grupo social dicta ciertas normas de

conducta que influyen en la expresión de la sexualidad induciéndonos a reprimirla, de ahí la razón por la que existe un gran desconocimiento sobre el tema en la población costarricense.

Es por ello que en este apartado se plantea una aproximación conceptual sobre los términos orientación sexual, disfunción sexual y desviación sexual a fin de desmitificar ciertas concepciones sobre lo que se entiende por homosexualidad.

2.1.1. Orientaciones sexuales

Cuando se habla sobre homosexualidad es frecuente escuchar una serie de locuciones que la describen como una inclinación, una disfunción, una preferencia, una opción, una desviación y una orientación, entre otras expresiones.

En cuanto a las palabras inclinación, opción y preferencia, no son las más acertadas dado que implican un elemento volitivo por parte del sujeto que no está presente en el caso homosexual. No se escoge ser homosexual así como no se escoge ser heterosexual.

Los términos disfunción y desviación sexual serán analizados en los apartados siguientes.

La expresión que tiene mayor aceptación, tanto por las propias personas homosexuales como por los sectores científicos es la de orientación sexual, la cual alude a una atracción erótica, romántica y afectiva hacia otra persona.

La Asociación Americana de Psicología, en un intento por dar respuesta a preguntas básicas sobre orientación sexual, homosexualidad y terapia ha señalado que la *“orientación sexual es una atracción constante hacia otra persona en el plano emotivo, romántico, sexual o afectivo... existe en torno a un continuum que abarca desde la homosexualidad exclusiva hasta la heterosexualidad absoluta e incluye diversas formas de bisexualidad... se refiere a los sentimientos de una persona y a la imagen que tiene de sí misma”*¹

Nótese que se trata de una atracción constante, no es ocasional, no se limita a una etapa del desarrollo o una sola experiencia, y va más allá de la simple atracción sexual, implicando también un elemento afectivo, es decir,

¹ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. Respuestas a sus preguntas sobre orientación sexual y homosexualidad, <http://www.apa.org/topics/orientacion.html>.

se generan sentimientos y emociones hacia la otra persona llegando a entablar un vínculo afectivo estable.

Básicamente se reconocen tres orientaciones sexuales:

Orientación homosexual: Atracción afectiva-sexual que siente una persona hacia otra del mismo sexo.
(Homosexualidad)

Orientación heterosexual: Atracción afectiva-sexual que siente una persona hacia una del otro sexo.
(Heterosexualidad)

Orientación bisexual: Atracción afectiva-sexual que siente una persona hacia personas de ambos sexos.
(Bisexualidad)

Quienes poseen una orientación homosexual son denominados homosexuales, este término es neutro, funciona tanto para hombres como para mujeres. También se le llama gay (al hombre) y lesbiana (a la mujer).

El origen específico de las orientaciones sexuales se desconoce, sin embargo, *“hoy día la mayoría de los científicos considera que la orientación sexual es probablemente el resultado de una compleja interacción de factores ambientales, cognitivos y biológicos.”*¹

¹ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. Respuestas a sus preguntas sobre orientación sexual y homosexualidad, op. cit.

Generalmente se toma conciencia de la orientación sexual al inicio de la adolescencia, sin necesidad de haber participado en una experiencia sexual, no siendo posible elegirla o cambiarla. *“Los psicólogos no consideran que la orientación sexual sea un acto consciente que podamos cambiar a voluntad.”*¹

En el caso de las personas homosexuales y bisexuales, podrían afrontar alguna dificultad para identificarse con su propia orientación sexual debido a los prejuicios y el repudio social a los que se saben se verían expuestos, motivo por el cual podrían requerir asistencia psicológica para poder asumir su propia sexualidad, o para buscar estrategias que los ayuden a lidiar con el rechazo del que son víctimas.

2.1.2. Disfunciones sexuales

La disfunción sexual es otra expresión con la que suele identificarse la homosexualidad, probablemente porque denota cierta anomalía que podría atribuírsele a la persona como explicación de su conducta inadmisibles, ignorando que en realidad la mayoría de los hombres y mujeres experimentan en algún momento cierto tipo de disfunción sexual.

¹ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. Respuestas a sus preguntas sobre orientación sexual y homosexualidad, op. cit.

Marco de referencia

Las disfunciones sexuales son “*trastornos en algún área de la sexualidad... que afectan la ejecución de la persona en actos, pensamientos o sentimientos sexuales, [sin] afectar la conducta... en otras áreas de su personalidad tales como trabajo, relaciones de comunidad, o interacción social cotidiana.*”¹

Pueden afectar diversas etapas del ciclo de respuesta sexual (deseo, excitación, orgasmo), tiene origen orgánico, psicológico o mixto, causan sentimientos de frustración y eventualmente problemas de interacción con la pareja.

Algunas de las disfunciones sexuales más comunes en las mujeres son la frigidez, el vaginismo y la anorgasmia, y en los hombres la impotencia y la eyaculación precoz o tardía.

De lo apuntado se deriva claramente que la homosexualidad no es una disfunción puesto que no implica ningún trastorno en el desempeño sexual. Si bien la relación sexual predominante es la heterosexual, ello no impide la existencia de otros tipos de relaciones sexuales satisfactorias y sanas, de manera que si una persona homosexual sufre de alguna disfunción sexual, las causas de su afección serán ajenas a su orientación sexual.

¹ Psicopatología sexual: ¿ de origen social o psicológico?, <http://www.psicologiacientifica.com/publicaciones/biblioteca/articulos/ar-vazquez01.htm>

2.1.3. Parafilias

También conocidas como “desviaciones sexuales”, “aberraciones” o “perversiones”, se ha optado por el termino “parafilias” para dejar de lado los vocablos peyorativos, dado que en realidad es difícil establecer un parámetro general de normalidad en cuanto a la conducta sexual humana.

Básicamente aluden a conductas que atentan contra la forma habitual de expresión de la sexualidad, por lo que son rechazadas socialmente y en el caso que provoquen daños o lesiones, resultan sancionadas jurídicamente.

De acuerdo al Manual Diagnóstico y Estadístico de los Desórdenes Mentales (DSM por sus siglas en inglés) las parafilias se caracterizan por ser *“necesidades sexuales y fantasías sexualmente excitantes, intensas y recurrentes, que por lo general involucran ya sea (1) objetos no humanos, (2) el sufrimiento o humillación de uno mismo o de la pareja (no simplemente simulados), o (3) niños u otras personas que no consienten... representa una “alteración de la capacidad para la actividad sexual afectuosa recíproca.”*¹

Este comportamiento se manifiesta en la búsqueda insistente de la realización de la fantasía para alcanzar la satisfacción sexual, llegando al

¹ GOLDMAN (Howard). Psiquiatría general, México, Editorial El Manual Moderno S.A., 2ª edición, 1989, p. 471.

extremo de que la relación sexual está sólo en función de la realización de la fantasía que es la única fuente de satisfacción, convirtiéndose incluso en una situación adictiva.

El voyerismo, la pedofilia, la zoofilia, el exhibicionismo, la necrofilia, el sadismo, el fetichismo y el masoquismo son algunos ejemplos de estas conductas que podrían requerir tratamiento psicoterapéutico dependiendo del grado de impulsividad del sujeto.

Quien se involucra en estas actividades *“no puede funcionar apropiadamente en relaciones sexuales normales y comienza a sustituir su fuente de placer por una persona, objeto o cosa que no puede criticarle o hacerle sentir inseguro/a en su identidad sexual o en su ejecución sexual.*

Otra característica psicológica es que la persona usa esta actividad sexual como una forma de agredir a otra buscando el control que perdería de involucrarse en una relación con una persona igual. Su necesidad más que sexual es en realidad psicológica: necesidad de control, necesidad de expresar su frustración o coraje, necesidad de olvidar sentimientos de inadecuación social, entre otros. La sexualidad se convierte en el instrumento.”¹

¹ Psicopatología sexual: ¿de origen social o psicológico?, op. cit.

Marco de referencia

Bajo tales parámetros se torna difícil entablar y mantener una relación de pareja estable y aumenta la probabilidad de incurrir en actos tipificados como delito por el ordenamiento jurídico, razones por las que resulta necesario el tratamiento psicoterapéutico.

De lo expuesto líneas atrás en relación con la homosexualidad, se concluye que ésta no corresponde a una desviación sexual ya que este tipo de relaciones no se basan en el control y la agresión, de manera que permiten alcanzar una sexualidad plena y satisfactoria.

En este sentido es importante señalar que si bien es cierto durante mucho tiempo la homosexualidad fue considerada una psicopatología, desde hace más de 30 años los psicoterapeutas determinaron que se encontraban en un error y rectificaron su criterio, afirmando que en realidad no es una enfermedad y por tanto no requiere tratamiento.

En virtud de que la psiquiatría se convirtió a mediados del siglo XIX en una aparato ideológico de represión al servicio del patriarcado, el criterio del carácter patológico de la homosexualidad reforzó la intolerancia existente hacia la diversidad sexual y hacia todo lo que representara una amenaza al statu quo.

Marco de referencia

Sin embargo, esa teoría no resistió el escrutinio de posteriores investigaciones que establecieron que los estudios previos se habían concentrado exclusivamente en pacientes que tenían problemas para ajustarse a su orientación sexual, por lo que habían requerido tratamiento psicoterapéutico, excluyendo del análisis a las personas homosexuales que no precisaban terapia, lo que daba un sesgo importante a los resultados.

De ahí que la idea de la patología se fuese descartando paulatinamente hasta que la Asociación Americana de Psiquiatría, en una declaración aprobada por el Consejo de Administración en diciembre de 1973, confirmó la validez de las nuevas investigaciones sobre el tema y eliminó la homosexualidad del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Desórdenes Mentales (DSM por sus siglas en inglés), que es la clasificación estándar de los desórdenes mentales usada por los profesionales en salud mental en los Estados Unidos de América. (Ver anexo 1)

Al respecto, señaló que la homosexualidad per se no implica deterioro en el juicio, en la estabilidad, en la confiabilidad o en las capacidades sociales o vocacionales generales, razón por cual no se deben requerir a las personas homosexuales pruebas que demuestren el buen juicio, la

capacidad o la confiabilidad, más allá de las que se solicitan a cualquier otra persona.¹

En 1975, la Asociación Americana de Psicología adoptó una resolución apoyando esa decisión (ver anexo 2) y más tarde, en 1981, la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud la excluyó de la Clasificación Internacional de Enfermedades que la había ubicada dentro de los trastornos mentales y de comportamiento.

2.2 Patriarcado

La vigencia del patriarcado data de hace miles de miles de años, tantos, que parece la forma natural de organización de la sociedad, sin embargo, nuevas corrientes de pensamiento —principalmente el feminismo mediante la teoría de género— sostienen que un modelo inclusivo y respetuoso de la diversidad es posible.

2.2.1. Aproximación conceptual

El patriarcado es la forma de organización social predominante en las sociedades occidentales desde hace más de cuatro mil años. Se caracteriza

¹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Homosexuality an Civil Rights. Position Statement. http://www.psych.org/edu/other_res/lib_archives/archives/197310.pdf

porque el hombre, el patriarca, tiene supremacía sobre los demás miembros del grupo.

Ese atributo androcentrista “de tomar al varón como modelo de lo humano, redundante en que la población femenina se toma en cuenta únicamente en relación a las necesidades y preocupaciones de la clase o grupo dominante masculino.”¹

De manera que esa supremacía se traduce en dominación, por ello, pese a que las mujeres representan la mitad de la población mundial, el poder no les corresponde en esa misma proporción, es más, en el contexto de este sistema, el poder les es totalmente ajeno.

Así las cosas, el hombre controla el poder político y el económico, se encarga del Gobierno, dirige los aparatos represivos del Estado, dicta la ideología hegemónica, es el jefe de la familia y se apodera de la sexualidad de la mujer.

El mecanismo mediante el cual el patriarcado garantiza su perpetuidad es la socialización, de forma que desde el nacimiento, la familia, la comunidad, la escuela, los medios de comunicación, la iglesia, etcétera,

¹ FACIO (Alda) El Derecho también es androcéntrico, Revista Colección Alternativa, Procesos de socialización de género, Serie Género, n° 4, Managua, octubre, 1994, p. 48.

instruyen a los niños para detentar el poder y a las niñas para servir a los hombres.

Para mantener ese patrón, el patriarcado resalta las “diferencias”¹ que existen entre hombres y mujeres ubicando a éstas en un estrato inferior.

En cuanto a la sexualidad, se le reprime como una forma más de control, restringiéndola únicamente para fines reproductivos, por ende, cualquier práctica sexual que no tenga ese propósito es censurada.

Al respecto, los estados arcaicos se organizaron como patriarcados, auspiciando la familia heterosexual con fines reproductivos, ya que se requería fortalecer las fuerzas de defensa y posteriormente contar con mano obra. Ese predominio heterosexual se mantuvo con el paso del tiempo hasta nuestros días.

Es claro entonces, que en este tipo de sociedad las personas homosexuales representan una amenaza al orden social establecido.

Veamos, por un lado, las lesbianas no se someten al dominio masculino y son la evidencia de que la mujer puede desenvolverse de forma

¹ No me refiero sólo a las diferencias biológicas, también a los distintos roles impuestos por el patriarcado.

autónoma, sin depender de un hombre que la valide; por el otro, los gays “a pesar de tener el acceso directo al poder, lo rechazan y lo niegan. No participan en el sistema de dominio sobre la mujer, no tiene interés en su sometimiento... El mundo gay masculino representa la posibilidad de amor y solidaridad entre los hombres. Este principio es también subversivo para el patriarcado, porque cuestiona la jerarquía, la competitividad y la agresividad, así como la necesidad de dominio de la mujer y de la Naturaleza.”¹

Ante esa realidad que amenaza las bases del sistema al revelar una alternativa distinta a los roles sexuales establecidos, la respuesta del discurso patriarcal es la patologización, el repudio, la represión y la discriminación.

En esa labor de censura a la homosexualidad el patriarcado cuenta con un poderoso aliado: la religión. En los países occidentales de tradición judeocristiana la religión juega un papel fundamental en el establecimiento de los valores morales tradicionales y en la represión de las conductas que no se ajustan al orden impuesto.

En el caso de la religión católica que es la predominante en nuestro país, su posición ha sido que lo natural, lo dispuesto por Dios, es la relación

¹ SCHIFTER SIKORA (Jacobo). Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia, San José, Editorial ILPES, 1ª ed., 1997, p. Viii.

heterosexual. *“Todavía hoy, el Vaticano piensa igual: el fin de la sexualidad es la reproducción y la búsqueda de placer sin fines reproductivos es condenada.[...] La heterosexualidad tiene hegemonía cultural porque, por el peso simbólico de la reproducción, la ideología dominante católica la ha hecho aparecer como la opción “natural”, como el mandato de Dios. Pero eso no la hace ni más natural ni menos antinatural que la homosexualidad.”*¹

2.2.2. Perspectiva de género

Como se indicó líneas atrás, el argumento primordial en que se apoya el patriarcado para legitimar la dominación del hombre sobre la mujer es el carácter naturalmente inferior de ésta.

Hasta finales de la década de los años cincuenta (siglo XX), la indiscutible inferioridad femenina se fundamentaba en estudios que afirmaban que los roles de género tienen un fundamento biológico y por tanto no son modificables. La máxima diferencia biológica encontrada es la maternidad.

¹ VARGAS RUIZ (Rodrigo). Pétalos y espinas: hombres gay, relaciones de pareja y violencia, Buenos Aires, Ediciones Elaleph.com, 1ª ed., 2003, pp. 37 y 38.

No obstante, investigaciones posteriores establecieron la diferencia entre sexo y género, siendo el sexo de origen biológico y el género una construcción cultural.

Así, el psicólogo Robert Stoller, a partir del estudio de trastornos de identidad sexual realizó esa distinción trascendental. Stoller analizó diversos caso de personas en las cuales el sexo genético no correspondía con el género asignado, concluyendo que *“la asignación y adquisición de una identidad es más importante que la carga genética.”*¹

De manera que no es lo mismo el sexo biológico que se determina genéticamente mediante la unión de dos cromosomas X (XX) en el caso del sexo femenino y uno X y otro Y (XY) en el caso del sexo masculino, que la identidad de género adquirida mediante la socialización, la cual se construye partiendo la cultura en la que el individuo se desarrolla.

Surge de esta manera la diferencia entre lo que se conoce como “sexo”, que es la condición orgánica que diferencia al hombre de la mujer en virtud de su anatomía, y el “género”, que es un *“conjunto de normas y*

¹ LAMAS (Marta). La antropología feminista y la categoría “género”, Nueva Antropología. Estudios sobre la mujer: problemas teóricos, México, 1986, p. 113.

prescripciones que dicta la sociedad y la cultura sobre el comportamiento femenino o masculino.”¹

A este tenor, el patriarcado asigna roles sexuales, correspondiendo al hombre la racionalidad, la valentía, la independencia, lo fuerte y lo público; y a la mujer la sensibilidad, la dependencia, lo maternal, la sumisión, lo débil, lo doméstico. A partir de estas características se imponen formas de comportamiento, se divide el trabajo, se establecen relaciones sociales y jerarquías que son exclusivas de cada género.

Es así como, atendiendo a coordenadas de tiempo y espacio, lo que en un lugar y en una época se consideraba masculino –el ejercicio de una profesión liberal, por ejemplo- hoy día es perfectamente natural que sea también considerado femenino.

A partir de este conocimiento, los movimientos feministas de la década de los sesenta (siglo XX) empezaron a cuestionar el sesgo androcentrista de los estudios biologicistas iniciales mediante el abordaje de la teoría de género, la cual permite demostrar que la supuesta inferioridad de la mujer es una elaboración cultural que deviene en discriminación en su perjuicio, por consiguiente, dirigieron sus esfuerzos a reivindicar el papel de la mujer en distintas esferas que le habían sido vedadas y a exigir el reconocimiento de

¹ LAMAS (Marta). La antropología feminista y la categoría “género”, op. cit., p. 114.

todos sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones con los hombres.

No obstante, el patriarcado dominante se ciñe a sus preceptos, a ese rígido entramado de roles sexuales claramente definidos y contrapuestos donde no hay cabida a la homosexualidad, dado que ello implica la existencia de mujeres que laboran fuera del ámbito doméstico y no dependen económicamente de un hombre, y de hombres emotivos que no se afrentan al realizar labores domésticas, es decir, personas que no encajan en los patrones definidos como “normales” o “naturales” por la ideología campeante.

En consecuencia, las personas homosexuales son percibidas como transgresoras de los cánones establecidos, y por tanto, acreedoras de sanciones como la represión y la exclusión social.

2.3 Evolución del concepto de homosexualidad

Desde mediados del siglo XIX la psiquiatría asumió el estudio de la sexualidad humana y dentro de ésta el tema de la homosexualidad a fin de determinar el origen de dicha orientación sexual.

La intención era examinar la temática desde una perspectiva racional y secular, prescindiendo del discurso sancionador que provenía tanto de la iglesia de tradición judeocristiana como del Derecho.

No obstante, tal como se reseñó líneas atrás, la labor “científica” no siempre ha cumplido con los parámetros de objetividad e imparcialidad que se requieren para que los resultados de sus investigaciones adquieran validez verdaderamente científica.

A continuación se exponen las principales posiciones que se han esgrimido en torno a la etiología de la homosexualidad.¹

2.3.1. Hipótesis psicoanalítica

El principal exponente de esta postura es Sigmund Freud.

Freud examinó la sexualidad infantil y postuló el complejo de Edipo, según el cual *“el interés del niño iniciaba... una atracción sexual hacia la madre, asociada con sentimientos de celos hacia el padre quien se convertía, así, en su rival en la lucha por la progenitora [...] el niño al desear a su madre teme el castigo del progenitor. En vista de que en la historia de sus*

¹ Esta clasificación se realiza con base en la expuesta por Jacobo Schifter en el libro Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia.

anteriores etapas la represión social lo llevó a “perder” sus fuentes de placer sexual... el niño intuye que puede perder ahora su nueva fuente de gratificación: el pene. El temor a ser castrado por el padre... hace que el niño decida abandonar su objeto amado, la madre, y se identifique con su temido rival, el padre [...] entonces el complejo de Edipo es disuelto, el niño reprimirá sus deseos sexuales y pasará a la etapa de latencia [...] y cuando en la pubertad el individuo vuelve a sentir el deseo sexual, el tabú del incesto hará que desplace este amor hacia las demás mujeres. Así surge la heterosexualidad.”¹

De acuerdo con este psicoanalista, distintos factores constitutivos, ambientales y accidentales inciden en que el complejo de Edipo no se resuelva de manera heterosexual, vinculando la homosexualidad con fallas en el proceso de resolución de éste.

Lo anterior no implicó que Freud considerara la homosexualidad como una patología, por el contrario, estimó que la terapia en estos casos debía dirigirse a la aceptación de esa variación de la orientación sexual.

Así, en una carta dirigida a la madre de una persona homosexual le expresó que *“La homosexualidad no es seguramente una ventaja, pero no es nada de que haya que avergonzarse, no es vicio, ni degradación, ni se la*

¹ SCHIFTER SIKORA (Jacobo). Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia, op. cit., pp.61 y 62.

puede clasificar como enfermedad; nosotros la consideramos una variación de la función sexual producida por cierta detención del desarrollo sexual... Es una gran injusticia perseguir la homosexualidad como si fuera un crimen y es también crueldad [...] Lo que el análisis puede hacer por su hijo es asunto diferente. Si su hijo se siente desdichado, neurótico, atormentado por conflictos, si se siente inhibido en su vida social, el análisis podría traerle armonía, paz mental, plena eficiencia...”¹

Queda claro a partir de lo expresado por Freud en la misiva citada, que la noción de homosexualidad no asociada a la idea de patología no es nueva ni antojadiza.

2.3.2. Hipótesis psicopatológica

Los principales exponentes son Sandor Farenzi y Clara Thompson, quienes se separan de la tesis freudiana y postulan el origen psicopatológico de la homosexualidad.

Según Farenzi, existen dos tipos de homosexualidad: la pasiva y la activa.

¹ SCHIFTER SIKORA (Jacob). Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia, op. cit., pp.69 y 70.

En la primera, el individuo *“se siente hombre en todos los aspectos... lo único que ha cambiado es el objeto de su inclinación.”*¹ Esta modificación se debe a que uno de sus progenitores lo castigó severamente por una experiencia heterosexual precoz de manera que reprime su heterosexualidad y huye de las mujeres.

En la segunda, el *“individuo “se siente mujer”...así, pues, busca hombres “más maduros y forzudos” y “se comporta en términos amigables, como colega, podríamos decir, con las mujeres.”*²

Para este psicoanalista, la primera es incurable, mientras que la segunda es tratable, pudiendo llegar a la cura.

Por su parte, Clara Thompson no comparte la división entre activa y pasiva que hace Farenzi, dado que considera que una misma persona puede cumplir ambos papeles según la edad del compañero sexual (activo con un compañero menor y pasivo con uno mayor).

¹ FARENZI (Sandor) citado por SCHIFTER SIKORA (Jacobó). Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia, op. cit., p. 80.

² Ibid.

La causa de la homosexualidad la sitúa en “*un miedo a la responsabilidad del adulto, una necesidad de desafiar a la autoridad, un intento por hacer frente al odio hacia personas del propio sexo o de actividades rivales de éstas, un síntoma de autodestrucción...*”¹

Desde esta óptica, mediante la terapia se ubica el problema básico y una vez resuelto éste, la homosexualidad tiende a desaparecer.

2.3.3. Escuela adaptadora

Sus principales exponentes son Sandor Rado, Irving Bieber y Charles Socárides.

El elemento común en este enfoque es la visión de que la conducta psicológica se desarrolla mediante un conjunto de procesos que buscan la adaptación del individuo a su ambiente social, tratando de asegurar su supervivencia y de satisfacer sus necesidades.

Rado considera que la homosexualidad es una conducta adaptadora aprendida a fin de obtener gratificación sexual cuando el acto heterosexual resulta peligroso debido a “*temores y resentimientos ocultos pero inhibidos*

¹ THOMPSON (Clara) citada por SCHIFTER SIKORA (Jacob). Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia, op. cit., p. 85.

respecto del otro sexo; inaccesibilidad por razones de situación del sexo opuesto; y deseo de variación.”¹ Estimaba posible revertir la homosexualidad mediante tratamiento.

Bieber deriva la homosexualidad a partir de relaciones familiares patológicas. *“El niño es sobreestimulado sexualmente por una madre posesiva que a la vez intenta sofocar su masculinidad. El padre, distante y hostil, rechaza por su parte al crío, lo que impide a éste la identificación con otro hombre. El hijo empieza así a percibir a su padre como agresivo y asfixiante. El niño interpreta entonces los genitales femeninos como fuente de cólera y de peligro y desplaza, para protegerse, su deseo objetal hacia el masculino.”*²

Piensa que por medio del tratamiento psiquiátrico existen altas probabilidades de revertir el proceso.

Socárides afirma que la homosexualidad surge debido a miedos infantiles masivos que se presentan en la fase preedípica e interrumpen el desarrollo normal malogrando el establecimiento de una identidad propia, por

¹ RADO (Sando) citado por SCHIFTER SIKORA (Jacobó). Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia, op. cit., p. 90.

² SCHIFTER SIKORA (Jacobó). Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia, op. cit., pp. 93 y 94.

ende la mayoría de los gays son neuróticos, paranoicos, o tienen una esquizofrenia concomitante, o una esquizofrenia pseudoneurótica latente.

El tratamiento curativo consiste en “hacer que el paciente descubra su deseo inconsciente de identificarse con un hombre, comprenda su miedo a ser atrapado por la madre, y que el pene es el sustituto del pecho de la madre.”¹

2.3.4. Corriente contestataria

Aproximadamente a partir de la segunda mitad del siglo XX empezaron a surgir movimientos organizados que representaban la insatisfacción reinante con el status quo impuesto por el patriarcado.

Eran grupos de mujeres, de afroamericanos y de personas homosexuales que habían resultado subyugados, censurados y discriminados por un sistema dominante que no admite la diversidad y que castiga a todo aquel que no actúe conforme los parámetros asignados.

¹ SCHIFTER SIKORA (Jacobó). Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia, op. cit., p. 99.

Marco de referencia

En este ambiente de descontento se originó una corriente que cuestionaba las tesis provenientes de la psiquiatría en cuanto al origen y la naturaleza de la homosexualidad.

De la hipótesis psicoanalítica se objetó la ausencia de análisis del complejo de Edipo en el contexto del patriarcado, valorando lo que implicaría en ese marco para el niño homosexual no renunciar a su padre como objeto amoroso, principalmente en cuanto a las posibles sanciones sociales que tendría que enfrentar de no optar por esa renuncia.

En cuanto a la hipótesis psicopatológica, ésta en realidad no admitía la homosexualidad puesto que equiparaba al individuo activo con un heterosexual que busca en uno afeminado a la mujer que en realidad desea, y justificaba el deseo por otro hombre del pasivo en que éste en realidad anhelaba ser mujer; argumentos ambos descalificados por la realidad de las parejas homosexuales que no se sujetan necesariamente a tales roles.

Además, ambas tesis (psicoanalítica y psicopatológica) realizaban sus observaciones a partir de pacientes que se encontraban bajo tratamiento psicoterapéutico, como se indicó líneas atrás, lo que daba un sesgo importante a los resultados.

Marco de referencia

Esta última crítica también se dirigió contra la escuela adaptadora, cuyos exponentes efectuaron generalizaciones a partir de muestras no representativas de la diversidad de la población homosexual, lo cual desautoriza sus postulados.

Nótese que en todos los casos se omitió el análisis sobre el lesbianismo, con lo cual se dejó de lado un sector importante de la población homosexual cuyo estudio habría aportado elementos valiosos a la investigación.

La característica principal de la corriente contestataria es el rechazo de la patologización de la homosexualidad, favoreciendo la tolerancia y el respeto hacia las personas que poseen esa orientación sexual.

Así, Evelyn Hooker realizó un estudio entre un grupo de personas homosexuales que no recibían tratamiento terapéutico y un grupo de personas heterosexuales a quienes les solicitó que tomaran tres test clásicos que se utilizan para diagnosticar enfermedades mentales (Tat, Roschach y Maps), posteriormente, distribuyó al azar los test aplicados entre dos psiquiatras expertos en la temática homosexual a fin de establecer la eficacia de los test para detectar a las personas homosexuales y a las heterosexuales.

Luego de analizar los resultados, la psiquiatra concluyó que *“la homosexualidad puede ser una desviación del esquema sexual que esté dentro del ámbito normal, psicológicamente [...] y representa una forma severa de desadaptación social en el sector sexual de la conducta, ello no necesariamente ha de significar que el homosexual deba estar seriamente desadaptado en otros sectores de su conducta.”*¹

También manifestó que las causas de ésta relacionaban factores “biológicos, culturales, psicodinámicos, estructurales y situacionales” quedando lo patológico referido al proceso de estigmatización al que la persona homosexual se ve sometida.

Thomas Szasz orientó su crítica contra la psiquiatría misma señalando que el intento *“de “curar” al homosexual es como la Iglesia que quería “salvar” a la bruja, pero que en realidad lo que deseaba era matarla. El psiquiatra apuntó que la homosexualidad es mal vista, no porque produzca ninguna patología, sino porque la herencia judeocristiana ha sido hostil a toda sexualidad no reproductora.”*²

¹ HOOKER (Evelyn) citada por SCHIFTER SIKORA (Jacobo). Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia, op. cit., p. 119.

² SCHIFTER SIKORA (Jacobo). Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia, op. cit., p. 122.

En esa línea de pensamiento, Judd Marmor expresó en su ensayo “Homosexualidad mental o dilema moral” que *“su clasificación como enfermedad no es ni semántica ni médica, sino moral. La homosexualidad permite una buena adaptación por lo que es inapropiado clasificarla como patológica. Más bien... esto alentaba “la agresión interventora en la vida de estos individuos.”*¹

Finalmente, el psiquiatra Martín Hoffman sostuvo en su libro “El mundo gay” que *“el homosexualismo era un fenómeno estigmatizado y que los problemas que generaba al individuo se debían no a algo intrínseco de la sexualidad, sino a la discriminación social. El problema era la “etiqueta” que se le ponía a la persona por ser homosexual.”*²

Dados los numerosos criterios unánimes en cuanto a establecer que la homosexualidad no es una enfermedad y que los problemas en el ajuste social de las personas con esta orientación sexual provienen de la estigmatización y el rechazo de la sociedad, las organizaciones de gays y lesbianas fortalecieron su movimiento para exhortar a la Asociación Americana de Psiquiatría a excluir la homosexualidad del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Desórdenes Mentales (DSM por sus siglas en inglés), lo cual se logró en el año de 1973.

¹ SCHIFTER SIKORA (Jacobo). Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia, op. cit., p. 125.

² *Ibíd.*

2.4 Homofobia como mecanismo de control social

Según se ha comentado supra, las sociedades occidentales de tradición judeocristiana han rechazado la homosexualidad por constituir una amenaza al régimen establecido. Ese rechazo sistemático se denomina “homofobia”, y se presenta tanto en el ámbito colectivo como en el íntimo de las propias personas homosexuales.

2.4.1 Homofobia institucionalizada

La homofobia es la “*aversión obsesiva hacia las personas homosexuales.*”¹ Implica el repudio persistente frente a esa orientación sexual y a quienes la poseen, el cual en algunos casos puede llevar incluso a la agresión contra esas personas.

El origen de la homofobia se sitúa en el patriarcado, un sistema de dominación que instaura la supremacía del hombre sobre la mujer asignando funciones y conductas determinadas a cada sexo.

¹ <http://www.rae.es>

Marco de referencia

Cualquier comportamiento que no se enmarque dentro de esos patrones impuestos es rechazado y sancionado socialmente, moralmente e incluso jurídicamente.

Dado que el sistema patriarcal dirige las instituciones ideológicas de dominación tradicionales, entre las que destacan, la religión, los sistemas políticos, el sistema jurídico y la familia, se sirve de ellas para instaurar y reproducir la homofobia como una práctica válida.

La Iglesia Católica ha sido una de las entidades que más ha enfatizado la reprobación de la homosexualidad. En la edad media, la pena capital ejecutada en la hoguera y la tortura eran las penas más comunes contra las personas homosexuales.

El sistema jurídico, por su parte, ha sido el instrumento que ha permitido la instauración de la pena de muerte contra las personas homosexuales en países como Afganistán, Irán, Yemen, Sudán y Arabia Saudita; y la imposición de la pena privativa de libertad en la India, Jamaica, Trinidad y Tobago, Uganda, Barbados y Nigeria, entre otros.

En este sentido, Amnistía Internacional, una organización que trabaja en el área de la prevención de violaciones de derechos humanos que cometen los gobiernos, en el Acta 79/001/2004 sobre los Derechos Humanos

y la orientación sexual e identidad de género, informa sobre diversas violaciones de derechos humanos contra gays y lesbianas que se han presentado en distintos lugares del mundo, entre las que destacan la ejecución de la pena de muerte, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, los malos tratos, las detenciones arbitrarias y la discriminación.¹

En el continente americano, la homofobia es una práctica bastante extendida, tanto, que Brasil y México son, en su orden, los países con más crímenes por fobias relacionadas con el sexo. En los últimos 10 años en México *“en promedio se han cometido 98 asesinatos al año por homofobia y “transfobia” (crímenes contra transexuales)...”*²

Tomando como punto de referencia la magnitud de las violaciones acotadas, es claro que el nivel de homofobia que se maneja en el ámbito mundial es elevado, fenómeno del cual no escapa nuestro país.

Según indica Amnistía Internacional *“hay informes de detenciones arbitrarias de travestidos y gays en Costa Rica, donde el 6 de febrero de 1993 más de diez personas fueron arrestadas en una redada de la policía en*

¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL. Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género, op. cit.

² La Nación, 17 de mayo del 2006.

un bar de gays. A mediados de los ochenta eran frecuentes las redadas de la policía en los bares de gays de Costa Rica, pero al parecer han cesado.”¹

También reporta malos tratos suscitados “*en abril de 1993, en San José de Costa Rica, varios travestidos fueron detenidos y sometidos a abusos sexuales degradantes. Según informes, uno de ellos... iba vestido de mujer cuando fue detenido. Lo llevaron a la unidad de radio patrullas donde... los policías se burlaron de él mientras lo tocaban. En mayo lo volvieron a arrestar, y otra vez lo llevaron a la misma unidad de radio patrulla, donde lo hicieron desnudarse y de nuevo se burlaron de él. En mayo, dos policías arrestaron a... lo llevaron a una casa en ruinas y, según se ha informado, lo encañonaron con un arma y le obligaron a practicar el sexo oral con uno de ellos.”²*

Es claro que, pese a que en el Código Penal vigente no se contempla la práctica de la homosexualidad como delito, la ignorancia, los prejuicios y la intolerancia hacen que el repudio social motive actos discriminatorios y tratos degradantes en contra de los gays y las lesbianas de nuestro país.

¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL. Rompamos el silencio. Violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual, Madrid, Editorial Amnistía Internacional, 1994, p. 30.

² AMNISTÍA INTERNACIONAL. Rompamos el silencio. Violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual, op. cit. p. 22.

Al respecto, la Asociación Americana de Psicólogos señala que *“Las investigaciones realizadas hasta ahora han encontrado que las personas con la actitud más positiva hacia los homosexuales, las lesbianas y los bisexuales, son las que conocen íntimamente a alguno de ellos, sea debido a relaciones de amistad o de trabajo. Es por ese motivo que los psicólogos consideran que las actitudes negativas hacia los homosexuales emanan en general de prejuicios que no están arraigados en experiencias reales sino más bien en ideas preconcebidas y estereotipos.”*¹

2.4.2 Homofobia interiorizada

La homofobia institucionalizada comentada en el punto anterior está tan presente en la sociedad que los gays y las lesbianas desde edades tempranas asimilan el mensaje que les transmite su familia, los medios de comunicación, la iglesia —entre otros— de que la homosexualidad es pecado, perversión y debe rechazarse.

Así, incluso antes de asumir su orientación sexual —lo que ocurre generalmente durante la adolescencia—, ya la persona homosexual ha interiorizado una serie de mensajes negativos y de estereotipos que le van a dificultar ese proceso de aceptación de su sexualidad.

¹ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. Respuestas a sus preguntas sobre orientación sexual y homosexualidad, <http://www.apa.org/topics/orientacion.html>.

Es por esa razón que cuando llega el momento de identificarse con su orientación sexual surge un conflicto, dado que los prejuicios aprendidos le indican que si lo hace se convierte en una persona anormal, depravada, enferma.

Como mecanismo de defensa, la persona homosexual reprime esos mensajes negativos, a sabiendas del alto precio que implica asumir su orientación sexual puesto que la sociedad homofóbica en la que vive le repudiará y excluirá.

Con el propósito de evitar ser maltratados y discriminados, estos individuos prefieren ocultar su orientación sexual, sin embargo, ello podría acarrear dolor y angustia al tener que reprimir un aspecto muy importante de su personalidad, su sexualidad.

Si estos sentimientos no se canalizan adecuadamente podrían surgir problemas para mantener una relación de pareja estable y satisfactoria, dado el mensaje contra la homosexualidad que permanece latente.

Ello podría llevar a manifestaciones de odio hacia otros gays y lesbianas, a sabotear otras relaciones, a la agresión física, al sexo

compulsivo y al abuso de drogas y alcohol, entre otras actitudes autodestructivas.

Como solución a esta problemática, algunos grupos —principalmente religiosos— sostienen que es posible “convertirse”, es decir, adoptar la orientación heterosexual.

“La orientación sexual, la cual se pensaba que era un rasgo distintivo que no se podía cambiar, es en realidad bastante flexible en mucha gente, para algunos ha cambiado como resultado de una terapia, para otros por medio de experiencias religiosas, y para otros hasta espontáneamente. En círculos profesionales, el debate sobre el desarrollo de la orientación sexual se centra en dos puntos de vista. El punto de vista más generalizado de los dos, conocido como el punto de vista ‘esencialista’, argumenta que la orientación sexual es innata, “congénita”, y por lo tanto, no se puede cambiar... El segundo punto de vista, el cual es menos aceptado, conocido como perspectiva construccionista, estipula que la orientación sexual es un producto socialmente construido, de las experiencias que una persona ha tenido en su vida, y por lo tanto puede ser cambiada.”¹

¹ FRYREAR (Melissa) HOMOSEXUALIDAD: ¿CONGÉNITA O CAMBIABLE?, <http://www.family.org/welcome/intl/enfoque/nuestra/asuntos/asuntos/A0031330.cfm>

Marco de referencia

A partir de diversas investigaciones que declaran que la homosexualidad no es una enfermedad, resulta contradictoria la propuesta de una terapia “curativa” a ésta.

Al respecto, la Asociación Americana de Psiquiatría, en una declaración aprobada por el Consejo de Administración en marzo del 2002 afirmó su posición tomada en 1973 de que la homosexualidad per se no es un desorden mental diagnosticable. (Ver anexo 3)

Indicó además, que los recientes esfuerzos publicados para repatologizar la homosexualidad afirmando que puede ser curada están dirigidos a menudo no por investigaciones científicas o psiquiátricas rigurosas, sino por fuerzas religiosas y políticas opuestas al reconocimiento total de derechos civiles para los gays y las lesbianas.¹

La Asociación Americana de Psicología por su parte, va más allá al expresar que la ignorancia y los prejuicios sociales sobre la orientación homosexual pone en riesgo a los gays, lesbianas y personas bisexuales que

¹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Therapies focused an attempts to change sexual orientation (reparative or conversion therapies) http://www.psych.org/edu/other_res/lib_archives/archives/200001.pdf

optan por tratamientos de “conversión” debido a la coerción familiar o social o a la falta de información.¹ (Ver anexo 4)

De manera que dicha asociación no avala como una práctica científica la práctica de tales terapias, las cuales parecen más bien un intento desesperado por retomar tesis superadas que no hacen más que reforzar el patriarcado y la homofobia, de manera que el objetivo de la “terapia” no es el paciente sino el mantenimiento del statu quo.

2.5 Derechos fundamentales

A través de la historia de la humanidad se han librado muchas batallas con el objetivo de que la condición del ser humano y de su dignidad inherente le sean reconocidas a los ciudadanos por parte de sus gobernantes. Es en dicho contexto que han surgido los derechos fundamentales. A este tema se dedica el presente apartado.

2.5.1 Concepto

Producto de que la lucha por el reconocimiento de los derechos fundamentales se dirigió contra el Estado, tal conquista fue difícil de alcanzar

¹ <http://www.apa.org/pi/lgbcpolicy/appropriate.html>

y llevó a cruentas contiendas, principalmente porque en las primeras formas de organización política la noción de que el ser humano ostentara derechos frente al poder estatal era extraña. *“La idea de que el ciudadano —dice Loewenstein— tenía que detentar derechos propios, diferentes de sus obligaciones frente a la comunidad, fue completamente ajena a la teocracia hebrea, a la Ciudad-Estado griega y a la república romana”. Para los pensadores políticos griegos, el hombre sólo podía desarrollar su personalidad dentro del Estado y subordinándose a éste*”.¹

Entre tales enfrentamientos sobresale la Revolución Francesa (1789), de la cual emergió la “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano”, donde se admitía y consagraba la existencia de derechos innatos a la condición de ser humano, los cuales resultan esenciales para el desarrollo integral de sus capacidades y para su realización personal, y donde se establecieron límites al poder de los gobernantes. Esta declaración sirvió de punto de partida para que, en lo sucesivo, toda Constitución incluyera en su articulado declaraciones similares.

La teoría política de la Ilustración ha sido básica en el desarrollo ideológico de estos derechos, es más, *“la teoría moderna de los Derechos Fundamentales responde en su origen a los postulados característicos del*

¹ DERMIZAKY (Pablo). Derecho Constitucional, Cochabamba, Bolivia, Editorial Universitaria, 1ª ed., T. I, 1985.

*pensamiento político y jurídico de la Ilustración, cuyos principios jurídicos racionales y naturales, que eran la base de la Revolución Liberal en Inglaterra y Francia, fueron codificados y positivizados”.*¹

Con relación a postulados precedentes, Carl Schmitt los ubica en una etapa anterior al Estado y a la Constitución al señalar que “*en el Estado burgués de derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como **anteriores** y **superiores** al Estado, porque éste no los otorga, sino que los reconoce y protege “como dados antes que él”*”². (El resaltado es del original)

En este punto es necesario hacer la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales a efecto de no confundir el sentido de ambas expresiones.

Hernández Valle apunta que “*los derechos humanos tienen una connotación más axiológica que jurídica, pues se refieren a todas aquellas exigencias relacionadas con las necesidades de la vida humana y que, por*

¹ BARATTA (Alessandro). Defensa de los Derechos Humanos garantizados por la Constitución, Revista Judicial, San José, n° 50, junio, 1 990, p. 16.

² SCHMITT (Carl) citado por DERMIZAKY, op. cit., p. 59.

*diversas razones, no se encuentran positivizadas en los diferentes ordenamientos jurídicos”.*¹

Los derechos fundamentales, en cambio, “*tienden a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de tutela reforzada*”;² “*se trata siempre de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde al carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho*”.³

Puccinelli coincide al indicar que “*la frase “derechos humanos” alude más precisamente a aquellos derechos, principios, valores y garantías, contenidos en las declaraciones y convenciones internacionales, que están atribuidos sin intermediarios a la persona como tal, en tanto que la fórmula “derechos fundamentales” se refiere a aquellos que han sido acogidos positivamente en el ámbito interno*”.⁴

¹ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, San José, Editorial Juricentro, 1ª ed., V. II, 1 994, p. 330.

² PÉREZ LUÑO (Antonio) citado por PUCCINELLI (Oscar Raúl), Derechos Humanos y SIDA, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1ª ed., T.I, 1 995, p. 198.

³ PÉREZ LUÑO (Antonio) citado por HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, op. cit., p. 330.

⁴ PUCCINELLI, op. cit., p. 198.

Podemos concluir que los Derechos Humanos, al ser más axiológicos que jurídicos, aluden a valores, y al estar atribuidos sin intermediarios a la persona, no requieren la intervención estatal para positivizarlos, entonces estos derechos son “*criterios jurídicos considerados como valores absolutos (derecho natural), cuya legitimidad está por encima de toda frontera territorial. De todo esto se sigue que el **status** de los DH [Derechos Humanos] es el de los valores. La discusión acerca de su existencia y sus posibilidades prácticas se plantea, antes que nada, en el plano de lo **axiológico**, no en el de los simples hechos o el del mero Derecho positivo*”.¹

(El resaltado es del original)

Es así como a lo largo del siglo XIX los derechos naturales se fueron incorporando, poco a poco, en los textos constitucionales, con lo cual adquirieron el grado de normas jurídicas positivas y la categoría de derechos fundamentales plenamente reconocidos y tutelados por el Derecho positivo.

Lo dicho anteriormente no significa que el contenido de los derechos humanos no puede reflejarse en el de los derechos fundamentales, todo lo contrario, existe una identidad en cuanto al fondo y a las aspiraciones de ambos derechos, “*por tanto, los derechos fundamentales responden hoy día*

¹ HABA MULLER (Enrique Pedro). Derechos humanos, libertades individuales y racionalidad jurídica, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados, n° 31, enero - abril, 1 977, p. 168.

a un conjunto de valores y principios de vocación universal, que informan todo el ordenamiento infraconstitucional".¹

Tales principios a los que corresponden los derechos fundamentales tienen que ver con valores primordiales del ser humano como la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad y otros que tengan en común el ser esenciales para el pleno desarrollo de las aptitudes personales y la consecución de la total realización como persona.

La noción de derechos fundamentales incluye igualmente la obligación, tanto para los particulares como para el Estado, de respetarlos, y la garantía de que existen vías coercitivas para hacerlos acatar en caso de que se infrinjan. He aquí su doble dimensión, la cual ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional español al señalar que *"en primer lugar, los derechos fundamentales son derechos **subjetivos**, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento **objetivo** de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como un marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado*

¹ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, op cit., p. 327.

*de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”.*¹

En conclusión *“los derechos fundamentales pueden conceptuarse como aquellos reconocidos y organizados por el Estado, por medio de los cuales el hombre, en los diversos dominios de la vida social, escoge y realiza él mismo su propio comportamiento, dentro de los límites establecidos por el propio ordenamiento jurídico”.*²

Como consecuencias jurídicas relevantes de la anterior definición surgen las siguientes³:

- ✓ Los derechos fundamentales deben estar reconocidos por el ordenamiento jurídico, especialmente por la Constitución.

- ✓ Los derechos fundamentales deben contemplar una tutela judicial correlativa.⁴

¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Voto 25 del 14 / 7 / 81 citado por HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *El Derecho de la Constitución, op cit.*, p. 329.

² HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *El Derecho de la Constitución, op cit.*, p. 331.

³ Ver HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *El Derecho de la Constitución, op cit.*, pp. 331 y 332.

⁴ Véase *infra* sobre la existencia de procesos judiciales específicos para la tutela de los derechos fundamentales.

Marco de referencia

✓ Los derechos fundamentales garantizan siempre a sus titulares áreas irreductibles de acción, ya sea en el plano individual como en el colectivo.¹

✓ Los derechos fundamentales son vinculantes no sólo para el poder público, incluido el legislador, sino también frente a los demás ciudadanos.

La referencia a las áreas irreductibles de acción que protegen estos derechos hace alusión a que, si bien debe resguardarse un ámbito elemental dentro del cual está la esencia misma del derecho, ello no implica que los derechos fundamentales sean absolutos; por el contrario, *“los derechos que la Constitución reconoce no son absolutos, sino relativos. Ello quiere decir que son susceptibles de reglamentación y de limitación, sea para coordinar el derecho de uno con el derecho de otro, sea para que cumplan su funcionalidad social en orden al bien común, sea para tutelar el orden y la moral públicos, sea por razón del llamado poder de policía, etc.”*²

En virtud de tal carácter relativo estos derechos deben en ocasiones limitarse con el fin de no lesionar otros bienes jurídicos de igual o mayor

¹ Véase *infra* sobre *contenido esencial*.

² BIDART CAMPOS (German). *Manual de Derecho Constitucional argentino*, Argentina, EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 6ª ed., 1 978, p. 189.

relevancia, es por ello que se afirma que “*todos los derechos fundamentales nacen limitados porque se ejercitan dentro del marco de la sociedad*”.¹

La Sala Constitucional ha apuntado al respecto:

“Es corrientemente aceptada la tesis de que algunos derechos subjetivos no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados; en primer lugar, en razón de que se desarrollan dentro del marco de las reglas que regulan la convivencia social; y en segundo, en razón de que su ejercicio está sujeto a límites intrínsecos a su propia naturaleza”.²

En un voto posterior agregó:

“Esta Sala en reiteradas ocasiones ha establecido, que el ejercicio de las libertades acordadas por la Constitución no es absoluto y pueden ser objeto de restricciones cuando se encuentren de por medio intereses superiores”.³

¹ Ver HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, *op cit.*, p. 335.

² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3173-93.

³ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 1115-94.

2.5.2 Limitaciones

Las **limitaciones** de los derechos fundamentales son las restricciones “al ejercicio de un derecho que impone el ordenamiento jurídico en forma general para todos, o bien específicamente para algunos de ellos”.¹

En el mismo orden de ideas la Sala ha manifestado:

“Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa y necesaria para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones”.²

En nuestro país, principalmente el artículo 28 constitucional es el que contempla dichas limitaciones:

Artículo 28.- “[...] Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley...”³

¹ Ver HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, op cit., p. 336.

² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3173-93.

³ Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Imprenta Nacional, 1993, art. 28.

En sentido contrario, la ley está plenamente facultada para intervenir regulando la conducta de los individuos cuando se contraviene alguna de estas limitaciones.¹ *“Para que sean válidas las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en la propia Constitución, o en su defecto, la misma debe autorizar al legislador para imponerlas, en determinadas condiciones”*.²

Dentro de esta óptica el artículo 18 inc. 2) de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) insta una prohibición expresa al individuo de impedir o perturbar el ejercicio legítimo de las potestades administrativas o de los derechos del particular, así como de violar el orden público, la moral o las buenas costumbres.

Bidart Campos hace una enumeración muy similar de limitaciones a los derechos fundamentales al decir que *“la limitación permanente que de modo normal restringe el ejercicio de los mismos, se lleva a cabo en razón de la moralidad pública, el orden público y los derechos ajenos. Esta triple pauta funciona como standard elástico y común y bien podemos decir que revela la íntima naturaleza social de los derechos subjetivos”*.³

¹ Véase infra sobre el Principio de Reserva Legal.

² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3173-93.

³ BIDART CAMPOS, op. cit., p. 429.

En general el **orden público** es entendido como el “conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares; y de las cuales no pueden apartarse éstos, en principio, en sus convenciones”.¹

En la misma línea de pensamiento se le concibe como “...el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social”.²

De manera más específica el orden público se puede distinguir en constitucional y administrativo; el primero referido al “conjunto de principios y normas fundamentales que se encuentra en la base misma del ordenamiento”,³ el segundo relativo a situaciones donde “el Derecho positivo conceda a la autoridad administrativa un poder de escogencia entre varias soluciones, indicando la obligación de seguir aquella que sea más apta al fin de evitar la perturbación de la pacífica convivencia, amenazada por actos

¹ CAPITANT citado por CABANELLAS citado por DERMIZAKY, *op. cit.*, p. 151.

²Corte Plena, sesión extraordinaria del 26 de agosto de 1982 citada por SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3173-93.

³ HARIOU citado por HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, *op cit.*, p. 337.

*que hayan producido o que racionalmente puedan producir, a corto plazo, la comisión de delitos”.*¹

Como parte del orden público administrativo encontramos tres categorías, a saber, la tranquilidad, que concierne al placentero descanso de los habitantes en ausencia de ruidos desagradables; la salubridad, que consiste en la salvaguarda de la salud pública y en la prevención y adecuado manejo de epidemias y de enfermedades contagiosas; y la seguridad, cuyo propósito es *“prevenir la comisión de delitos, lo que presupone una actividad de vigilancia..., [y brindar] protección contra los accidentes, especialmente los provenientes de la circulación”.*²

Ambas esferas del orden público (constitucional y administrativo) han sido contempladas en nuestra jurisprudencia constitucional:

“No escapa a esta Sala la dificultad de precisar de modo unívoco el concepto de orden público, ni que este concepto puede ser utilizado, tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones en nombre de los intereses colectivos a los derechos. No se trata únicamente del mantenimiento del orden material en las calles, sino también del mantenimiento de cierto orden jurídico y moral, de manera que está constituido por un mínimo de condiciones para una vida social,

¹ BARILE citado por HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, *op cit.*, p. 338.

² HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, *op cit.*, p. 339.

*conveniente y adecuada. Constituyen su fundamento la seguridad de las personas, de los bienes, la salubridad y la tranquilidad”.*¹

Aquí se está afirmando el orden público administrativo en sus 3 categorías citadas.

*“El orden público, la moral y los derechos de terceros que permiten, al menos a la ley, regular las acciones privadas tienen que interpretarse y aplicarse de tal manera que en el primer caso, se trate de amenazas graves al orden público, entendido como la integridad y supervivencia de los elementos fundamentales del Estado; o como “el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social”.*² (El subrayado es del original)

En este caso se justifica la acción de una autoridad administrativa por motivos de orden público administrativo cuando la pacífica convivencia se vea gravemente amenazada y se alude a las dos modalidades de orden público apuntadas.

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3173-93.

² Corte Plena, sesión extraordinaria del 26 de agosto de 1982 citada por SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3550-92.

En cuanto a la **moral pública**, este es un término claramente valorativo, por lo que no se le puede conceptualizar de forma tajante y definitiva, por ello, para intentar una noción aceptablemente precisa se debe acudir a coordenadas de tiempo y espacio con el fin de determinar su significado en un momento y lugar determinado.

Tales dificultades las advierte Alonso García al mencionar que *“la moral pública —como elemento ético común de la vida social— es susceptible de concreciones diferentes, según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Ello nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético para la vida social se produzca una limitación injustificada de los derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico”*.¹

No obstante lo anterior, es posible intentar una aproximación al significado de moral pública identificándola con las buenas costumbres, las cuales *“son aquel conjunto de reglas de moralidad media que la opinión pública reconoce como válidas en un momento histórico determinado. Constituyen, por tanto, un significado contingente y que se distingue*

¹ ALONSO GARCÍA (Enrique). *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección “Estudios Constitucionales”, 1984, p. 405.

*netamente del orden público administrativo, el cual se encuadra más bien, como vimos supra, dentro del ámbito de la pacífica convivencia”.*¹

En la misma dirección la Sala Constitucional ha esbozado una breve referencia al concepto de moral en el siguiente voto:

*“Los conceptos "moral", concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofende gravemente a la generalidad de sus miembros-, y "orden público", también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuya definición es en extremo difícil”.*²

Se ofrece en esta resolución una definición bastante amplia e imprecisa de lo que es la moral pública por lo que habrá que evaluar en cada caso concreto los alcances de esta limitación; además se destaca el requisito de que la violación debe ofender gravemente a la generalidad de los miembros de una determinada sociedad, lo cual resulta igualmente difícil de apreciar, a excepción de que la infracción provoque una ofensa evidentemente grave, en cuyo caso, el concepto de moral pública pasa a segundo plano, como ocurre en el siguiente caso.

¹ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, *op cit.*, pp. 339 y 340.

² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3173-93.

“El ordenamiento jurídico-matrimonial costarricense se inspira en el concepto monogámico de la cultura occidental, de modo tal que para contraer matrimonio, debe existir libertad de estado... Es cierto que los criterios morales o éticos no inciden, normalmente, en la toma de una de las dos opciones: matrimonio o unión de hecho. Pero si por motivos morales se prohíbe la bigamia y tal disposición tiene asiento constitucional (artículo 28), no puede entenderse cómo, para otorgarle a la unión extramatrimonial efectos jurídico-patrimoniales, se obvie un requisito tan fundamental como el de la libertad de estado”.¹

En este voto, sin necesidad de recurrir a definiciones de lo que se entiende por moral pública, se acude a la trascendencia de criterios morales como la monogamia a efectos de declarar inconstitucional una norma que pretendía contravenirla.

Esta limitación es de gran importancia en materia de las restricciones que se pudieran establecer a los derechos fundamentales de las personas homosexuales, puesto que la justificación para establecerlas remitiría a la tutela de la moral pública.

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3693-94.

La tercera limitación al ejercicio de los derechos fundamentales establecido en el numeral 28 precitado hace referencia a **no perjudicar a terceros** en lo atinente a sus derechos, *“dado que el ordenamiento concede “derechos” no sólo a una persona en particular, sino a todos los sujetos del ordenamiento, los “derechos de los demás” o “derechos de los terceros”... se deben conceptuar como un límite al ejercicio de los derechos fundamentales. Pero tal límite no sólo está constituido por el derecho igual de otro, sino por cualquier otro derecho suyo, que eventualmente pueda interferir con el del titular del derecho fundamental de que se trate. En otros términos, cada derecho encuentra un límite genérico en la esfera jurídica que el ordenamiento reconoce a los demás ciudadanos”*.¹

Esencialmente, las anteriores limitaciones son especificaciones de ésta, toda vez que la defensa del orden público y de la moral pública no constituye un fin en sí mismo, sino que está dirigida a proporcionar el mayor bienestar a la sociedad, a los terceros en su conjunto, como colectividad.

Con la finalidad de establecer restricciones en virtud de tal limitación, se impone la condición a la autoridad encargada de ordenarlas, de efectuar una valoración previa para evaluar la jerarquía de los derechos en juego, y así decidir sobre la conveniencia de la restricción a instaurar. Esta valoración

¹ MAUNZ-DURIG citado por HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, *op. cit.*, p. 341.

la debe efectuar también la autoridad judicial a efecto de decidir sobre la inconstitucionalidad de la restricción.

Tal criterio lo ha reiterado la Sala Constitucional en varias resoluciones:

*“La inmediata consecuencia de esto es que, si bien existe una potestad o competencia del Estado para regular las acciones privadas que sí dañen la moral o el orden público, o perjudiquen los derechos **iguales o superiores** de terceros”.*¹(El resaltado no es del original)

*“Las libertades contractuales sólo pueden ser restringidas en los supuestos del artículo 28 constitucional, es decir, en tanto su ejercicio no dañe la moral social, el orden público, rigurosamente considerado, o los derechos **iguales o superiores** de terceros”.*²(El resaltado no es del original)

*“Los derechos de terceros necesariamente tienen que jerarquizarse, tanto en sí mismos, como en su dimensión concreta, en el sentido de que sólo se justifica regular y eventualmente limitar la libertad para **proteger derechos de***

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3173-93.

² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3495-92.

igual o mayor rango, frente a amenazas de igual o mayor intensidad¹ (El subrayado es del original, el resaltado no)

Resulta evidente que se debe hacer una doble valoración donde la medida para determinar si se debe restringir una conducta porque está perjudicando derechos de terceros, es que el derecho lesionado sea de rango igual o superior al derecho en cuyo ejercicio se incurre en la violación y que la amenaza sea de igual o mayor intensidad que la restricción planteada. Tal valoración se debe realizar acudiendo a la razón, la experiencia, la sana crítica racional y otros elementos que permitan una apreciación lo más objetiva posible de la realidad del caso concreto.

Cabe ahora hacer una aclaración oportuna en aras de comprender adecuadamente este tema de las limitaciones de los derechos fundamentales para no confundir una restricción a un derecho con una sanción por violarlo.

En este sentido Martín-Retortillo Baquer y De Otto y Pardo afirman que *“un insuficiente análisis del concepto mismo de límites de los derechos fundamentales..., ha conducido a presentar como limitaciones... problemas que no son en realidad de tal limitación de un derecho constitucionalmente reconocido, sino de **delimitación** conceptual del contenido mismo del*

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3550-92.

derecho, de forma que lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental y, en consecuencia, no se requiere ninguna limitación de éste para excluirlas”.¹ (El resaltado es del original)

Tal es el caso en que “para justificar la imposición de una pena por coacciones ocurridas en el curso de una reunión no hace falta en absoluto argumentar con los límites del correspondiente derecho, por la muy obvia razón de que el derecho a reunirse no comprende conceptualmente el derecho a ejercer coacciones sobre los demás; tal coacción no forma parte del derecho de reunión y penalizarla no es, en consecuencia, limitar este derecho”.²

Es preciso, por tanto, demarcar cuándo se está frente al contenido de un derecho fundamental que se debe limitar por determinadas circunstancias, y cuándo se está ante una situación ajena al contenido del derecho y que más bien es violatoria de ese mismo derecho o de otro; así, en el primer caso

¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Lorenzo) y DE OTTO Y PARDO (Ignacio). Derechos fundamentales y Constitución, Editorial Civitas, S.A., 1ª ed., 1 988, p. 137.

² Ibid., p. 138.

se procede a disponer una restricción apropiada, y en el segundo, se impone una sanción.

2.5.3 Garantías

Como contrapartida a las limitaciones para el ejercicio de los derechos fundamentales se han establecido una serie de **garantías** frente el poder público que funcionan como respaldo en favor de los ciudadanos con el ánimo de protegerlos de posibles infracciones y restricciones excesivas a dichos derechos.

En nuestro ordenamiento existen cuatro garantías en favor de los derechos fundamentales: 1) el principio de reserva legal; 2) el respeto del contenido esencial, 3) el principio de razonabilidad de las leyes y 4) la existencia de procesos constitucionales para su tutela.¹ A las tres primeras un sector de la doctrina las denomina “garantías normativas” o “conceptuales” por encontrarse formuladas en normas jurídicas o en principios que inspiran o determinan a aquellas, a la última la ubican dentro de las garantías judiciales.²

¹ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, *op cit.*, p 344.

² VARGAS MONTERO (Alejandra). Los Principios de la Razonabilidad y la Proporcionalidad dentro del Proceso Penal, San José, Tesis para optar por el título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica 1 998, p. 44.

El **principio de reserva legal** en materia de regulación de los derechos fundamentales tiene soporte constitucional en el artículo 28 supracitado y legal en el numeral 19 de la Ley General de la Administración Pública, e implica que el desarrollo de tales derechos consagrados en la Carta Magna le está confiado exclusivamente al Legislador a través de la ley en sentido formal y material, con exclusión de las demás normas de rango inferior.

*“Con ello se trata de que sean los mismos ciudadanos, mediante sus representantes de elección popular en el Parlamento, los que consientan en regular sus derechos fundamentales”.*¹

Acerca de la función de especificar, explicar y esclarecer el texto constitucional que cumple la ley en estos casos, la Sala ha dicho:

*“La Constitución al consagrar una libertad pública y remitirla a la ley para su definición, lo hace para que determine sus alcances. No se trata de restringir la libertad cuyo contenido ya se encuentra definido por la propia Constitución, sino únicamente de precisar, con normas técnicas, el contenido de la libertad en cuestión”.*²

¹ VARGAS MONTERO, *op. cit.*, p. 345.

² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3173-93.

Concerniente a los alcances de este principio en materia de regulación de los derechos fundamentales este alto Tribunal se ha manifestado en los siguientes términos:

“a) En primer lugar, el principio mismo de “reserva de ley”, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales —todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables—;
*b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su “contenido esencial”; y c) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial: **d) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley”.**¹(El resaltado es del original)*

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3550-92.

El **contenido esencial** por su parte, se constituye en una esfera vital irreductible del derecho fundamental que no puede ser vulnerada por las regulaciones provenientes de los poderes públicos. “*Se trata, en consecuencia, de reconocer un núcleo en el contenido de los derechos fundamentales que no puede sobrepasarse; es decir, se trata de salvaguardar un contenido mínimo del derecho, incluso frente a derechos o bienes constitucionalmente relevantes*”.¹

Sobre el particular el Tribunal Constitucional español apunta que es “*aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga... se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*”.²

De lo anterior se desprende que la garantía del respeto al contenido esencial se erige como una frontera a la facultad de limitación los derechos fundamentales que ostenta el legislador, ello con la pretensión de evitar que

¹ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, op cit., p 347.

² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Voto nº 11 del 8 / 4 / 81 citado por HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, op cit., p. 347.

su parte esencial esté a disposición del parlamentario y que el derecho quede vacío de contenido.

Teniendo presente que estas garantías persiguen que los individuos puedan alcanzar los intereses protegidos por tales derechos, cualquier limitación de un derecho fundamental en favor de los intereses estatales dificulta el logro de aquellos intereses particulares. Pero si *“la limitación va tan lejos que los particulares no pueden de ninguna manera lograr sus intereses protegidos por el derecho fundamental, porque se cierran todos los caminos que conducen a su realización, tal limitación afecta a su contenido esencial y es, por tanto, inconstitucional”*.¹

El principio de la **razonabilidad de las leyes** será objeto de análisis más adelante. Baste por el momento indicar que el legislador, a la hora de crear una norma jurídica, no debe perder de vista la necesidad de que en ella se dé una apropiada adecuación del medio propuesto a los fines buscados los cuales deben ser acordes con el sistema de valores de la Constitución.

La garantía de la existencia de **procesos judiciales** específicos para la tutela de los derechos fundamentales permite el acceso a la vía jurisdiccional en procura de cesar con el hecho que esté menoscabando el ejercicio de esos derechos.

¹ STEIN (Ekkehart). Derecho Político, España, Aguilar S.A. de ediciones, 1ª ed., 1 973, p. 249.

Mediante los recursos de **Hábeas Corpus** [arts. 48 de la Constitución Política (CP) y 15 de la Ley de Jurisdicción Constitucional (LJC)] y **Amparo** (arts. 48 CP, 29 y 57 LJC) se protegen los derechos de libertad e integridad personal —el primero— y los demás derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en nuestro país —el segundo—.

Por medio de la **Acción de Inconstitucionalidad** (art. 10 CP y 73 LJC) se ejerce el control de constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, con ello se garantiza “*la supremacía de las normas y principios de la Constitución, especialmente, de las libertades y derechos humanos en ella consagrados [haciéndolas] exigibles en sí mismas con rango preferente sobre todas las demás*”.¹

Debe indicarse que con respecto a este tipo de control un sector de la doctrina lo considera como “*un proceso... que tutela los derechos fundamentales*”,² mientras que otro sector [limita] esa competencia a los recursos de amparo y hábeas corpus.³ Si se toma en cuenta el criterio de especificidad en la tutela de los derechos fundamentales habría que adoptar la segunda tesis; no obstante, ello no implica que la acción de

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 139-94.

² PECES-BARBA (Gregorio) citado por VARGAS MONTERO, op. cit., p. 46.

³ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén) citado por VARGAS MONTERO, op. cit., p. 46.

inconstitucionalidad no proteja esos derechos. Lo que ocurre es que su ámbito de acción es más amplio que el de las dos primeras vías, por tanto considero a esta acción como un medio idóneo —aunque no exclusivo— de tutela de derechos fundamentales.

2.5.4. Interpretación en materia de derechos fundamentales

“La interpretación de los derechos fundamentales es la interpretación de las normas constitucionales en que tales derechos se establecen”,¹ por ello dicha elucidación se circunscribe al ámbito constitucional.

“La Constitución... es considerada como una norma viviente, lo que significa que si bien es cierto es una ley escrita, suprema y rígida, la misma debe irse adaptando a los nuevos cambios sociales y políticos. La Constitución es lo que El Pueblo como gestor constitucional acepta como tal, lo que no implica que la misma no cambie constantemente. Con el fin de lograr este reajuste, la principal herramienta con la que se cuenta es la interpretación de sus normas”.²

¹ Ver DÍEZ-PICAZO (Luis) en La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemania, España, Francia, e Italia, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Editorial Civitas S.A., 1ª ed., 1 991, p. 294.

² SAGUES (Nestor Pedro) citado por VARGAS MONTERO, op. cit., p. 46.

Dentro de la ciencia jurídica la interpretación constitucional es de gran trascendencia toda vez que atañe a las normas de mayor jerarquía. Si bien tal interpretación participa de los lineamientos generales en esta materia, ha asumido matices peculiares que le otorgan una individualidad significativa, de ahí que “*el problema genérico o global de la interpretación constitucional se ha convertido... en palabras de Stern en “el problema cardinal de la interpretación como fenómeno jurídico”*”.¹

En vista de que la interpretación jurídica es el marco genérico del que deriva la interpretación constitucional, es válido efectuar un breve repaso —con base en la reseña elaborada por Fix-Zamudio²— a la evolución de que ha sido objeto la primera.

En un inicio y a partir de la revolución francesa, como una reacción contra las invasiones legislativas de los Parlamentos judiciales del antiguo régimen, se estableció en los ordenamientos europeos —con excepción del británico— la figura del juez como un simple aplicador mecánico de las disposiciones legislativas, ya que determinar el significado de las mismas correspondía en último grado al órgano legislativo que las había expedido.

¹ ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 3.

² FIX-ZAMUDIO (Héctor). Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional, La Jurisdicción Constitucional, San José, Seminario sobre Justicia Constitucional, III Aniversario de la Creación de la Sala Constitucional, Editorial Juricentro, 1 993, pp. 90-95.

Un segundo momento consistió en el reconocimiento de que los jueces debían ser autorizados en el supuesto de oscuridad o imprecisión del texto legislativo, para interpretarlo sin necesidad de acudir a la opinión definitiva del órgano parlamentario.

Durante la tercera etapa se vinculó la función judicial con la llamada “integración” de las normas jurídicas, la cual consiste en sentido estricto en la facultad atribuida al juzgador para colmar las denominadas “lagunas de la ley”, es decir, la operación que éste debe efectuar al dictar un fallo no obstante que el legislador no previó o no pudo prever el caso particular sometido al conocimiento judicial.

Bidart Campos al respecto da por cierto “*que en el área de las fuentes formales encontramos vacíos, huecos o lagunas... Ello quiere decir que hay **carencia** de normas [...] El intérprete debe, entonces, crear una norma con la cual rellenar la laguna. Este proceso de fabricación o elaboración de normas que cubren el orden normativo lagunoso se denomina **integración**”.*¹ (El resaltado es del original) De acuerdo con este criterio que todavía perdura, la integración sólo opera en el supuesto de la existencia de lagunas o de casos no previstos, por lo que debe considerarse como una actividad excepcional del juzgador.

¹ BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 51.

Una última fase en este desarrollo se refiere al alcance del raciocinio del juez en sus resoluciones, particularmente en la sentencia, razonamiento que se encuentra íntimamente ligado a un factor estimativo o axiológico. Por ello el juez está obligado a equilibrar los principios de la lógica con la estimativa, la forma racional y el contenido axiológico, y no puede prescindir o inclinarse excesivamente por ninguno de ellos si pretende alcanzar la serena imparcialidad en la cual radica la verdadera grandeza de su función.

Arribando al campo específico de la interpretación constitucional, se entiende que únicamente es posible hablar de ella *“cuando debe darse contestación a una pregunta de Derecho Constitucional que, a la luz de la Constitución, no ofrece una solución clara”*.¹

Esta ausencia de claridad se debe a que los preceptos constitucionales son mucho más genéricos que los de las leyes u otras normas. Son, en general, *“esquemáticos, abstractos, indeterminados y elásticos”*² ya que su pretensión es constituir *“un marco básico sin contenido preciso, que el intérprete debe construir sobre esos lineamientos*

¹ HESSE, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland. (11 ed., 1 978), págs. 20-21 citado por ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 1.

² RUBIO LLORENTE (Francisco), *La Constitución como fuente del Derecho*, en CEFD, pág. 63 citado por ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 16.

extraordinarios abstractos... de acuerdo con la realidad social de una época determinada".¹

"La interpretación busca desentrañar el sentido de la descripción efectuada por el autor de la norma; ello supone dos cosas: a) que el intérprete retrocede mentalmente al momento de creación de la norma, y a la voluntad creadora en igual momento; b) que el intérprete confronta el sentido que a la norma le asigna la comunidad actual con el sentido que le atribuyó el autor".² Es en esta orientación que se afirma que la interpretación de la Constitución es *"una interpretación abierta, en el sentido de que es progresiva, de que funciona para buscar la teleología de la norma en relación con las convicciones imperantes en cada momento histórico"*.³

De esta forma, toda esa actividad interpretativa pretende alcanzar la **concretización** de la norma constitucional en un momento y lugar determinado, puesto que *"lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la "realidad" de cuya ordenación se trata"*.⁴

¹ FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, p. 102.

² BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 49.

³ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 294.

⁴ HESSE citado por HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *El Derecho de la Constitución*, V. I, *op. cit.*, p.195.

En palabras de Alonso García “este fenómeno, a veces designado como **concretización**, llega a suponer una **auténtica creación de un sistema de normas subconstitucionales que se denomina oficialmente “doctrina”**, que opera como una nueva norma-marco para sucesivas funciones de subsunción, equivaliendo, si el creador de la norma subconstitucional es el intérprete auténtico, a la Constitución misma”.¹ (El resaltado es del original)

En nuestro país, dicho intérprete auténtico lo constituye la Sala Constitucional, tal como lo dispone el art. 1º de la LJC al encomendarle garantizar la uniforme interpretación y aplicación de las normas y principios constitucionales y asignarle a su jurisprudencia carácter vinculante erga omnes (art. 13 LJC). “De esa forma tales tribunales [constitucionales] terminan convirtiéndose, aunque no jurídicamente pero sí en la praxis, en los intérpretes auténticos del Derecho de la Constitución”.²

Este tribunal ha manifestado que “en virtud del artículo 48 de la Constitución Política, la Sala ha aplicado e **interpretado** en su jurisprudencia, el valor jurídico de la igualdad y no discriminación incluso por sobre una

¹ ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 2.

² HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *El Derecho de la Constitución*, V. I, *op cit.*, p. 196.

norma constitucional discriminatoria, basada en razones de sexo".¹ (El resaltado no es del original)

Efectivamente, el voto n° 3435-92 es un patente ejemplo de esta función interpretativa que realiza dicha autoridad. En él se anuncia lo siguiente:

*“En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de las facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que **cuando en la legislación se utilicen los términos "hombre" ó "mujer", deberán entenderse como sinónimos del vocablo "persona"**”.*² (El resaltado no es del original)

En este caso la Sala interpretó que el verdadero sentido del inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política era brindarle la alternativa al o a la cónyuge de costarricense de optar por esta nacionalidad, y no únicamente a la mujer extranjera casada con costarricense; de esta manera actualizó la norma armonizándola con la concepción contemporánea de igualdad entre sexos.

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3 001-97.

² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3435-92.

Los sujetos encargados de la labor interpretativa de la Constitución —fundamentalmente los tribunales constitucionales— se sirven de algunas pautas generales que los orientan en tal actividad. De manera sintética se señalan las siguientes:

La **unidad sistemática de la Constitución** plantea la necesidad de que haya congruencia y concordancia entre las normas de la Constitución, las cuales “*no pueden interpretarse en forma aislada, desconectándolas del todo que componen*”.¹ Se parte de la concepción de que la Constitución es “*un todo coherente y unitario que responde a un conjunto de ideas fundamentales*”² que requieren de coordinación y armonía para que halla reciprocidad entre ellas.

En esta misma dirección se señala el deber de la interpretación constitucional de **armonizar la relación de tensión existente entre las disposiciones constitucionales**, ya sea que existan o no bienes jurídicos de distinta jerarquía dentro del texto constitucional, debe el intérprete armonizar “*el contenido normativo de las distintas disposiciones... equilibrándolas, lo que lógicamente implica un límite para ciertas normas,*

¹ BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 53.

² MARTÍNEZ citado por HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *El Derecho de la Constitución*, V. I, *op. cit.*, p. 209.

pero sin cercenarles su eficacia”.¹ “El establecimiento de tales límites tiene que ser proporcional en cada caso concreto; no debe ir más lejos de lo que sea necesario, a fin de producir la concordancia entre los dos bienes jurídicos”.²

La **interpretación conforme a la Constitución** promueve una presunción de validez y constitucionalidad de las normas, de modo que a la hora de interpretarlas se intenten todas las alternativas posibles en aras de hallar una relación acorde a las normas y principios constitucionales de forma que la inconstitucionalidad sea la “ultima ratio”. En esta orientación *“los jueces constitucionales sólo deben hacer declaratorias de nulidad, absoluta o parcial, cuando exista más que una duda razonable sobre la contradicción de la norma subconstitucional y el Derecho de la Constitución”*.³

De acuerdo con la clasificación que proporciona Fix-Zamudio ⁴ sobre los diversos sectores de la interpretación constitucional, la cual efectúa partiendo del sujeto que la realiza, se puede señalar la elaborada por el legislador; las autoridades administrativas y las judiciales, y finalmente, la ejecutada por la doctrina especializada en Derecho Constitucional.

¹ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *El Derecho de la Constitución*, V. I, *op cit.*, p. 210.

² HESSE citado por HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *El Derecho de la Constitución*, V. I, *op cit.*, p. 210.

³ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *El Derecho de la Constitución*, V. I, *op cit.*, p. 213.

⁴ FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, pp. 102 a 111.

En cuanto al órgano legislativo, éste la efectúa de manera permanente y constante pues es el que debe desarrollar lo decretado por las disposiciones fundamentales de acuerdo con los procedimientos de creación jurídica establecidos por el constituyente. En este sector se incluyen las modificaciones, adiciones y reformas a las mismas normas constitucionales llevadas a cabo según el procedimiento dificultado de reforma que establecen la mayoría de las cartas fundamentales modernas. Por ello dicha interpretación asume carácter directo, puesto que implica el examen inmediato tanto del texto como de los principios y valores preceptuados como fundamentales.

La interpretación administrativa es la que realizan las autoridades pertenecientes al poder ejecutivo de acuerdo con el principio de legalidad, el cual implica no sólo la conformidad tanto de las disposiciones reglamentarias como de los actos y resoluciones administrativas con las disposiciones ordinarias formal o materialmente legislativas, sino también, así sea indirectamente, con el texto y el espíritu de las normas fundamentales.

“En efecto, las autoridades administrativas deben interpretar las leyes aplicables de manera que se ajusten a las disposiciones constitucionales, [puesto] que toda autoridad debe someterse a los lineamientos de la Constitución, no sólo cuando se aplica de manera directa sino también

cuando se invoca a las disposiciones ordinarias como fundamento de su actividad".¹

La interpretación de carácter judicial es la que asume mayor significado en la vida contemporánea, ya que como resulta evidente, un sector mayoritario de los ordenamientos constitucionales actuales reconocen en mayor o menor medida la facultad de todos o algunos de los tribunales para decidir sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y en general, respecto de los actos de autoridad.

Este tipo de interpretación constitucional tiene un contenido muy extenso de valoración jurídica, tomando en consideración que las disposiciones constitucionales poseen un alto grado de abstracción, por ello las decisiones judiciales integran el contenido de estas disposiciones que en su mayor parte formalizan principios y valores que el constituyente ha considerado esenciales para la comunidad política, creando así lo que Alonso García llama "doctrina constitucional".

La interpretación judicial es también considerada de carácter progresivo y no simplemente conservador de las normas fundamentales, ya que la realidad social es mucho más rápida en sus cambios que los que

¹ LINARES citado por FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, p. 105.

pueden introducirse en los textos legislativos, en particular los de carácter constitucional.

Igualmente sobresale la actividad que podríamos llamar “política” de los jueces, entendida en el sentido técnico de la participación en la toma de decisiones políticas fundamentales a través de la actividad interpretativa e integrativa de las normas supremas que despliega la autoridad judicial, en varias de las cuales señala su contenido de manera definitiva.

Con respecto a la interpretación constitucional de carácter doctrinal, si bien ésta no tiene efectos vinculantes, sí influye con intensidad en la aplicación de normas fundamentales por parte de las autoridades legislativas, administrativas y judiciales, mediante respetables opiniones sobre el alcance y contenido que se debe otorgar a los preceptos constitucionales y a través de la crítica constructiva a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

Finalmente, *“una verdadera interpretación del Derecho no puede ser ajena a los principios generales del Derecho, lo cual es especialmente notorio con respecto a las normas constitucionales, las que por contener gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados, hacen que la presencia de*

los principios generales sea indispensable".¹ Es por ello que en el campo específico de la interpretación en materia de derechos fundamentales dos son los principios hermenéuticos primordiales aplicables.

El principio **pro homine** parte de *"la concepción humanista, que es aquella que reconoce la dignidad de la persona y la considera titular de unos Derechos que protegen su ámbito de libertad"*.² Conforme a este principio *"el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano", [dejando] fuera del alcance de la acción del Estado... una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y los consiguientes derechos y libertades fundamentales*".³

El principio **pro libertatis** establece que en materia de derechos fundamentales debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca la libertad de la persona y restrictivamente todo lo que la limite, *"por ello, en caso de duda, siempre se deberá favorecer la cláusula de libertad, pues los*

¹ PIZA ESCALANTE (Rodolfo). Los valores en la interpretación constitucional, La Jurisdicción Constitucional y su Influencia en el Estado de Derecho, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1ª ed., 1996, pp. 111 y 112 citado por VARGHAS MONTERO, op. cit., p. 47.

² PECES-BARBA citado por VARGHAS MONTERO, op. cit., p. 48.

³ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, op. cit., p. 354

*derechos fundamentales han sido justamente consagrados para proteger la libertad, no para limitarla”.*¹

Ambos preceptos han sido objeto de tratamiento a nivel de nuestra jurisprudencia constitucional, así, en la resolución 3173-93 la Sala Constitucional expresó:

*"El orden público, la moral y los derechos de terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; que a su vez debe verse con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano”.*²

Los dos principios, además de ser rectores en materia de interpretación de los derechos fundamentales, se constituyen en instrumentos efectivos para su tutela, puesto que si se da una interpretación alejada de ellos, se estaría vulnerando su contenido esencial, lo cual es motivo suficiente para acudir a la vía jurisdiccional en procura de su protección efectiva.

¹ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, op cit., p. 354.

² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3173-93.

2.6 El derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación

Uno de los derechos fundamentales de mayor trascendencia dentro del ordenamiento jurídico debido a su vocación de dar un trato digno a todos los seres humanos lo constituye el derecho a la igualdad.

Como complemento, el derecho a la no discriminación viene a ser un límite concreto que prohíbe cualquier acto tendiente a segregar, estigmatizar o diferenciar ilegítimamente a un ser humano con respecto de los demás, propiciando así la materialización de la igualdad real.

2.6.1. Derecho a la igualdad jurídica

Nuestro ordenamiento jurídico es prolífico en cuanto a normas que consagran y tutelan el derecho a la igualdad y a la no discriminación tanto a nivel constitucional, como por medio de tratados y convenios internacionales, e inclusive a través de normas de índole legal.

La **Constitución Política** en su artículo 33 dispone en lo conducente:

Artículo 33.- *“Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”*.¹

¹ Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Imprenta Nacional, 1993, art. 33.

Marco de referencia

Se hace referencia aquí a la prohibición de toda conducta “*contraria a los valores fundamentales de la Carta en cuanto a igualdad jurídica y su complemento de no discriminación, tutelados con igual trascendencia por las normas internacionales, cuyo efecto erga omnes es de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional por su misma naturaleza y por imperativo del artículo 48 de la Constitución*”.¹

Es imprescindible apuntar la acertada interpretación doctrinal y jurisprudencial que se ha efectuado en orden a los términos **hombre** y **ley** registrados en el numeral 33 precitado. El enunciado producto de la reforma del año 1 968 será objeto de estudio luego.

Se podría pensar que al utilizarse el vocablo “hombre” se hace una tajante exclusión de las demás personas que son destinatarias del derecho a la igualdad.

En esta tesitura ya se ha pronunciado la Sala Constitucional al interpretar el artículo 14 inc. 5” de la Carta Fundamental. En esa ocasión dicha autoridad se pronunció en los siguientes términos:

“II.- En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de las facultades que le otorga la

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3435-92.

Constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos "hombre" ó "mujer", deberán entenderse como sinónimos del vocablo "persona", y con ello eliminar toda posible discriminación "legal" por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados".¹

Con relación a los casos en que varios individuos decidan asociarse, esa persona moral recién nacida a la vida jurídica no escapa al amparo constitucional del derecho a la igualdad, por consiguiente:

"...no es razonable atenerse a la letra del precepto para fijar sus alcances, pues ningún motivo habría para circunscribir esa tutela a la persona humana y dejar desprotegidas a las personas morales que, al igual que la persona física, pueden adquirir derechos y contraer obligaciones al amparo del ordenamiento jurídico... La propia Constitución establece, en el artículo 25, el derecho de asociarse para fines lícitos; y muy grave menoscabo sufriría ese derecho si una sociedad o asociación... quedara desprotegida de aquella garantía que consagra el artículo 33".²

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto nº 3435-92.

² Constitución Política de la República de Costa Rica: anotada y concordada, San José, Editorial Juricentro, 1 985, pp. 160 y 161 citada por ELIZONDO VARGAS, op. cit., p. 18.

Tocante a la expresión “ley”, lo óptimo es interpretarla extensivamente, de forma que contenga todos los actos de índole legislativa, ejecutiva o judicial que emanen del Estado. Ningún propósito tendría sustraer esta actividad pública del precepto constitucional, máxime cuando —como ya se acotó— el derecho a la igualdad contiene una tutela específica frente a actuaciones arbitrarias y discriminatorias provenientes del poder estatal.

A nivel de instrumentos jurídicos internacionales, la idea de igualdad entre los seres humanos ya se encontraba plasmada en la Declaración de Derechos formulada por los representantes del pueblo de Virginia el 12 de junio de 1776 —la más antigua de las declaraciones americanas de derechos— y en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América del 4 de julio de 1776.¹

Ulteriormente, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se sienta un férreo precedente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Además se legitiman los principios de libertad, igualdad y fraternidad que fueron bastión ideológico durante la Revolución Francesa.

¹ ELIZONDO VARGAS, *op. cit.* p. 12.

En su artículo 1º establece:

Artículo 1.- *”Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos, las distinciones sociales sólo pueden estar fundamentadas en la utilidad común”.¹*

Más recientemente, la **Declaración Universal de Derechos Humanos** (DUDH) (París, 1948) establece en sus numerales 1º, 2. 1 y 7 lo siguiente:

Artículo 1.- *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”*,

Artículo 2. inc. 1.- *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.*

Artículo 7.- *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección*

¹ CALDERÓN KIKUT (Luis Fernando) y CALVO G. (Hilda Marlene). La igualdad ante la ley (Artículo 33 - Constitución Política), Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas, San José, V. I, nº 2, diciembre, 1984, p. 27.

contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".¹

En estas normas se tutela el derecho a la igualdad decretando que todos los seres humanos gozan de los derechos y libertades contenidos en la declaración. En la tercera cita se notan dos directrices principales: la igualdad jurídica y el derecho de protección contra todo acto discriminatorio.

En la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** (Bogotá, 1948) se *"proclamó, para el continente americano, los derechos y deberes que los Estados Americanos consideraban como fundamentales de la persona".²*

Referente al derecho de igualdad ante la ley, este se consagra en el artículo 2:

Artículo 2.- *"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".³*

¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1, 2 inc. 1 y 7.

² GARCÍA BAUER (Carlos) citado por JIMÉNEZ VARGAS, op. cit., p. 48.

³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre., art. 2.

Con la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (CASDH) o "Pacto de San José" (1979) se concretiza de forma eficiente una jurisdicción especializada en la tutela continental de los derechos humanos mediante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este pacto dispone:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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

2. *Para efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.*¹

Artículo 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”.*²

¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1°.

² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 24.

Es manifiesta la similitud con respecto a la enumeración de motivos por los que no se debe discriminar entre esta norma y el artículo 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el cual se inspiró. Se aclara en el pacto que persona se concibe como todo ser humano.

Los derechos de igualdad jurídica y de no discriminación están comprendidos en el artículo 24.

En el mismo sentido el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (1 966) señala:

Artículo 3.- *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.*

Artículo 26.- *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*

Igualmente, el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (1966) estipula:

Artículo 2 inc. 2.- *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*

Artículo 3.- *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.”*

El objeto de la creación de estos dos pactos era dar mayor efectividad, precisión y fuerza vinculante al texto de la DUDH. Por ello se elaboró el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que corresponde a la primera mitad de la DUDH hasta el artículo 21 inclusive; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que corresponde con el contenido de las normas restantes.¹

¹ GARCÍA GÓMEZ (M.). Derechos Humanos y Constitución Española, Madrid, Editorial Alhambra S. A., 2ª de., 1985, p. 71.

Marco de referencia

Al ser ambos convenios derivación de la DUDH, guardan muchas similitudes con su predecesora. Dentro de tales semejanzas se incluye la alusión al derecho a la igualdad y como complemento, el derecho a la no discriminación, según se observó en las normas aludidas.

A nivel legislativo son diversas las iniciativas que han cristalizado en normas legales que pretenden —al menos en teoría— garantizar el derecho a la igualdad, prevenir las prácticas discriminatorias y subsanar la situación desventajosa en que se han mantenido sumidos algunos sectores de la sociedad.

A manera de ejemplo se menciona la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad y Ley General sobre el VIH – SIDA.

Esta última reviste una importancia particular en relación con la población homosexual, dado que en ningún instrumento internacional de derechos humanos se tutela expresamente el derecho a no ser discriminado por la opción sexual que se ostente.

Es precisamente la Ley General sobre el VIH – SIDA la que contiene una disposición en ese sentido:

“Artículo 48.- Discriminación

Quien aplique, disponga o practique medidas discriminatorias por raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa, o sexual, posición social, situación económica, estado civil, o por algún padecimiento de salud o enfermedad, será sancionado con pena de veinte a sesenta días multa.” (El resaltado no es del original)

Nótese que no sólo se garantiza el derecho, también se establece una sanción pecuniaria a quien infrinja la norma. De manera que esta ley se constituye en una valiosa herramienta para garantizar la igualdad de trato a las personas homosexuales.

2.6.2. Derecho a la no discriminación

Como complemento del derecho a la igualdad, el derecho a la no discriminación viene a ser un límite concreto que prohíbe cualquier acto tendiente a segregar, estigmatizar o diferenciar ilegítimamente a un ser humano con respecto de los demás, propiciando así la materialización de la igualdad real.

En el diario ajetreo, los seres humanos continuamente debemos hacer elecciones que implican excluir a ciertos sujetos o cosas. *“Todas las personas hacen constantemente sus opciones, eligiendo amigos, vecinos, asociados comerciales. Hay personas que nos agradan; otras no. A algunos*

invitamos a nuestras casas; a otros, no. No siempre tenemos razón. A veces nuestras elecciones están motivadas por el prejuicio, la ignorancia o la falta de información. Mientras todas esas distinciones, diferenciaciones o preferencias... no vayan más allá de lo que la ley aplicable define como la esfera privada, o no afecten un derecho legalmente protegido, la ley no se interesará en ellos, por más que sean arbitrarios o estén basados en fundamentos despreciables, sin justificación objetiva. Tales actos, u omisiones, sólo se tornan ilegales cuando desbordan el campo privado y violan la igualdad de derechos y libertades que toda persona está llamada a gozar".¹ Es así como no todo tratamiento distinto es discriminatorio ni le interesa al ordenamiento jurídico.

En esta orientación Hernández Valle afirma que *"discriminación, desde el punto de vista jurídico —que es el que aquí interesa—, significa otorgamiento de trato diferente basado en desigualdades injustas o arbitrarias, que son contrarias a la igualdad entre los hombres"*.²

De forma más descriptiva, Lerner enumera como discriminación a *"toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, religión o creencia, descendencia (o linaje, según algunos),*

¹ LERNER (Natán). *Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación*, México, D. F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2ª ed., 1991, p. 45.

² HERNÁNDEZ VALLE, *El Derecho de la Constitución, op. cit.*, pp. 645 y 646.

*origen étnico, idioma o sexo, que tiene por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida”.*¹

Obviamente, los motivos en los que se basa la discriminación son en realidad más amplios que los aquí detallados.

Ambas concepciones comparten la idea de trato distinto que conlleva quebranto a los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico e iguales para todos, por lo cual resulta ilegítimo.

“La norma de no discriminación es básicamente la reformulación negativa del principio de igualdad”², por cuanto este último promueve el mismo trato para quienes se encuentren en la misma situación jurídica; y el primero veda que ante las mismas circunstancias se dé un trato distinto.

Por supuesto que tal limitación al tratamiento diferenciado se extiende a la acción de los poderes públicos, en este caso “la Autoridad Pública realiza un acto discriminatorio cuando deniega o restringe un derecho a un individuo o grupo; también cuando concede privilegios a determinadas personas, creando una situación de desventaja para aquellos que no gozan

¹ LERNER, *op. cit.*, p. 43.

² *Ibid.*, p. 42.

de ese tratamiento preferencial; así como cuando impone obligaciones o cargas injustas a ciertos grupos de individuos”.¹

Interesa aludir ahora a un aspecto esencial en la comprensión del derecho a la no discriminación; la disimilitud que existe entre los conceptos **diferenciación** y **discriminación**. “La **discriminación** es injustificada y no razonable, además de estar constitucionalmente vedada; la **diferenciación**, en cambio, es posible, siempre y cuando se funde sobre una base objetiva y razonable”.² (El resaltado no es del original) “La discriminación entraña la denegación de derechos humanos iguales a todos, en la que a algunos se les niegan sus derechos por razón de sus cualidades o atributos individuales que son irrelevantes para esas personas como seres humanos”.³

En el caso de las personas homosexuales, el criterio más importante para determinar el límite entre la **diferenciación** (justificada) y la **discriminación** (ilegal) es la pertinencia de la orientación sexual para la cuestión que se considera, es decir, para determinar si la restricción a sus derechos fundamentales es jurídicamente admisible. (El resaltado no es del original)

¹ JIMÉNEZ VARGAS, *op. cit.*, p. 66.

² HERNÁNDEZ VALLE, *El Derecho de la Constitución*, *op. cit.*, p. 642.

³ TOMASEVSKI, *Aportes de la ética y el derecho al estudio del SIDA*, *op. cit.*, p. 220

Algunos sectores de la doctrina conciben la posibilidad de que se den discriminaciones razonables. Al respecto indican Muñoz Quesada y Rojas que *“la igualdad prohíbe las discriminaciones arbitrarias que establezcan desigualdad entre las personas. Ello se justifica porque el fundamento del principio es la justicia. No obstante, el principio autoriza el establecimiento de discriminaciones que obedezcan a razones fundadas en criterios lógicos y justos”*.¹

En este sentido estimo que si tales “discriminaciones” se fundan en razones lógicas y justas, entonces no se trata de discriminaciones sino de diferenciaciones. El calificar a tales tratos diferenciados como discriminatorios —aunque se les denomine razonables— constituye una discordancia con el contenido de la igualdad, ya que ésta implica tratar de manera distinta a los que están en circunstancias diferentes, de ahí que tales diferenciaciones establecidas en razón de criterios lógicos y válidos forman parte del contenido de la igualdad, por tanto no hay razón de designarlos como discriminatorios. La discriminación jurídicamente considerada conlleva un sentido peyorativo del término, de ahí que, al menos en la acepción que en este trabajo se le da a tal precepto, no es posible la existencia de discriminaciones razonables.

¹ MUÑOZ QUESADA (Hugo Alfonso) y ROJAS (Magda Inés). El Principio de Igualdad, Revista de la Procuraduría General de la República, n° 15, 16, 1 984, pp. 435 y 436 citados por CARVAJAL CASTRO, op. cit., p. 60.

Desde esta óptica normas como las que disponen que los extranjeros no gozan de derechos políticos, las que establecen el régimen del funcionario público, las que limitan el derecho al sufragio o la posibilidad de obtener licencia para conducir automotores a personas menores de cierta edad, entre otras, establecen diferenciaciones —por consiguiente legítimas— y no ofrecen mayor conflicto.

Sobre el particular la Sala Constitucional ha afirmado —aunque no ha sido consistente en esta posición— :

*“El principio de igualdad, contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que pueda existir; o lo que es lo mismo, **no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación**. La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable”.¹ (El resaltado no es del original)*

Se recalca aquí que sólo se contraviene el derecho a la igualdad cuando la desigualdad es injustificada, de ahí que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. sino únicamente la que no es

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 1770-94.

válidamente fundada. En sentido contrario, cuando la desigualdad es objetiva y razonable se está realizando el contenido de la igualdad, por ello no se está ante una discriminación razonable sino ante una diferenciación.

Por ser el derecho a la no discriminación consecuencia ineludible del derecho a la igualdad, ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico desde que el segundo fue consagrado en el texto constitucional. Sin embargo, debido a un incidente de discriminación racial que aconteció en suelo patrio con motivo de la visita de una delegación de deportistas extranjeros, surgió en el legislador la preocupación de que este tipo de actos injustificados incrementaran.¹

Dicha inquietud culminó con la reforma al artículo 33 de la Carta Fundamental efectuada en el año de 1968, la cual incluyó el siguiente enunciado:

*“y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”.*²

Con esta inserción explícita del derecho a la no discriminación en nuestra Carta Política, se le otorga el máximo reconocimiento como corolario y suplemento imprescindible del derecho a la igualdad, además, se concreta

¹ CALDERÓN K. y CALVO G., *op. cit.*, p. 32.

² Ley n° 4123 de 31 de mayo de 1968.

la prohibición de prácticas injustas, irrazonables y arbitrarias contrarias a la dignidad humana.¹

Referente a esta reforma constitucional Arguedas afirma que “no perseguía restringir el ámbito de aplicación de este texto, “pues la referencia a la dignidad humana se hace como una simple aplicación, acaso la más importante, del principio general de la igualdad...” Por consiguiente, “la protección contenida en el citado artículo 33 debe ser vista respecto **a toda discriminación y no solamente de las que atentan contra la dignidad humana**”.²(el resaltado no es del original)

Considero que el fragmento incorporado al numeral 33 citado, ciertamente no limita el contenido de la proscripción de discriminación; ello en virtud de la magnitud que posee el concepto de dignidad humana, el cual no admite motivo alguno en que se podría fundar una práctica discriminatoria. Es tal la trascendencia del principio dignidad que “se proyecta de manera especial, porque no se limita a la vida legalmente reconocida, sino que se extiende desde la etapa previa —como en el caso de las normas de bioética que regulan la fecundación extrauterina— hasta

¹ Véase supra sobre distintas concepciones del término *dignidad*.

² ARGUEDAS citado por CORDERO FERNÁNDEZ (Róger Eduardo). El contenido del artículo 16 del Código Penal a la luz de los principios de justicia pronta y e igualdad ante la ley, San José, Tesis de grado para optar por título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1 990, p. 37.

incluso la posterior —como, por ejemplo, el tratamiento de los restos humanos—”¹

Por eso estimo contradictorio concebir la existencia de un acto de discriminación que no atente contra la dignidad humana, cuando es precisamente en razón de ella que se ha elaborado la doctrina sobre los derechos humanos teniendo al principio de igualdad como uno de sus baluartes.

En el caso de las personas homosexuales, hay una multiplicidad de factores que se confabulan para atentar contra el respeto de los derechos que los asisten. En primer término los prejuicios sobre la sexualidad, que impiden reconocer y aceptar la diversidad sexual como algo natural en la raza humana. En segundo lugar la falta de información sobre qué es la homosexualidad, aclarando que no se trata de una enfermedad o una perversión sino que es simplemente una orientación sexual como otras que existen.

Otro elemento que complica la ya de por sí difícil situación que estas personas deben enfrentar, es la asociación mental automática que aún

¹ PUCCINELLI, *op. cit.*, p. 225.

muchas personas hacen entre homosexual e infectado por el VIH, otro grupo que es menospreciado socialmente.

En síntesis, las causas que originan el rechazo hacia las personas homosexuales no son ni objetivas, ni razonables, ni justificadas, es decir, son prácticas discriminatorias que sin lugar a dudas han trascendido la esfera privada para invadir el ámbito de los derechos humanos. Los motivos de discriminación en este tema se refieren *“al prejuicio, el desagrado, la animosidad, o el odio de una persona contra otra por el hecho de que esta última pertenece [a un determinado grupo]”*¹ Es la pertenencia al grupo lo que causa la discriminación, es decir, las distinciones son hechas *“en (sic) base a categorías... sociales que no tienen relación alguna con las capacidades o lo méritos personales o con el comportamiento concreto de una persona individual”*.²

Con relación a esta clase de actitudes lesivas la Sala Constitucional a manifestado que *“está en juego no solo la garantía constitucional sino también la internacional de los derechos humanos, a la igualdad y no discriminación en razón de la condición social de las personas, contenidos en los artículos 33 y 48 de la Constitución Política, 1.1 y 24 de la Convención*

¹ LERNER, *op. cit.*, p. 46.

² Documento ONU citado por LERNER, *op. cit.*, p. 46.

Marco de referencia

Americana sobre Derechos Humanos, 2.2, 3 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [Más adelante afirma] que se podrá distinguir entre las personas sólo por motivos objetivos, debidamente justificados, de modo que no resulta legítimo hacerlo por la condición social de las personas, o por la naturaleza de su estilo de vida...”¹

Este eminente tribunal está reafirmando que las conductas antes descritas son violatorias del derecho a la no discriminación en razón de la orientación sexual de las personas homosexuales. A la vez, esta resolución es trascendente a efectos de ir eliminando prejuicios y miedos irracionales, ya que se hace alusión a la importancia de determinar en forma precisa los límites de las diferenciaciones a efectos de que éstas no resulten ilegítimas, de ellos menciona la exigencia de cimentarlas en motivos objetivos, debidamente justificados.

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3 001-97.

3. MÉTODO

3.1 Planteamiento del problema

3.1.1. Objetivo de la investigación

Con la presente investigación pretendo determinar si en las leyes vigentes del ordenamiento jurídico costarricense existen disposiciones discriminatorias contra las personas homosexuales.

3.1.2. Pregunta de la investigación

¿Existen disposiciones discriminatorias contra las personas homosexuales en las leyes vigentes del ordenamiento jurídico costarricense?

3.1.3. Justificación de la investigación

En virtud de la tradición garantista y respetuosa de los derechos humanos que ha caracterizado a nuestro sistema jurídico y de la jerarquía superior a la Constitución Política que le ha otorgado la Sala Constitucional a

Método

estos derechos en la medida en que otorgan mayores derechos o garantías a las personas, constituiría una seria infracción a los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica que el ordenamiento jurídico comprendiera en su legislación disposiciones discriminatorias contra las personas homosexuales.

De ahí la necesidad de identificar si existen normas que conculquen el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas homosexuales a fin de proponer las reformas pertinentes ante las instancias correspondientes para armonizar el ordenamiento jurídico interno con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, proporcionando con ello la posibilidad de que estas personas acudan a los estratos judiciales para que se les restituya en el goce de sus derechos.

3.2 Instrumentos de medición

Para adentrarnos en el análisis de aspectos puntuales en cuanto a la observancia del derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas homosexuales en la legislación vigente, es necesario contar con una base previa en materia de límites a la diferenciación, de manera que mediante la aplicación de los instrumentos de medición seleccionados sea

Método

posible determinar acertadamente cuándo estamos ante una simple diferenciación y cuándo ante una norma discriminatoria.

Utilizo el término límites pues me parece el más apropiado al caso tomando en cuenta que éstos se refieren “*al derecho en sí, lo mismo que la posición de la esfera de acción de un sujeto... sirven para definir el contenido mismo del derecho, permaneciendo, por lo tanto, intrínsecos a su propia definición... constituyen, por consiguiente, las fronteras del derecho, más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de éste, sino de otra realidad distinta*”.¹

En este sentido, cuando se establecen distinciones que van más allá de los límites de la diferenciación, no estamos ante el ejercicio legítimo de las potestades que le permiten al Estado prever diferentes tratamientos ante diferentes situaciones, sino que estamos ante una realidad distinta: ante un acto de discriminación.

En general, en materia de derechos humanos sólo se permiten restricciones en los siguientes casos:

“a) Cuando están dispuestas por la ley.

b) Cuando son necesarias en una sociedad democrática.

¹ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). Prerrogativa y garantía, San José, EUNED, 2ª reimp. de la 1ª ed, 1997, p.42.

Método

c) *Cuando existe una necesidad social apremiante.*

d) *Que las restricciones adoptadas sean **proporcionales** a las necesidades y se tengan en cuenta los efectos adversos sobre las personas cuyos derechos se restringen y sobre el público que tiene sus propios intereses en el libre ejercicio de tales derechos.*

e) *Que la finalidad de la restricción sea un **objetivo legítimo** de la sociedad.”¹ (El resaltado no es del original)*

Si bien la enumeración anterior es bastante amplia, señala algunos aspectos básicos a incluir en la determinación de los límites aludidos, tales como la necesidad de proporcionalidad entre la restricción y el fin que persigue y que tal propósito sea legítimo.

En igual dirección, el Comité de Derechos Humanos, que controla la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se ha ocupado de establecer “los límites del principio de no discriminación, toda vez que no toda diferenciación de trato equivale a discriminación “*si los criterios para tal diferenciación son **razonables** y **objetivos** y lo que se persigue es lograr un **propósito legítimo** en virtud del Pacto... pues cualquier intento de distinción contra ellas [las personas infectadas por el*

¹ KIRBY (Michael). El SIDA y los derechos humanos, Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Suiza, n° 42, junio, 1 989, p. 54.

VIH] deberá ir acompañado de los tres requisitos señalados para evitar caer en una discriminación ilegal".¹ (El resaltado no es del original)

A estos efectos la Sala Constitucional ha expresado en varias de sus sentencias los límites a considerar para evitar discriminaciones. Sirvan como ejemplo los siguientes:

*"Resulta así que toda acción que tome el Estado para limitar, condicionar, limitar, adicionar o complementar un régimen de retiro, debe tener un contenido mínimo de **razonabilidad** y desde luego, ser consecuente y **proporcional** en sus efectos, puesto que se trata de conformar un derecho sagrado de los trabajadores, esencial por los fines que persigue y ejercicio de la más pura justicia distributiva por los beneficios que otorga".² (El resaltado no es del original)*

*"La cuestión a determinar es si efectivamente el Hospital Rafael Angel Calderón Guardia diferencia en contra de los enfermos portadores del VIH, o que padecen el SIDA, y si ello, en consecuencia, tiene una justificación **razonable** y **objetiva** que permita ese trato diferenciado con otros convalecientes atendidos en dicho nosocomio".³ (El resaltado no es del original)*

¹ VILLÁN DURÁN (Carlos). Los derechos humanos y el SIDA. Protección de las personas afectadas, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, V. XIX, enero - junio, 1 994, p.149.

² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3 769-96.

³ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3 001-97.

Si se observa con atención se detecta que en las referencias anteriores se reiteran como límites que se deben observar a la hora de entablar una diferenciación la razonabilidad, la proporcionalidad, la objetividad y la legitimidad del propósito, no obstante, si los dos primeros criterios se aplican debidamente, se alcanzan a la vez los otros dos.

Siguiendo al tratadista Hernández Valle y para efectos de nuestro estudio, tendremos como límites a las actuaciones diferenciadoras de los poderes públicos los siguientes: **1) la desigualdad de los supuestos de hecho, 2) la razonabilidad y racionalidad del fin, y 3) la proporcionalidad.**¹

Como fue objeto de comentario en su momento, dar un tratamiento igual a quienes se encuentran en las mismas circunstancias, y uno diferente a quienes están en situaciones distintas; es aplicar apropiadamente el derecho a la igualdad; he aquí el sentido del primero de los límites.

Para determinar si el trato distinto que da la norma es justificado, se debe verificar primero si efectivamente existe una desigualdad de los supuestos de hecho que sea significativa a efectos de reflejarla en la normativa de que se trate. Luego es preciso analizar si existe un precepto

¹ HERNÁNDEZ VALLE, El Derecho de la Constitución, op. cit., pp. 643 - 645

jurídico que establezca el deber de trato igual en tal circunstancia, es decir, si hay motivos suficientes para pretender la igualdad, este es el llamado **test de la relevancia**.

Ciertamente, “para que exista una desigualdad amparable, no basta con demostrar que el ordenamiento jurídico prevé consecuencias jurídicas diferentes, sino que hace falta demostrar que tales situaciones tienen cierta identidad”.¹

Tal fue el caso en que la Sala Constitucional se pronunció indicando que *“cuando se alegue una infracción de igualdad ante la ley el interesado debe de aportar un parámetro de comparación que permita a la Sala establecer que entre dos o más personas existe una situación idéntica y que en el caso concreto se produce un trato discriminatorio desprovisto de toda justificación objetiva y razonable”.²*

El segundo límite se refiere a la finalidad de la diferenciación, la cual debe ser concreta, razonable y racional, de lo contrario, el trato diferenciado no tendría asidero legítimo.

¹ ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 507.

² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3197-94.

Método

Como ha sido reiterado antes, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, sino sólo la que está desprovista de una justificación razonable y objetiva, de ahí que *“el juicio de razonabilidad se convierte así en el elemento determinante para poder apreciar la violación del principio de igualdad”*.¹

Este **test de la razonabilidad** tiene dos formas posibles de manifestación: el **test de la racionalidad** y el **test de la razonabilidad en sentido estricto**.

En el primero, la racionalidad se concibe como *“la adecuación del medio a los fines perseguidos, o sea, que debe existir una conexión efectiva entre el trato desigual que se establece, el supuesto de hecho que lo justifica, y la finalidad que persigue... Es una característica estructural interna, de coherencia entre los distintos elementos”*.²

Por otro lado se afirma que *“es irracional algo que pretende ser un medio para alcanzar un fin y, en realidad, no tiene nada que ver con la*

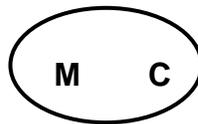
¹ ÁLVAREZ CONDE (Enrique) Curso de Derecho Constitucional, Madrid, Editorial Tecnos S.A., V. I, 1 992, p. 266.

² HERNÁNDEZ VALLE, El Derecho de la Constitución, *op. cit.*, p 644.

consecución de dicho fin. [...] Es irracional la desigualdad que nada tiene que ver con el fin que la norma pretende conseguir.”¹

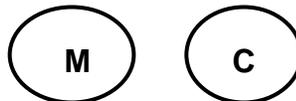
Como señalaron Tussman y Ten Broek² una ley puede dar lugar a cinco posibles esquemas lógicos en que la racionalidad de la igualdad puede verse implicada:

1) Se trata de la **ley perfecta**. El mal que trata de evitar coincide totalmente con el grupo que la causa. La discriminación es perfectamente racional.



M= Mal que intenta evitar la norma C= Grupo o persona que causa el mal

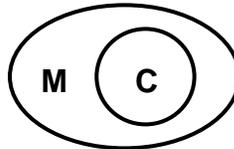
2) El grupo al que trata desigualmente no tiene nada que ver con el mal que la legislación trata de corregir: la **ley es perfectamente irracional** y, por tanto, discriminatoria.



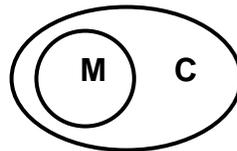
¹ ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 207.

² TUSSMAN y TEN BROEK, *The equal protection of the laws*, 37 CalifLRev 341 (1 949) citados por ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 208.

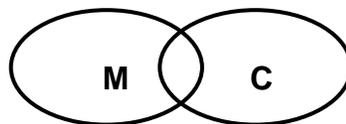
3) La ley no trata desigualmente a todos los causantes del mal, sino que distingue a un solo grupo y por ello le penaliza desigualmente, ya que tenía que incluir en la clasificación a otros grupos de personas. Es lo que se denomina una “**clasificación demasiado reducida**”.



4) Es el supuesto contrario. La ley trata desigualmente a demasiada gente. Lo lógico sería que la ley abarcara sólo el grupo que causa el mal, y no a tanta gente que nada tiene que ver con ello. Es lo que se denomina “**clasificación demasiado amplia**”.



5) Finalmente, se trata del caso de una ley que establece a la vez una clasificación demasiado reducida y demasiado amplia, es decir que no incluye a todos los que debería y que además incluye a otros que nada tienen que ver con el mal, en síntesis “**no son todos los que están ni están todos los que son**”.



Método

La razonabilidad de la finalidad por su parte, alude a la no afectación de los demás derechos consagrados en nuestra Carta Política. “*Así una norma jurídica resulta razonable siempre y cuando al supuesto de hecho se le otorgue una consecuencia jurídica que guarde relación con la Justicia y más objetivamente con los valores sociales imperantes del momento*”¹, es decir, la razonabilidad está determinada por lo que es considerado constitucionalmente admisible.

Dentro de esta óptica el **test de la razonabilidad en sentido estricto**, “*consiste en examinar directamente las normas promulgadas por el poder público introductor de la desigualdad para ver si los motivos o razones que se alegan para justificar esa desigualdad están o no de acuerdo con los valores constitucionales*”. [...] *Es decir, se comprueba directamente si las razones tiene un peso específico (un valor) capaz de contradecir a los valores constitucionales*”.² En realidad, más que contradecir, es más bien restringir determinados valores constitucionales.

Por último, pero no por ello menos importante, señalamos el límite de **proporcionalidad**, el cual se convierte en la barrera que impide diferenciaciones arbitrarias, guardando el equilibrio preciso entre el supuesto de hecho, la norma diferenciadora, y la finalidad buscada. Esta ponderación

¹ CORDERO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 11.

² ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 211

incluye “*que la respuesta que se propone es proporcional a los riesgos inherentes a una limitación de los derechos humanos fundamentales*”.¹

La proporcionalidad como verdadero principio constitucional vinculante para todo órgano de poder estatal se divide en tres subprincipios: a) necesidad, b) idoneidad, y c) proporcionalidad en sentido estricto.

En lo concerniente al subprincipio de **necesidad**, éste “*deriva del imperativo de ejercer la menor agresión posible sobre la esfera de los particulares*”² y se refiere a que “*toda medida que represente una injerencia en un derecho fundamental... debe ser la ultima ratio, de modo que si el fin se puede lograr a través de medios que representen una menor intervención en el derecho fundamental, deben seguirse estos medios*”.³

En este caso “*el mecanismo alternativo no puede ser considerado si afecta con mayor intensidad el derecho de terceros o los intereses de la colectividad, o si supone una carga financiera insostenible para el Estado*”.⁴

¹ KIRBY, *op. cit.*, p. 54.

² ESPINOZA RAUSSEO (Alexander). Derecho Constitucional en Alemania y Austria: Principios de la Constitución y Derechos Fundamentales, Caracas, 1 997, p. 71.

³ LLOBET RODRÍGUEZ (Javier). La prisión preventiva, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., 1ª ed., 1 997, p. 259.

⁴ ESPINOZA RAUSSEO, *op. cit.*, p. 71.

El subprincipio de **idoneidad** por su parte, se refiere a que la medida elegida para alcanzar la meta prevista sea la más idónea en el sentido de que *“en los casos en que la decisión afecta la esfera de derechos subjetivos del individuo, resultaría contrario al orden constitucional la adopción de un medio que —en líneas generales— no es eficaz para la protección de los intereses que sirven de fundamento material a la actuación”*.¹

En cuanto al subprincipio de **proporcionalidad en sentido estricto**, también llamado principio de **prohibición del exceso**, exige *“que en el caso concreto se lleve a cabo un balance de intereses para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa la medida guarda una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar”*.² *“Ello exige una ponderación general entre la afectación de un derecho fundamental con respecto a las causas que lo justifican”*.³

En síntesis, tanto el principio de la razonabilidad como el de la proporcionalidad —ambos en sentido amplio— son principios constitucionales extensamente reconocidos que informan y fundamentan todo el ordenamiento jurídico y que constituyen instrumentos óptimos para interpretarlo.

¹ ESPINOZA RAUSSEO, *op. cit.*, p. 70.

² LLOBET RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 259.

³ ESPINOZA RAUSSEO, *op. cit.*, p. 74.

Método

Sobre el particular la Sala Constitucional ha reconocido que ambos principios son cánones de constitucionalidad que informan el texto fundamental, así, en el voto 1195-91 afirmó:

*“La libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado, siempre y cuando -claro está- no traspase los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales”.*¹

En un voto posterior analizó el tema de forma más precisa al indicar que:

*"En verdad, los conceptos de moral, de orden público o de la necesaria protección de los derechos de terceros, como indeterminados, autorizan una cierta flexibilidad, pero que no implican en ningún caso arbitrariedad y que está sujeta, como lo está la misma discrecionalidad, al contralor jurisdiccional; contralor que, según lo han reconocido invariablemente la jurisprudencia y la doctrina, tiene que ejercerse según criterios de racionalidad y razonabilidad (artículos 15 y 16 de la Ley General de Administración Pública); flexibilidad, o discrecionalidad, pues, que en ningún caso pueden implicar arbitrariedad."*²

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 1195-91.

² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 3173-93.

Método

En cuanto a la íntima e indudable relación entre ambos principios y su función como garantes de los derechos fundamentales ese Tribunal Constitucional ha expresado lo siguiente:

*“En efecto, el principio de razonabilidad implica que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecue en todos sus elementos, como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución.- Quiere ello decir que debe existir una proporcionalidad entre la regla jurídica adoptada y el fin que persigue, referida a la imperiosa necesidad que la ley satisfaga el sentido común jurídico de la comunidad, expresado en los valores que consagra la misma Constitución”.*¹

Recapitulando, para que un precepto jurídico que establezca un trato distinto sea considerado una simple diferenciación y no un mandato discriminatorio, debe valorar la relevancia de la desigualdad de los supuestos de hecho, perseguir una finalidad constitucionalmente válida y que se acople adecuadamente a la base fáctica y a la norma, todo ello impregnado de un sentido de proporcionalidad que impida los excesos injustificados.

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 1420-91.

3.3 Procedimientos

3.3.1. Selección de la muestra

La unidad de análisis es: “leyes vigentes del ordenamiento jurídico costarricense que contienen disposiciones que dan un trato diferenciado a las personas homosexuales”.

Teniendo en cuenta lo anterior se procedió a realizar la búsqueda respectiva en el Sistema Nacional de Legislación Vigente de la Procuraduría General de la República¹, que es un sistema que contiene y clasifica la normativa nacional promulgada desde el año 1821 (convenios internacionales, leyes, reglamentos, decretos ejecutivos y demás normas de aplicación general) y que se actualiza diariamente.

Como resultado de la búsqueda efectuada se determinó la existencia de dos cuerpos normativos que cumplen con los criterios establecidos para integrar la unidad de análisis, de ahí que, en virtud de lo reducido de la población no se requiere la selección de una muestra, procediendo al análisis de la totalidad de los objetos.

¹ <http://www.pgr.go.cr/csj>

4. RESULTADOS

De conformidad con el planteamiento del problema y con el diseño de la investigación, la unidad de análisis está integrada por dos cuerpos normativos de rango legal vigentes en el ordenamiento jurídico costarricense que contienen disposiciones que dan un trato diferenciado a las personas homosexuales en relación con los demás habitantes de nuestro país. Uno de ellos es el Código Penal y el otro el Código de Familia.

Con el propósito de determinar la observancia del derecho a la no discriminación comentado, se examinarán las disposiciones de esos códigos que establecen el trato distinto a fin de determinar si acatan los límites de la diferenciación comentados oportunamente o si son discriminatorias.

4.1 Artículos 98 y 102 del Código Penal

Dentro de las disposiciones que integran el Código Penal (Ley N°4573 del 04 de mayo del 1970), el artículo 98 en concordancia con el 102 establece una medida de seguridad dirigida —entre otros— a las personas homosexuales.

Resultados

Las medidas de seguridad se imponen con el propósito de ejercer una acción rehabilitadora sobre las personas que han cometido un hecho punible, cuando del informe que vierta el Instituto de Criminología se deduzca la posibilidad que vuelvan a delinquir.¹

Se clasifican en *curativas* (El ingreso en un hospital psiquiátrico, o a un establecimiento de tratamiento especial y educativo), y; *de vigilancia* (La libertad vigilada, la prohibición de residir en determinado lugar o de frecuentar determinados sitios).²

Las curativas son de duración indeterminada, de manera que cada seis meses el Tribunal debe pronunciarse sobre el mantenimiento, la modificación o la cesación de la medida impuesta, sin perjuicio de hacerlo en cualquier momento, mediante informes del Instituto de Criminología. Las de vigilancia no podrán superar el plazo de 10 años.³

Estas medidas no se extinguen por amnistía ni por indulto ni les aplica la suspensión condicional. Su quebrantamiento implica la posibilidad de que

¹ Artículos 51 y 97 del Código Penal.

² Artículo 101 del Código Penal.

³ Artículo 100 del Código Penal y artículo 463 del Código Procesal Penal.

se reanude el tratamiento o las condiciones de ejecución a que estaba sometido el sujeto.¹

En el caso de los numerales 98 y 102 referidos, éstos disponen en lo que interesa lo siguiente:

“ARTÍCULO 98.- Obligatoriamente el Juez impondrá la correspondiente medida de seguridad:

[...]

*6) Cuando la prostitución, el **homosexualismo**, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo*

[...]”

“ARTÍCULO 102.- Las medidas de seguridad se aplicarán así:

[...]

*e) La prohibición de frecuentar determinados lugares es medida de prevención especial y se impondrá al condenado por delito cometido bajo la influencia del alcohol o de drogas enervantes, del **homosexualismo** o la prostitución.”* (El resaltado no es del original)

De la concordancia de ambas disposiciones se deriva la obligación del Juez de imponer una medida de seguridad de prevención especial consistente en la prohibición de frecuentar determinados lugares, al autor de

¹ Artículo 100 del Código Penal.

Resultados

un hecho punible cuya conducta delictiva ha sido determinada por el homosexualismo habitual.

Es notorio que al momento de promulgar el Código Penal (1970) la posición del legislador en cuanto a la homosexualidad concordaba con la hipótesis psicopatológica sobre su naturaleza, atribuyéndole la posibilidad de influenciar a un individuo al punto de determinarlo a delinquir.

Es por ello que considera necesario imponer la prohibición de frecuentar determinados lugares con el propósito de reprimir la impulsividad —propia de las desviaciones sexuales— que lo llevó a delinquir.

No obstante, se inclina por establecer una medida de seguridad de vigilancia en vez de una de índole curativa, motivado probablemente por el único propósito de prevenir la reincidencia en un delito específico y no de suprimir la homosexualidad como tal.

Presumo que la finalidad de esta medida era prevenir el delito de sodomía que estaba tipificado en el artículo 173 del Código Penal, el cual sancionaba con pena de cárcel al que tuviere acceso carnal con un menor de diecisiete años y mayor de doce años.

Resultados

Posteriormente, mediante la Ley contra la Explotación Sexual de Personas Menores de Edad No. 7899 del 03 de agosto de 1999 se reformaron varios artículos de dicho código, entre ellos el 173, de manera que ese delito como tal se eliminó.

Sin embargo, en caso de que el informe que vierta el Instituto de Criminología considere que la homosexualidad habitual determinó a un individuo a incurrir en delitos como el de “relaciones sexuales con personas menores de edad” tipificado en el artículo 159 del Código Penal y que existe posibilidad de reincidencia en la comisión de ese ilícito, es obligación del juez —en aplicación de los artículos 98 y 102 del Código Penal citados— imponer la medida de seguridad establecida.

Claro está que, de acuerdo con la posición predominante en la actualidad relativa a que la homosexualidad es una orientación sexual que no implica per se ninguna patología, resulta poco probable —desde mi perspectiva— que el Instituto de Criminología realice un juicio de valor en ese sentido.

En el caso subexámine, la imposición de la medida de seguridad de prohibición de frecuentar determinados lugares se establece en razón de la orientación homosexual de la persona que delinque, lo cual implica que se le

Resultados

está tratando de manera distinta frente a los demás individuos heterosexuales que cometen el mismo delito.

En virtud de que la homosexualidad es una orientación que no implica per se ningún comportamiento patológico que predisponga al individuo a delinquir, ese aspecto no constituye una diferencia relevante frente a las personas heterosexuales que justifique una restricción especial del derecho fundamental a la libertad de tránsito.

Por el contrario, es deber del Estado garantizar el disfrute de la libertad de tránsito —derivada del principio general de libertad personal— a todos los habitantes del país.

Sobre este particular, el artículo 22 de la Constitución Política señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 22.- Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país.”

De esta manera, la libertad de tránsito —entendida como la libertad de movimiento y la posibilidad de trasladarse y permanecer en cualquier punto del país— está reconocida a nivel constitucional para todos los habitantes de

Resultados

nuestro país, pudiendo restringirse únicamente cuando el individuo no se encuentra libre de responsabilidad o en los casos definidos en el artículo 28 de la Carta Política comentados supra.

En cuanto a la expresión “libre de responsabilidad”, esta se constituye en “*el presupuesto de limitación a esta libertad genérica, debiendo entenderse en sentido limitado y restringido que el individuo está en esa situación, cuando existe la necesidad imperiosa de asegurar su presencia en aquellos actos jurídicos cuyo cumplimiento depende de su asistencia personal.*”¹

De la aplicación del test de la relevancia se tiene entonces que no existe ninguna diferencia significativa que amerite un trato distinto para las personas homosexuales en materia de libertad de tránsito y por ende, en lo relativo a la imposición de medidas de seguridad.

En relación con el test de la razonabilidad, procede señalar que la finalidad que respalda el establecimiento de la medida de seguridad referida, a saber, ejercer una acción rehabilitadora sobre las personas homosexuales que han cometido un hecho punible a fin de evitar la reincidencia, no es

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 888-97.

¹ <http://www.pgr.go.cr/csj>

Resultados

viable toda vez que la homosexualidad no es una enfermedad por lo que no requiere rehabilitación, de manera que la restricción a la libertad de tránsito de estas personas fundada en su orientación sexual es improcedente y se opone a los valores constitucionales que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual la instauración de la medida de seguridad de referencia no es razonable.

En virtud de que la orientación sexual no es la causa que provoca el comportamiento delictivo, la restricción de frecuentar determinados lugares no tiene incidencia en la inhibición de la conducta ilícita del individuo, de manera no hay vínculo entre tal medida y el fin que pretende alcanzar, situación que no es acorde con el límite de racionalidad.

A partir de lo anterior, el establecimiento de la medida de seguridad de marras no resulta conforme al límite de proporcionalidad, específicamente en cuanto al subprincipio de idoneidad, dado que el impedimento de frecuentar lugares donde se exprese libremente la orientación homosexual no es idóneo a fin de prevenir la reincidencia de un sujeto en su comportamiento ilícito, de manera que la restricción a la libertad de tránsito deviene inútil e incoherente.

Así las cosas, luego de la aplicación de ambos tests se concluye que los artículos 98 y 102 del Código Penal son discriminatorios contra las personas homosexuales.

4.2 Artículo 14, inciso 6) del Código de Familia

Las regulaciones tendentes a rechazar el reconocimiento jurídico de las uniones estables entre personas del mismo sexo han sido cuestionadas y modificadas alrededor del mundo en años recientes, a partir de las reivindicaciones que han demandado los colectivos de gays y lesbianas para que el ordenamiento jurídico les reconozca su derecho a establecer una familia propia.

Al respecto, el artículo de marras señala:

“ ARTICULO 14.- Es legalmente imposible el matrimonio:

[...]

6) Entre personas de un mismo sexo.”

La familia ha sido una institución trascendental a través de la historia de la humanidad cuya concepción se ha ido modificando con el objetivo de adecuarse a las diversas agrupaciones que han surgido principalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Así, de la tradicional noción de familia nuclear constituida por la madre, el padre y los hijos hemos pasado a contemplar bajo este concepto

Resultados

diversos grupos cuya característica común principal es el establecimiento de una relación afectiva estable.

Como elemento natural y fundamento de la sociedad, según la denomina el artículo 51 de Constitución Política, la familia es protegida de manera especial por parte del Estado reconociendo con ello no sólo la importancia que tiene en cuanto a la preservación de la especie humana, sino y primordialmente, el papel esencial que desempeña en el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de los individuos.

En ese orden de ideas, nuestra Carta Fundamental señala en el artículo 52 lo siguiente:

“ARTÍCULO 52.- El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.”

Nótese que, si bien el texto constitucional señala al matrimonio como el cimiento preeminente de la familia, ello no implica la oposición a que otra clase de uniones —uniones de hecho, por ejemplo— tengan ese atributo.

En este orden de ideas, la Sala Constitucional, al interpretar esa disposición ha manifestado que *“...el hecho de que el legislador le haya dado protección constitucional al matrimonio, considerándolo la base esencial de la familia, no es excluyente de otros tipos de familia. El matrimonio es entonces,*

base esencial, pero no única de (sic) familia, a los ojos del legislador. Si además tomamos en consideración que el legislador quiso proteger a la "familia" -sin hacer distingos-, en el artículo 51, no podemos interpretar que "familia" sea sólo la constituida por vínculo legal, sino por el contrario, que el término es comprensivo de otros núcleos familiares, aún cuando el legislador haya manifestado su preferencia por los constituidos por matrimonio.”¹

Partiendo de lo preceptuado en la Carta Política y de la posición externada por el Tribunal Constitucional, se colige que el ordenamiento jurídico costarricense ampara y promueve a la familia y como consecuencia lógica de ello, garantiza el derecho de los individuos a contraer matrimonio y a constituirlo.

Este derecho está expresamente reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Costa Rica, entre ellos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en el ordinal 10 establece:

“Artículo 10.- 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

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n° 2129-94.

Resultados

contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. [...]” (El resaltado no es del original)

En igual sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclama:

*“Artículo VI. **Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.**”* (El resaltado no es del original)

Queda establecido de esta manera el derecho humano fundamental de todos los individuos a unirse en matrimonio y a constituir una familia, no obstante, la norma de comentario le da un trato distinto a las personas homosexuales al prohibirles expresamente acceder al matrimonio.

Tal como se determinó al inicio de la presente investigación, la homosexualidad es una orientación sexual que implica tanto la atracción sexual como la afectiva que siente una persona hacia otra de su mismo sexo.

En igual sentido se afirmó que ésta no implica per se ningún comportamiento patológico ni perjudica el buen juicio, la estabilidad, la confiabilidad, las capacidades intelectuales ni las habilidades sociales de quienes poseen esta orientación sexual.

Resultados

De lo anterior se deriva que la homosexualidad como tal no impide en modo alguno que las personas sean plenamente funcionales —al igual que las heterosexuales— en todos los ámbitos de la vida, incluyendo su aptitud para la conformación de una pareja y una familia, razón por la cual ese aspecto de su sexualidad no representa una diferencia relevante frente a las personas heterosexuales que justifique una denegación total de su derecho a contraer matrimonio y a crear una familia.

En refuerzo de lo expuesto, valga la referencia al artículo 11 del Código de Familia que estipula que el matrimonio tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio, propósitos que las personas homosexuales están en plena capacidad de cumplir.

A ese tenor, se debe recalcar que la reproducción no es una función indispensable de la unión matrimonial.

En todo caso, el hecho de que una persona sea homosexual, si bien implica que no le es biológicamente posible procrearse con su pareja, ello no significa que se encuentre del todo imposibilitada para procrear.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en la actualidad es factible la procreación sin que medie una relación sexual coital, de forma que —en el caso de las parejas entre mujeres— mediante técnicas de reproducción

asistida una mujer puede engendrar un/a hijo/a biológico y su pareja podría adoptarlo/a.

Igual situación podría presentarse en el caso de parejas homosexuales constituidas por hombres, con la diferencia –por razones obvias- de que óvulo fecundado debe inseminarse en el vientre de una tercera persona.

También se podría optar por establecer un vínculo por afinidad únicamente, mediante la institución jurídica de la adopción efectuada por parte de ambos miembros de la pareja.

En este sentido, al momento de dar a conocer el “por tanto” del voto n° 7262¹ (Ver anexo 5) que rechazó la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la norma objeto de análisis en este apartado [art.14 inc.6) Código de Familia], el magistrado de la Sala Constitucional Ernesto Jinesta manifestó lo siguiente:

“Yo declaro con lugar y admito el matrimonio entre personas del mismo sexo pero dejo a salvo las adopciones y la patria potestad compartida.”²

¹ El voto n° 7262-2006 está pendiente de ser redactado.

² La Nación, 24 de mayo del 2006. www.nacion.com

Resultados

Nótese que existe reticencia al reconocimiento del derecho de las personas homosexuales a formar una familia. Valga indicar en este punto que no se está desconociendo el hecho de que una pareja estable por sí sola constituye una familia, sin embargo, no se debe ignorar tampoco que el derecho a crear una familia implica la posibilidad de recurrir a la adopción como institución jurídica de interés social, de integración y de protección familiar que es.¹

Con el fin de dar luz sobre el tema, la Asociación Americana de Psicología señala que *“Los estudios realizados comparando niños de padres homosexuales con los de padres heterosexuales no han encontrado ninguna diferencia de desarrollo entre estos dos grupos de niños en los siguientes cuatro ámbitos críticos: inteligencia, adaptación psicológica, adaptación social y popularidad con sus amistades. También es importante señalar que la orientación sexual de los padres no determina la de sus hijos.*

*Otro mito sobre la homosexualidad es la creencia errónea de que los homosexuales tienen una mayor tendencia a abusar sexualmente de los niños que los heterosexuales. No existen pruebas de que los homosexuales tiendan a un mayor abuso sexual de los niños que los heterosexuales.”*²

¹ Código de Familia, artículo 100.

² AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. Respuestas a sus preguntas sobre orientación sexual y homosexualidad, op. cit.

Resultados

No existe motivo razonable entonces para dudar de la idoneidad de las parejas de personas del mismo sexo como padres y madres de familia, ni para presumir que el ambiente familiar que puedan proveer no será apto para el adecuado desarrollo de los niños y niñas.

Esta postura se afianza con lo señalado por la Asociación Americana de Psiquiatría referido a que numerosos estudios realizados durante las tres últimas décadas demuestran consistentemente, que los niños/as criados/as por padres gays o lesbianas exhiben el mismo nivel de funcionalidad emocional, cognitiva, social y sexual que los niños/as criados por padres heterosexuales. Estas investigaciones indican que el desarrollo óptimo de los menores no está basado en la orientación sexual de los padres, sino en el establecimiento de vínculos consistentes con adultos confiables y afianzados. (Ver anexo 6)

Así, de la aplicación del test de la relevancia se tiene por acreditado entonces que no existe una diferencia de importancia que merezca la instauración de un trato distinto para las personas homosexuales en cuanto al goce de su derecho a contraer matrimonio y a forjar una familia, al punto de negarlo del todo.

Ahora bien, en cuanto al test de la razonabilidad, es necesario para su aplicación determinar en primer término la finalidad de la norma. En el caso

Resultados

de marras, el objetivo de declarar legalmente imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo no se encuentra expresamente indicado ni en ese ni en ningún otro artículo, de manera que la norma es un fin en sí misma.

Al respecto, es conveniente señalar lo manifestado por el Presidente de la Sala Constitucional al dar a conocer el “por tanto” del voto n° 7262 referido:

*"La Sala entiende que el concepto de matrimonio que recoge la Constitución viene de un contexto cultural occidental donde se entiende como entre hombre y mujer."*¹

De manera que el fin de la norma aparece como la protección del concepto tradicional patriarcal de matrimonio —heterosexual—, rechazando dentro de esa noción cualquier otro tipo unión que se presente.

Parece ser que el mencionado órgano jurisdiccional se sujetó a un criterio histórico-cultural del matrimonio concluyendo que dentro de ese contexto no es admisible una unión de esa naturaleza entre personas del mismo sexo.

Tal posición revela una actitud cohibida e indolente de parte de los magistrados ante un tema trascendental para la vida de cientos de personas

¹ La Nación, 24 de mayo del 2006, www.nacion.com

Resultados

en este país cuyas consecuencias son la afirmación de mitos y prejuicios sobre la homosexualidad, el incremento de la homofobia y el reforzamiento del discurso patriarcal.

Siendo ese el fin de la norma, éste carece —en el ámbito jurídico— de la relevancia y la objetividad suficiente como para legitimar la restricción de derechos fundamentales como el de comentario, por lo que no es acorde con los límites de razonabilidad y de proporcionalidad.

Sobre este particular es necesario precisar que si bien el ordenamiento jurídico se encuentra en el contexto de un orden social determinado, ello no implica que debe legitimar ese orden en su totalidad, antes bien, debe adoptar una postura crítica y protectora del sistema internacional de derechos humanos por sobre el orden interno establecido.

En síntesis el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia es discriminatorio contra las personas homosexuales.

5. CONCLUSIÓN

Desde hace miles de años la forma de organización social predominante en las sociedades occidentales ha sido el patriarcado, el cual se caracteriza porque el hombre, el patriarca, tiene supremacía sobre los demás miembros del grupo.

En la sociedad patriarcal se favorece la familia heterosexual dada la finalidad reproductiva que ésta ostenta, lo cual le permite al Estado fortalecer las fuerzas de defensa y contar con mano obra.

Es por ello que otra de las particularidades de este sistema es la represión de la sexualidad, restringiéndola únicamente para fines reproductivos, por ende, cualquier práctica sexual que no tenga ese propósito es censurada.

A partir de la situación anterior, se crean mitos y prejuicios sobre la sexualidad, se establecen roles sexuales según las normas y prescripciones que dicta la sociedad y la cultura sobre el comportamiento femenino o masculino, y se genera intolerancia y rechazo hacia algunos elementos de ésta que no son conformes con las normas de conducta impuestas por el

Conclusión

patriarcado, entre ellos lo relativo a la homosexualidad, la cual se tendió a patologizar.

Actualmente, de conformidad con el criterio vertido por distintas instituciones competentes en la materia, entre ellas la Organización Mundial de la Salud, se ha determinado que la homosexualidad no constituye ningún tipo de desorden mental, solamente se trata de una orientación sexual que alude a la atracción erótica, romántica y afectiva que siente una persona hacia otra de su mismo sexo. No implica per se ningún comportamiento patológico ni perjudica el buen juicio, la estabilidad, la confiabilidad, las capacidades intelectuales ni las habilidades sociales de quienes poseen esta orientación.

No obstante, —en abierta contradicción con el derecho a la igualdad y a la no discriminación garantizado para todos en nuestra Constitución Política—, en el ordenamiento jurídico costarricense existen leyes vigentes que contienen disposiciones discriminatorias contra las personas homosexuales las cuales se instauraron con el fin de perpetuar la ideología patriarcal hegemónica.

En este sentido es digno de resaltar el concepto de igualdad contenido en nuestra Carta Fundamental, el cual alude a la igualdad jurídica que practica el principio aristotélico de justicia distributiva en el sentido de dar

Conclusión

igual trato y oportunidades a los que se encuentran en las mismas condiciones, y promocionar en los menos favorecidos políticas que permitan la concreción de la igualdad real.

Con respecto al derecho a la no discriminación, éste es entendido como la prohibición de tratamientos diferenciados que no estén jurídicamente motivados y por tanto que sean constitucionalmente inadmisibles. Para evitar tal situación el Estado debe vigilar que sus actuaciones de orden ejecutivo, legislativo y judicial correspondan dentro de los límites al trato diferenciado, a saber, trato igual a los iguales, razonabilidad y racionalidad de la finalidad de la norma, y proporcionalidad de ésta.

Una de esas leyes es el Código Penal, el cual establece mediante sus artículos 98 y 102 una medida de seguridad infundada y carente de objetividad que restringe la libertad de tránsito garantizada constitucionalmente de las personas homosexuales.

Estas disposiciones adoptan la visión errónea de que la homosexualidad es una patología capaz de determinar a una persona a delinquir, posición que ha sido superada desde hace décadas según se indicó líneas atrás.

Conclusión

El otro cuerpo normativo es el Código de Familia, el cual establece que es legalmente imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo [artículo 14 inciso 6)].

Esta disposición no sólo excluye a las personas homosexuales del disfrute de su derecho a contraer matrimonio y a formar una familia, sino que acarrea consigo la denegatoria de una serie de derechos patrimoniales anejos a la condición de cónyuge lo cual las ubica en una situación de desamparo en el contexto de la relación de pareja.

En esa línea de pensamiento, en razón de que el ordenamiento jurídico costarricense no reconoce la existencia de parejas estables formadas por personas del mismo sexo, tampoco contempla la posibilidad de ampliar la cobertura del seguro social de una persona homosexual asegurada directa a fin de cubrir a su pareja.

En caso de separación, no se regula el derecho a gananciales ni la posibilidad de exigir pensión alimentaria. Por otro lado, si uno de los miembros de la pareja muere sin disponer de sus bienes, la otra persona no adquiere la condición de heredera legítima.

En cuanto a la solicitud de un crédito para vivienda ante una entidad financiera nacional, los ingresos de ambos integrantes de la pareja

Conclusión

homosexual no se toman en cuenta bajo el rubro “grupo familiar” dado que no existe vínculo jurídico que los una, con lo cual el monto del crédito al que podrán tener acceso será menor.

Además, —aunque no se refiere a la esfera patrimonial— es preciso señalar que en el contexto de un proceso penal las personas homosexuales no tienen el derecho de abstenerse a declarar contra su pareja.

En síntesis, pese a que en la realidad las personas homosexuales mantienen relaciones afectivas monógamas estables en las que ambos integrantes contribuyen a la prosperidad mutua y en las que realizan importantes inversiones no sólo en el ámbito patrimonial sino también en el ámbito afectivo y emocional, desde el punto de vista jurídico esos vínculos no existen. Es como si se tratara de dos perfectos desconocidos.

Bajo esa tesitura, en no pocos casos se han presentado situaciones claramente injustas en las cuales —motivados por la separación de la pareja— uno de los miembros despoja al otro de los bienes que adquirieron durante la unión sin posibilidad de que la persona afectada pueda encontrar tutela de sus derechos en el sistema jurídico.

Conclusión

También se da el caso en el que los familiares del integrante de la pareja fallecido despojan al superviviente de los bienes que, pese a estar inscritos a nombre del difunto, en realidad fueron sufragados entre ambos.

De lo expuesto se concluye que el ordenamiento jurídico costarricense vigente —como instrumento del patriarcado para ejercer control social que es— contiene leyes que comprenden disposiciones discriminatorias contra las personas homosexuales, lo cual contraviene lo dispuesto tanto en la Constitución Política como en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, por lo que resulta imperativo llevar a cabo las reformas normativas pertinentes para dar fin a la injusticia que sufre un sector importante de la población costarricense.

6. ANEXOS

ANEXO #1

Homosexuality and Civil Rights POSITION STATEMENT

Approved by the Board of Trustees, December 1973
Approved by the Assembly, 1973.

"Policy documents are approved by the APA Assembly and Board of Trustees... These are ... position statements that define APA official policy on specific subjects..." – APA Operations Manual.

WHEREAS HOMOSEXUALITY per se implies no impairment in judgment, stability, reliability, or general social or vocational capabilities, therefore, be it resolved that the American Psychiatric Association deplores all public and private discrimination against homosexuals in such areas as employment, housing, public accommodation, and licensing, and declares that no burden of proof of such judgment, capacity, or reliability shall be placed upon homosexuals greater than that imposed on any other persons. Further, the American Psychiatric Association supports and urges the enactment of civil rights legislation at the local, state, and federal level that would offer homosexual citizens the same protections now guaranteed to others on the basis of race, creed, color, etc. Further, the American Psychiatric Association supports and urges the repeal of all discriminatory legislation singling out homosexual acts by consenting adults in private.

(The American Psychiatric Association is, of course, aware that many other persons in addition to homosexuals are irrationally denied their civil rights on the basis of pejorative connotations derived from diagnostic or descriptive terminology used in psychiatry and deplores all such discrimination. This resolution singles out discrimination against homosexuals only because of the pervasive discriminatory acts directed against this group and the arbitrary and discriminatory laws directed against homosexual behavior.)

This statement was prepared by Robert L. Spitzer, M.D., with the approval of the Task Force on Nomenclature and Statistics and was recommended for approval by the Council on Professions and Association.

The American Psychiatric Association • 1000 Wilson Blvd., Suite 1925 • Arlington, VA 22209-3901
Telephone: (703) 907-7300 • Fax: (703) 907-1085 • Email: apa@psych.org

ANEXO #2

Discrimination Against Homosexuals*

APA POLICY STATEMENT

Adopted by the APA Council of Representatives on January 24-26, 1975.

1. The American Psychological Association supports the action taken on December 15, 1973, by the American Psychiatric Association, removing homosexuality from that Association's official list of mental disorders. The American Psychological Association therefore adopts the following resolution:

Homosexuality per se implies no impairment in judgement, stability, reliability, or general social and vocational capabilities; Further, the American Psychological Association urges all mental health professionals to take the lead in removing the stigma of mental illness that has long been associated with homosexual orientations.

2. Regarding discrimination against homosexuals, the American Psychological Association adopts the following resolution concerning their civil and legal rights:

The American Psychological Association deplors all public and private discrimination in such areas as employment, housing, public accommodation, and licensing against those who engage in or have engaged in homosexual activities and declares that no burden of proof of such judgement, capacity, or reliability shall be placed upon these individuals greater than that imposed on any other persons. Further, the American Psychological Association supports and urges the enactment of civil rights legislation at the local, and state and federal level that would offer citizens who engage in acts of homosexuality the same protections now guaranteed to others on the basis of race, creed, color, etc. Further, the American Psychological Association supports and urges the repeal of all discriminatory legislation singling out homosexual acts by consenting adults in private.

* CONGER (J.J). Proceedings of the American Psychological Association, Incorporated, for the year 1974: Minutes of the annual meeting of the Council of Representatives. American Psychologist, 1975, 30, 620-651.
<http://www.apa.org/pi/lgbcpolicy/discrimination.html>

ANEXO #3

Therapies Focused on Attempts to Change Sexual Orientation (Reparative or Conversion Therapies) POSITION STATEMENT

Approved by the Board of Trustees, March 2000
Approved by the Assembly, May 2000

"Policy documents are approved by the APA Assembly and Board of Trustees...These are ... position statements that define APA official policy on specific subjects..." -- APA Operations Manual.

Preamble

In December of 1998, the Board of Trustees issued a position statement that the American Psychiatric Association opposes any psychiatric treatment, such as "reparative" or conversion therapy, which is based upon the assumption that homosexuality per se is a mental disorder or based upon the a priori assumption that a patient should change his/her sexual homosexual orientation (Appendix 1). In doing so, the APA joined many other professional organizations that either oppose or are critical of "reparative" therapies, including the American Academy of Pediatrics, the American Medical Association, the American Psychological Association, The American Counseling Association, and the National Association of Social Workers (1).

The following Position Statement expands and elaborates upon the statement issued by the Board of Trustees in order to further address public and professional concerns about therapies designed to change a patient's sexual orientation or sexual identity. It augments rather than replaces the 1998 statement.

Position Statement

In the past, defining homosexuality as an illness buttressed society's moral opprobrium of same-sex relationships (2). In the current social climate, claiming homosexuality is a mental disorder stems from efforts to discredit the growing social acceptance of homosexuality as a normal variant of human sexuality. Consequently, the issue of changing sexual orientation has become highly politicized. The integration of gays and lesbians into the mainstream of American society is opposed by those who fear that such an integration is morally wrong and harmful to the social fabric. The political and moral debates surrounding this issue have obscured the scientific data by calling into question the motives and even the character of individuals on both sides of the issue. This document attempts to shed some light on this heated issue.

The validity, efficacy and ethics of clinical attempts to change an individual's sexual orientation have been challenged (3,4,5,6). To date, there are no scientifically rigorous outcome studies to determine either the actual efficacy or harm of "reparative" treatments. There is sparse scientific data about selection criteria, risks versus benefits of the treatment, and long-term outcomes of "reparative" therapies. The literature consists of anecdotal reports of individuals who have claimed to change, people who claim that attempts to change were harmful to them, and others who claimed to have changed and then later recanted those claims (7,8,9).

Even though there are little data about patients, it is still possible to evaluate the theories which rationalize the conduct of "reparative" and conversion therapies. Firstly, they are at odds with the scientific position of the American Psychiatric Association which has maintained, since 1973, that homosexuality per se, is not a mental disorder. The theories of "reparative" therapists define homosexuality as either a developmental arrest, a severe form of psychopathology, or some combination of both (10-15). In recent years, noted practitioners of "reparative" therapy have openly integrated older psychoanalytic theories that pathologize homosexuality with traditional religious beliefs condemning homosexuality (16,17,18).

The earliest scientific criticisms of the early theories and religious beliefs informing "reparative" or conversion therapies came primarily from sexology researchers (19-27). Later, criticisms emerged from psychoanalytic sources as well (28-39). There has also been an increasing body of religious thought arguing against traditional, biblical interpretations that condemn homosexuality and which underlie religious types of "reparative" therapy (40-46).

Recommendations:

1. APA affirms its 1973 position that homosexuality per se is not a diagnosable mental disorder. Recent publicized efforts to repathologize homosexuality by claiming that it can be cured are often guided not by rigorous scientific or psychiatric research, but sometimes by religious and political forces opposed to full civil rights for gay men and lesbians. APA recommends that the APA respond quickly and appropriately as a scientific organization when claims that homosexuality is a curable illness are made by political or religious groups.

2. As a general principle, a therapist should not determine the goal of treatment either coercively or through subtle influence. Psychotherapeutic modalities to convert or "repair" homosexuality are based on developmental theories whose scientific validity is questionable. Furthermore, anecdotal reports of "cures" are counterbalanced by anecdotal claims of psychological harm. In the last four decades, "reparative" therapists have not produced any rigorous scientific research to substantiate their claims of cure. Until there is such research available, APA recommends that ethical practitioners refrain from attempts to change individuals' sexual orientation, keeping in mind the medical dictum to First, do no harm.

3. The "reparative" therapy literature uses theories that make it difficult to formulate scientific selection criteria for their treatment modality. This literature not only ignores the impact of social stigma in motivating efforts to cure homosexuality, it is a literature that actively stigmatizes homosexuality as well. "Reparative" therapy literature also tends to overstate the treatment's accomplishments while neglecting any potential risks to patients. APA encourages and supports research in the NIMH and the academic research community to further determine "reparative" therapy's risks versus its benefits.

References

- National Association for Research and Treatment of Homosexuality, (1999), American Counseling Association Passes Resolution to Oppose Reparative Therapy. NARTH Web site: (www.narth.com/docs/acaresolution.html).
- Bayer, R. (1981), *Homosexuality and American Psychiatry; The Politics of Diagnosis*. New York: Basic Books.
- Haldeman, D. (1991), Sexual orientation conversion therapy for gay men and lesbians: A scientific examination. In *Homosexuality: Research Implications for Public Policy*, ed. J. C. Gonsiorek & J. D. Weinrich. Newbury Park, CA: Sage Publications, pp. 149-161.
- Haldeman, D. (1994), The practice and ethics of sexual orientation conversion therapy. *J. of Consulting and Clin. Psychol.*, 62(2):221-227.
- Brown, L. S. (1996), Ethical concerns with sexual minority patients. In: *Textbook of Homosexuality and Mental Health*. ed. R. Cabaj & T. Stein. Washington, D.C.: American Psychiatric Press, pp. 897-916.
- Drescher, J. (1997), What needs changing? Some questions raised by reparative therapy practices. *New York State Psychiatric Society Bulletin*, 40(1):8-10.
- Duberman, M. (1991), *Cures: A Gay Man's Odyssey*. New York: Dutton.
- White, M. (1994), *Stranger at the Gate: To be Gay and Christian in America*. New York: Simon & Schuster.
- Isay, R. (1996), *Becoming Gay: The Journey to Self-Acceptance*. New York: Pantheon.
- Freud, S. (1905), Three essays on the theory of sexuality. Standard Edition, 7:123-246. London: Hogarth Press, 1953.
- Rado, S. (1940), A critical examination of the concept of bisexuality. *Psychosomatic Medicine*, 2:459-467. Reprinted in *Sexual Inversion: The Multiple Roots of Homosexuality*, ed. J. Marmor. New York: Basic Books, 1965, pp. 175-189.
- Bieber, I., Dain, H., Dince, P., Drelllich, M., Grand, H., Gundlach, R., Kremer, M., Rifkin, A., Wilbur, C., & Bieber T. (1962), *Homosexuality: A Psychoanalytic Study*. New York: Basic Books.
- Socarides, C. (1968), *The Overt Homosexual*. New York: Grune & Stratton.
- Ovesey, L. (1969), *Homosexuality and Pseudohomosexuality*. New York: Science House.
- Hatterer, L. (1970), *Changing Homosexuality in the Male*. New York: McGraw Hill.
- Moberly, E. (1983), *Homosexuality: A New Christian Ethic*. Cambridge, UK: James Clarke & Co.
- Harvey, J. (1987), *The Homosexual Person: New Thinking in Pastoral Care*. San Francisco, CA: Ignatius.
- Nicolosi, J. (1991), *Reparative Therapy of Male Homosexuality: A New Clinical Approach*. Northvale, NJ: Aronson.
- Kinsey, A., Pomeroy, W., & Martin, C. (1948), *Sexual Behavior in the Human Male*. Philadelphia, PA: Saunders.
- Kinsey, A., Pomeroy, W., & Martin, C. and Gebhard, P. (1953), *Sexual Behavior in the Human Female*. Philadelphia, PA: Saunders.
- Ford, C. & Beach, F. (1951), *Patterns of Sexual Behavior*. New York: Harper.
- Hooker, E. (1957), The adjustment of the male overt homosexual. *J Proj Tech*, 21:18-31.
- Bell, A. & Weinberg, M. (1978), *Homosexualities: A Study of Diversity Among Men and Women*. New York: Simon and Schuster.
- Bell, A., Weinberg, M. & Hammersmith S. (1981), *Sexual Preference: Its Development in Men and Women*. Bloomington, IN: Indiana University Press.
- LeVay, S. (1991), A difference in hypothalamic structure between heterosexual and homosexual men. *Science*, 253:1034-1037.
- Hamer, D., Hu, S., Magnuson, V., Hu, N. & Pattatucci, A. (1993), A linkage between DNA markers on the X-chromosome and male sexual orientation. *Science*, 261:321-327.
- Bem, D. (1996), Exotic becomes erotic: A developmental theory of sexual orientation. *Psychol. Review*, 103(2):320-335.
- Marmor, J., ed. (1965), *Sexual Inversion: The Multiple Roots of Homosexuality*. New York: Basic Books.
- Mitchell, S. (1978), *Psychodynamics, homosexuality, and the question of pathology*. *Psychiatry*, 41:254-263.
- Marmor, J., ed. (1980), *Homosexual Behavior: A Modern Reappraisal*. New York: Basic Books.
- Mitchell, S. (1981), The psychoanalytic treatment of homosexuality: Some technical considerations. *Int. Rev. Psycho-Anal.*, 8:63-80.
- Morgenthaler, F. (1984), *Homosexuality Heterosexuality Perversion*, trans. A. Aebi. Hillsdale, NJ: The Analytic Press, 1988.
- Lewes, K. (1988), *The Psychoanalytic Theory of Male Homosexuality*. New York: Simon and Schuster. Reissued as *Psychoanalysis and Male Homosexuality* (1995), Northvale, NJ: Aronson.
- Friedman, R.C. (1988), *Male Homosexuality: A Contemporary Psychoanalytic Perspective*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Isay, R. (1989), *Being Homosexual: Gay Men and Their Development*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- O'Connor, N. & Ryan, J. (1993), *Wild Desires and Mistaken Identities: Lesbianism & Psychoanalysis*. New York: Columbia University.
- Domenici, T. & Lesser, R., eds. (1995) *Disorienting Sexuality: Psychoanalytic Reappraisals of Sexual Identities*. New York: Routledge.
- Magee, M. & Miller, D. (1997), *Lesbian Lives: Psychoanalytic Narratives Old and New*. Hillsdale, NJ: The Analytic Press.
- Drescher, J. (1998) *Psychoanalytic Therapy and The Gay Man*. Hillsdale, NJ: The Analytic Press.
- Boswell, J. (1980), *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- McNeil, J. (1993), *The Church and the Homosexual*, Fourth Edition. Boston, MA: Beacon.
- Pronk, P. (1993), *Against Nature: Types of Moral Argumentation Regarding Homosexuality*. Grand Rapids, MI: William B. Eerdmans.
- Boswell, J. (1994), *Same-Sex Unions in Premodern Europe*. New York: Villard Books.
- Helminiak, D. (1994), *What the Bible Really Says About Homosexuality*. San Francisco, CA: Alamo Press.
- Gomes, P. J. (1996), *The Good Book: Reading the Bible with Mind and Heart*. New York: Avon.
- Carrol, W. (1997), *On being gay and an American Baptist minister*. *The InSpiriter, Spring*, pp. 6-7,11.

Therapies Focused on Attempts to Change Sexual Orientation (page 2 of 3)

The American Psychiatric Association • 1000 Wilson Blvd., Suite 1925 • Arlington, VA 22209-3901
Telephone: (703) 907-7300 • Fax: (703) 907-1085 • Email: apa@psych.org

Appendix 1

**Psychiatric Treatment and Sexual Orientation
POSITION STATEMENT**

Approved by the Board of Trustees, December 1998
Approved by the Assembly, November 1998

The Board of Trustees of the American Psychiatric Association removed homosexuality from the DSM in 1973 after reviewing the evidence that it was not a mental disorder. In 1987, ego-dystonic homosexuality was not included in the DSM-III-R after a similar review.

The American Psychiatric Association does not currently have a formal position statement on treatments that attempt to change a person's sexual orientation, also known as reparative or conversion therapy. There is an APA 1997 Fact Sheet on Homosexual and Bisexual Issues which states that there is no published scientific evidence supporting the efficacy of reparative therapy as a treatment to change one's sexual orientation.

The potential risks of reparative therapy are great, including depression, anxiety and self-destructive behavior, since therapist alignment with societal prejudices against homosexuality may reinforce self-hatred already experienced by the patient. Many patients who have undergone reparative therapy relate that they were inaccurately told that homosexuals are lonely, unhappy individuals who never achieve acceptance or satisfaction. The possibility that the person might achieve happiness and satisfying interpersonal relationships as a gay man or lesbian is not presented, nor are alternative approaches to dealing with the effects of societal stigmatization discussed. The APA recognizes that in the course of ongoing psychiatric treatment there may be appropriate clinical indications for attempting to change sexual behaviors.

Several major professional organizations including the American Psychological Association, the National Association of Social Workers and the American Academy of Pediatrics have all made statements against reparative therapy because of concerns for the harm caused to patients. The American Psychiatric Association has already taken clear stands against discrimination, prejudice and unethical treatment on a variety of issues including discrimination on the basis of sexual orientation.

Therefore, the American Psychiatric Association opposes any psychiatric treatment, such as reparative or conversion therapy which is based upon the assumption that homosexuality per se is a mental disorder or based upon the a priori assumption that the patient should change his/her sexual homosexual orientation.

An initial version of this position statement was proposed in September 1998 by the Committee on Gay, Lesbian, and Bisexual Issues of the Council on National Affairs. It was revised and approved by the American Psychiatric Association Assembly in November 1998. The revised version was approved by the Board of Trustees in December 1998.

Therapies Focused on Attempts to Change Sexual Orientation (page 3 of 3)

The American Psychiatric Association • 1000 Wilson Blvd., Suite 1925 • Arlington, VA 22209-3901
Telephone: (703) 907-7300 • Fax: (703) 907-1085 • Email: apa@psych.org

ANEXO #4

Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*

APA POLICY STATEMENT

Adopted by the APA Council of Representatives on August 14, 1997.

WHEREAS societal ignorance and prejudice about same gender sexual orientation put some gay, lesbian, bisexual and questioning individuals at risk for presenting for “conversion” treatment due to family or social coercion and/or lack of information (Haldeman, 1994);

WHEREAS children and youth experience significant pressure to conform with sexual norms, particularly from their peers;

WHEREAS children and youth often lack adequate legal protection from coercive treatment;

WHEREAS some mental health professionals advocate treatments of lesbian, gay, and bisexual people based on the premise that homosexuality is a mental disorder (e.g., Socarides et al, 1997);

WHEREAS the ethics, efficacy, benefits, and potential for harm of therapies that seek to reduce or eliminate same-gender sexual orientation are under extensive debate in the professional literature and the popular media (Davison, 1991; Haldeman, 1994; Wall Street Journal, 1997);

THEREFORE BE IT RESOLVED that APA affirms the following principles with regard to treatments to alter sexual orientation:

THEREFORE BE IT RESOLVED that homosexuality is not a mental disorder (American Psychiatric Association, 1973); and

THEREFORE BE IT RESOLVED that psychologists “do not knowingly participate in or condone unfair discriminatory practices” (American Psychological Association, 1992); and

THEREFORE BE IT RESOLVED that “in their work-related activities, psychologists do not engage in unfair discrimination based on ... sexual orientation” (American Psychological Association, 1992); and

* DE LEON (P. H.) *Proceedings of the American Psychological Association, Incorporated, for the legislative year 1997: Minutes of the Annual Meeting of the Council of Representatives, August 14 and 17, Chicago, Illinois; and June, August and December 1997 meetings of the Board of Directors. American Psychologist, 1998, 53, 882-939.*
<http://www.apa.org/pi/lgbcpolicy/appropriate.html>

THEREFORE BE IT RESOLVED that “in their work-related activities, psychologists respect the rights of others to hold values, attitudes, and opinions that differ from their own.” (American Psychological Association, 1992); and

THEREFORE BE IT RESOLVED that “psychologists ... respect the rights of individuals to privacy, confidentiality, self-determination and autonomy” (American Psychological Association, 1992); and

THEREFORE BE IT RESOLVED that “psychologists are aware of cultural, individual and role differences, including those due to ... sexual orientation” and “try to eliminate the effect on their work of biases based on [such] factors” (American Psychological Association, 1992); and

THEREFORE BE IT RESOLVED that “where differences of ... sexual orientation ... significantly affect psychologist's work concerning particular individuals or groups, psychologists obtain the training, experience, consultation, or supervision necessary to ensure the competence of their services, or they make appropriate referrals” (American Psychological Association, 1992); and

THEREFORE BE IT RESOLVED that “psychologists do not make false or deceptive statements concerning ... the scientific or clinical basis for ... their services,” (American Psychological Association, 1992); and

THEREFORE BE IT RESOLVED that “psychologists attempt to identify situations in which particular interventions ... may not be applicable ... because of factors such as ... sexual orientation” (American Psychological Association, 1992); and

THEREFORE BE IT RESOLVED that “psychologists obtain appropriate informed consent to therapy or related procedures” [which] “generally implies that the [client or patient] (1) has the capacity to consent, (2) has been informed of significant information concerning the procedure, (3) has freely and without undue influence expressed consent, and (4) consent has been appropriately documented” (American Psychological Association, 1992); and THEREFORE BE IT RESOLVED that “when persons are legally incapable of giving informed consent, psychologists obtain informed permission from a legally authorized person, if such substitute consent is permitted by law” (American Psychological Association, 1992);.

THEREFORE BE IT RESOLVED that “psychologists (1) inform those persons who are legally incapable of giving informed consent about the proposed interventions in a manner commensurate with the persons' psychological capacities, (2) seek their assent to those interventions, and (3) consider such

persons' preferences and best interests" (American Psychological Association, 1992); and

THEREFORE BE IT RESOLVED that the American Psychological Association "urges all mental health professionals to take the lead in removing the stigma of mental illness that has long been associated with homosexual orientation" (Conger, 1975, p. 633); and

THEREFORE, BE IT FURTHER RESOLVED that the American Psychological Association opposes portrayals of lesbian, gay, and bisexual youth and adults as mentally ill due to their sexual orientation and supports the dissemination of accurate information about sexual orientation, and mental health, and appropriate interventions in order to counteract bias that is based in ignorance or unfounded beliefs about sexual orientation.

REFERENCES

American Psychiatric Association. (1973). Position Statement on Homosexuality and Civil Rights. *American Journal of Psychiatry*, 131 (4), 497.

American Psychological Association. (1992). Ethical Principles of Psychologists and Code of Conduct. *American Psychologist*, 47, 1597-1611.

Conger, J.J. (1975). Proceedings of the American Psychological Association, Incorporated, for the year 1974: Minutes of the Annual Meeting of the Council of Representatives. *American Psychologist*, 30, 620-651.

Haldeman, D.C. (1994). The Practice and Ethics of Sexual Orientation Conversion Therapy. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 62 (2), 221-227.

Letters to the Editor. (1997, January 23). *Wall Street Journal*, p. A17.

Socarides, C., Kaufman, B., Nicolosi, J., Satinover, J., & Fitzgibbons, R. (1997, January 9). Don't forsake homosexuals who want help. *Wall Street Journal*, p. A12.

ANEXO #5*

* Cuando entregué el presente reporte de investigación para su respectiva revisión por parte del profesor del curso Métodos de Investigación II, el voto No.2006-007262 no había sido redactado, por lo que no fue objeto de estudio; sin embargo, al momento de hacer entrega de los ejemplares definitivos de este trabajo la resolución ya había sido emitida. La adjunto porque considero que representa un aporte valioso al análisis jurídico del tema investigado, en especial el voto salvado del Magistrado Vargas Benavides.

030081270007CO

Exp: 03-008127-0007-CO

Res. Nº 2006007262

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas y cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis.

Acción de inconstitucionalidad promovida por Yashín Castrillo Fernández, mayor, soltero, abogado, carné profesional 7933, portador de la cédula de identidad número 1-612-575; contra los artículos 14 inciso 6 del Código de Familia y 176 del Código Penal. Intervino también en el proceso Farid Beirute Brenes, en representación de la Procuraduría General de la República.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las quince horas treinta y cinco minutos del veintinueve de julio del dos mil tres, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del numeral 176 del Código Penal en tanto prohíbe y sanciona hasta con la pérdida de la libertad a las personas que siendo del mismo sexo contraen matrimonio; asimismo, impugna el artículo 14 inciso 6 del Código de Familia, en cuanto establece que es legalmente imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo. Alega que esas disposiciones normativas resultan contrarias al principio de igualdad, así como al principio de libertad, previstos en los artículos 28 y 33 de la Constitución Política, pues considera que se otorga un trato discriminatorio a las parejas de un mismo sexo que quieren formalizar legalmente su relación a través del matrimonio.

2.- A efecto de fundamentar la legitimación que ostenta para promover esta acción de inconstitucionalidad, el accionante señala que se fundamenta en el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, ya que por resolución de las ocho horas del veintidós de julio del dos mil tres, el Juzgado de Familia de Alajuela le denegó la solicitud de celebración de matrimonio civil entre personas del mismo sexo, con fundamento en el artículo 14 inciso 6 del Código de Familia, lo cual se tramita en expediente 03-400952-292-FA, resolución contra la cual interpuso recurso de revocatoria y apelación en subsidio, encontrándose este último pendiente de resolver (folio 14).

3.- Mediante voto N°2003-09237 de las once horas con trece minutos del veintinueve de agosto del dos mil tres (visible a folio 21), se rechazó de plano la acción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 176 del Código Penal, y se ordenó que en lo demás se continuara con los procedimientos.

4.- La certificación literal del libelo en que se invoca la inconstitucionalidad consta a folio 11.

5.- Por resolución de las dieciséis horas quince minutos del dos de setiembre del dos mil tres (visible a folio 36 del expediente), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República.

6.- La Procuraduría General de la República rindió su informe visible a folios 44 a 76. Señala que en relación con el principio de igualdad, consagrado en el artículo 33 constitucional, no se da la vulneración invocada, pues cuando se invoca una violación a dicho principio, se debe determinar si las personas se encuentran en la misma situación o en situaciones similares. Lo anterior, aunado al hecho de que no siempre que se da una diferenciación de trato se produce la violación al principio de igualdad, ya que como esta Sala ha reiterado en distintas ocasiones, como por ejemplo en los votos 1770-94, 1045-94 y 4883-97, "la igualdad sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable"; por otra parte, debe determinarse si la diferenciación de trato está fundada en fines legítimos constitucionalmente, es decir, si está basada en diferencias relevantes y si existe proporcionalidad entre el fin constitucional y el trato diferenciado que se ha hecho. Afirma que la norma impugnada no quebranta el principio de igualdad, debido a que la realidad demuestra que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las parejas homosexuales, razón por la cual el legislador se encuentra legitimado para dar, en estos casos, un trato diferenciador. Agrega que la norma legal persigue un fin constitucional

legítimo, ya que protege el tipo de matrimonio adoptado por el constituyente originario y que la Sala no podría declarar la norma en cuestión inconstitucional, debido a que modificar dicha concepción, significaría una extralimitación en sus atribuciones; así 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, es decir, no es una norma arbitraria e irracional, sino una consecuencia lógica y necesaria de un tipo de matrimonio consagrado en el Derecho de la Constitución. Informa que de una interpretación sistemática de las normas constitucionales, se debe concluir que el tipo de matrimonio que tiene exclusividad en la sociedad costarricense, es el heterosexual y monogámico, sin embargo, algunos incurren en el error de interpretar en forma aislada el Derecho de la Constitución, indicando que el numeral 52 constitucional no habla de matrimonio heterosexual, sino únicamente de matrimonio, por lo que tal concepto constituiría una especie de "cajón de sastre" donde es posible subsumir diversas modalidades de éste. Empero, con base en una interpretación sistemática del texto constitucional, haciendo la correlación lógica y necesaria entre sus normas, y conforme al principio de interpretación sentado por la Corte Plena y seguido por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que los preceptos constitucionales no pueden interpretarse en forma aislada, sino de manera conjunta para evitar que se den contradicciones insalvables entre ellos, ya que se está en presencia de un texto armonioso y coherente (principio de la unidad de la Constitución), se tiene que el Derecho de la Constitución se refiere, con exclusividad, a un matrimonio heterosexual monogámico. En efecto, el numeral 51, cuando habla de la familia, se refiere a la madre y al niño. Evidentemente, cuando el artículo 52 regula el matrimonio, como la base esencial de la familia, es aquél formado por un hombre y una mujer y, por consiguiente, la equiparación de derechos de los cónyuges está referida a los derechos que en un matrimonio heterosexual monogámico tienen el hombre y la mujer. Incluso, en el numeral 53, se señala que los padres (hombre y mujer) tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Además, se indica que toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley. Por su parte, el artículo 54 constitucional prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación, y por último, se expresa que la protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia. También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José", aprobada por Ley n° 4534 de 23 de febrero de 1970, adopta un concepto idéntico al que sigue el Derecho de la Constitución en el Estado de Costa Rica, ya que, en el artículo 17, se indica que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por ella y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas no afecten al principio de no discriminación establecidos en la Convención. Además, se le impone el deber a los Estados partes de adoptar las medidas apropiadas para asegurar el derecho y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de su disolución. En este último supuesto, debe adoptar disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y convivencia de ellos. En igual sentido, se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Ley n° 4229 del 11 de diciembre de 1968, cuando en su numeral 23, manifiesta que "Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello"; y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual, en su numeral 16, expresa lo siguiente: "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". Manifiesta que puede observarse de lo anterior, que el matrimonio a que se refiere el Derecho de la Constitución es aquel formado por un hombre y una mujer, el cual, como se indicó atrás, tiene exclusividad en la sociedad costarricense, lo que impide tutelar bajo este instituto socio-jurídico otro tipo de relaciones inter-personales distintas a las

heterosexuales y monogámicas. Por otra parte, señala que cuando existe un desfase profundo entre los valores subyacentes en la sociedad y los recogidos en el texto constitucional, el llamado a realizar el ajuste, en vista de que goza de una competencia exclusiva y prevalente, es el poder constituyente, nunca el Tribunal Constitucional, ya que no tiene tales poderes, consecuentemente, la labor de interpretación se limita a ir adecuando el texto constitucional en aquellos ámbitos que no conllevan una modificación sustancial a la concepción que le dio el constituyente a los elementos claves del sistema político, social, económico y cultural. Considera que en el presente caso no existe la menor duda de que se está ante un aspecto clave, fundamental (quizás el más importante) del sistema social, como es la concepción del matrimonio y de la familia, concepción que evidentemente responde a determinados valores y sólo se podría transformar si así lo decretara el poder constituyente mediante el procedimiento de reforma general, por esto, en el tanto y cuanto el poder constituyente no cambie la concepción de matrimonio que se encuentra plasmada en el Derecho de la Constitución, es incompetente para declarar inconstitucional la norma legal que se impugna. Manifiesta que en contra de esta posición se podría argumentar que la concepción del Derecho de la Constitución en relación con el matrimonio, la cual se expresa en la norma impugnada, vulnera los derechos que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos le reconocen a las minorías, sin embargo, debe tenerse presente que de ninguna manera se le puede dar supremacía al instrumento internacional en contra de lo que dispone un precepto legal (norma eco) que, en forma clara y expresa, constituye un desarrollo de una concepción muy concreta del Derecho de la Constitución. Aunado al hecho de que, una postura diferente a ésta, significaría que el Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa, ésta última en el uso de la potestad de legislar, podrían modificar lo que dispuso el poder constituyente, tanto el originario como el derivado, con sólo aprobar y ratificar un tratado o convenio internacional sobre Derechos Humanos. Informa que de lo dicho se desprende una conclusión, y es que el Tribunal Constitucional no tiene competencia para declarar inconstitucional un precepto legal (norma eco) contrario a un Convenio sobre Derechos Humanos, cuando tal declaratoria implica necesariamente una modificación del Derecho de la Constitución (principio, valores y normas), por lo que en el caso de estas "normas eco", la limitación de la competencia viene impuesta no de la norma legal, sino de la constitucional. Con base en lo anterior, señala que no es posible declarar inconstitucional el precepto impugnado, por la elemental razón de que habría que declarar "inconstitucional" las normas constitucionales que adoptan, en forma exclusiva, el matrimonio heterosexual y monogámico, competencia de la cual no goza el Tribunal Constitucional, tal y como se explicó, es decir, que si los costarricenses pretenden variar los conceptos esenciales de lo que se ha entendido por "matrimonio y familia" (base de la "sociedad"), se tiene que acudir a los procedimientos dispuestos para reformar la Constitución. Informa que en lo referente al principio de libertad tampoco existe la inconstitucionalidad alegada, ya que es pacífica la doctrina, en el sentido de que las libertades no son absolutas, por la sencilla razón de que si ello fuera así, se afectarían también otras libertades esenciales; en otras palabras, el ejercicio de una libertad a favor de una persona no puede ni debe tener el efecto pernicioso o perverso de conculcar o reducir a la mínima expresión otra libertad que se garantiza a otro sujeto. Desde esta óptica, el Estado y los órganos fundamentales, entre ellos el Tribunal Constitucional, están en el deber ético y jurídico de evitar la "dictadura de una libertad" sobre las demás y, por ende, de aquellos que tienen un mayor acceso a ella, dada su posición económica, social o cultural en perjuicio de todo el resto de derechos y libertades de los sujetos que conforman el conglomerado social. En pocas palabras, el no reconocer que las libertades y los derechos de los otros implica una limitación a mi libertad, en aras de la defensa de esa libertad, de una libertad mal conceptualizada, se podría infringir un grave daño a todo el sistema de protección de los derechos y libertades fundamentales. En definitiva, y como bien reza el artículo 22 de nuestro Código Civil, el ordenamiento jurídico no puede avalar el abuso del derecho, ni el ejercicio antisocial del mismo. Así, en el presente caso, la limitación a la libertad del accionante que impone el precepto legal impugnado es válida por varias razones; en primer lugar, es una limitación impuesta por ley, con lo se

cumple con el principio de reserva de ley; en segundo término, es una limitación que emerge de la propia Constitución, por consiguiente, se busca con ella concretizar una concepción del matrimonio, exclusiva, que se encuentra en ella, por lo que, desde esta perspectiva, con el precepto legal se persigue satisfacer un interés público imperativo; y por último, no se puede dejar de lado, que las libertades no son absolutas y, si por ello se le reconoce la potestad al legislador de establecer limitaciones a ella, con mucho más razón resulta constitucional, cuando las limitaciones se derivan del propio Derecho de la Constitución, al extremo de que si se aceptara la tesis del accionante en cuanto a la vulneración de los principios de igualdad y libertad, habría necesariamente que vulnerar otros valores, principios y normas constitucionales, postura que, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, resulta insostenible como método de interpretación jurídica. Por lo anteriormente expresado, se recomienda el rechazo por el fondo de la acción incoada.

7.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 177, 178 y 179 del Boletín Judicial, de los días 16, 17 y 18 de setiembre de 2003 (folio 77).

8.- Mediante resolución de las diez horas quince minutos del diez de octubre del dos mil tres, y al tenor de lo dispuesto en los numerales 81 párrafo segundo y 83 de la Ley que rige esta jurisdicción, se aceptaron las coadyuvancias planteadas, visibles de folios 99 a 128, 129 a 132, 133 a 136, 137 a 138, 139 a 141, 142 a 146, 147 a 158 (folios 161).

9.- La audiencia oral y pública prevista en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se celebró a las nueve horas del cuatro de mayo del dos mil seis.

10.- En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta la Magistrada Calzada Miranda; y,

Considerando:

I.- Sobre la admisibilidad. Mediante voto N°9237 de las once horas con trece minutos del veintinueve de agosto del dos mil tres (visible a folio 21), se rechazó de plano la acción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 176 del Código Penal, y se ordenó que en lo demás se continuara con los procedimientos. Ahora bien, adicionalmente, el accionante impugna el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia. Alega que su legitimación proviene del párrafo primero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en tanto existe un asunto previo pendiente de resolución que es Diligencias de Matrimonio Civil tramitado en expediente N°03-400952-0292-FA, ante el Juzgado de Familia de Alajuela, en el cual mediante resolución de las ocho horas del veintidós de julio de dos mil tres, se denegó la solicitud de celebración de matrimonio civil entre personas del mismo sexo, con fundamento en el inciso 6) del numeral impugnado. Contra dicha resolución se interpuso recurso de revocatoria y apelación en subsidio, que se encuentra pendiente de resolver. La acción constituye entonces, medio razonable de amparar el derecho que se estima lesionado y es, por tanto, admisible, de manera que corresponde analizar esta acción por el fondo.

II.- Acerca de las coadyuvancias. El artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que en los quince días posteriores a la primera publicación del aviso a que alude el párrafo segundo del artículo 81, las partes que figuren con asuntos pendientes a la fecha de interposición de la acción, o aquellos que cuenten con un interés legítimo en la definición del objeto en disputa, podrán apersonarse para coadyuvar con cualquiera de las dos posiciones objeto de la discusión, en el caso de las acciones de inconstitucionalidad, básicamente el coadyuvante acude a defender la pretensión anulatoria del actor o a respaldar la validez del acto impugnado. En este caso, mediante resolución de las dieciséis horas con quince minutos del dos de setiembre del dos mil tres, dio curso a la acción, publicando los edictos de Ley los días dieciséis, diecisiete y dieciocho de setiembre de dos mil tres. Mediante resolución de las diez horas quince minutos del diez de octubre del dos mil tres, y al tenor de lo dispuesto en los numerales 81 párrafo segundo y 83 de la Ley que rige esta jurisdicción, se aceptaron las coadyuvancias planteadas, visibles de folios 99 a 128, 129 a 132, 133 a 136, 137 a 138, 139 a 141, 142 a 146, 147 a 158. Las demás coadyuvancias presentadas fuera del plazo señalado en la resolución de las dieciséis horas con quince

minutos del dos de setiembre del dos mil tres, deben ser rechazadas de conformidad con lo dispuesto en el numeral 83 ibídem.

III.- Objeto de la impugnación. El accionante solicita declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, inciso 6 del Código de Familia, en cuanto establece que es legalmente imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo. Alega que dicha disposición resulta contraria al principio de igualdad, así como al principio de libertad previsto en el artículo 28 de la Constitución Política, toda vez que otorga un trato discriminatorio a las parejas de un mismo sexo que quieren formalizar legalmente su relación a través del matrimonio. El artículo impugnado establece:

Artículo 14.- (*)

Es legalmente imposible el matrimonio:

- 1.- De la persona que esté ligada por un matrimonio anterior;
- 2.- Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad. El impedimento no desaparece con la disolución del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad;
- 3.- Entre hermanos consanguíneos;
- 4.- Entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes; los hijos adoptivos de la misma persona; el adoptado y los hijos del adoptante; el adoptado y el excónyuge del adoptante; y el adoptante y el excónyuge del adoptado;
- 5.- Entre el autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente; y
- 6.- Entre personas de un mismo sexo. (*)

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 5895 de 23 de marzo de 1976.

IV.- Cuestiones previas.- Dado que el objeto de esta acción constituye un tema que ha generado especial interés y expectativa, así como controversia, de previo a analizar el fondo del asunto, es conveniente realizar algunas precisiones. La Sala Constitucional es un tribunal de la República, especialmente llamado a garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica Así lo disponen los numerales 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y el artículo 10 de la Carta Magna. El presente asunto tiene repercusiones no solo en el ámbito jurídico, sino también, en el religioso, político y social de nuestro país. En nuestra condición de jueces, los integrantes de esta Sala no podemos obviar la realidad social como un elemento a considerar en la toma de decisiones respecto de los asuntos sometidos a nuestro conocimiento, por lo que este tema se analizará a la luz de dicha realidad, del texto constitucional y la voluntad del constituyente de 1949. Asimismo, resulta importante tener presente que, para efectuar un análisis constitucional, no debe limitarse a la norma relacionada con el tema, sino que resulta imprescindible integrar las normas de la Constitución como un todo armónico e interpretarlas como el conjunto de ideas, valores, y principios que la sustentan.

V.- Sobre el Instituto del Matrimonio. 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. Etimológicamente, la palabra matrimonio deriva de las raíces latinas *matris* y *munium*, y significa carga o misión de la madre. Remontándonos al derecho Romano - inspiración y base esencial de nuestro ordenamiento jurídico-, en cambio, se utilizó el término de justas nupcias, de donde proviene el sustantivo como sinónimo de matrimonio. En este caso, nupcias proviene de *nubere*, es decir velar o cubrir, aludiendo al velo que cubría a la novia durante la ceremonia de la confarreatio. Otros términos sinónimos han sido

consorcio, de raíz latina (de cum y sors) que significa la suerte común de quienes contraen matrimonio. También se ha recordado que el término cónyuge proviene de las raíces latinas cum y yugum, aludiendo al yugo o carga común que soportaban los cónyuges. Trazando una línea histórica, es posible retomar una de las definiciones de matrimonio más antigua y precisa, la del jurisconsulto romano Modestino: "La unión del varón y la hembra; consorcio de toda la vida, y comunicación del derecho divino y humano." Siglos después, tenemos a Portalis, durante la discusión del Código Napoleónico, que explica los fines del matrimonio: "La sociedad del hombre y de la mujer, que se unen a efecto de perpetuar la especie, para ayudarse, mediante mutuos auxilios, a sobrellevar el peso de la vida y para participar de un común destino." Más recientemente, y en el ámbito nacional, tenemos el concepto de matrimonio expresado por Alberto Brenes Córdoba: "La asociación legítima que con carácter de por vida forman un hombre y una mujer, para la protección y el mutuo auxilio". Por otra parte, la sociología ha definido el término matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida; por ello, el elemento esencial para poder esbozar un concepto de matrimonio desde el punto de vista jurídico es, precisamente, dotarlo de las características propias del derecho. Por su parte, cuando la antropología efectúa un análisis relativo al ámbito del matrimonio a través de la historia humana y la experiencia hasta el presente, uno de los puntos principales que concluye es que el matrimonio y la familia siempre han tenido una proposición heterosexual en todas las civilizaciones humanas. 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. A su vez, el derecho, como organizador de las relaciones sociales, ha dispuesto todo lo relativo al matrimonio en normas institucionales, que definen los roles que la sociedad reconoce, estableciendo las condiciones en que la unión intersexual debe ser legítima, y protegida como tal. La unión entre el hombre y la mujer llamada matrimonio se logra en virtud de un acto jurídico, en el cual deben coexistir las condiciones exigidas a las personas contrayentes, al consentimiento y demás solemnidades que establece la ley para garantizar la regularidad del acto, según las disposiciones legales que establecen los numerales 24, 25 y 26 del Código de Familia, Ley No. 5476 de 2 de diciembre de 1973, publicado en La Gaceta No. 24 de 5 de febrero de 1974. La relación jurídica también desarrolla todo lo concerniente al vínculo creado por el acto jurídico matrimonial, que se traduce en deberes y derechos interdependientes y recíprocos o solidarios entre los cónyuges, los cuales se imponen en atención al interés familiar u orden público. Mientras el acto matrimonial es fruto de la libertad de los contrayentes, el estado matrimonial se sujeta a la imperatividad de la ley y como atribución subjetiva de las relaciones familiares, participa de los caracteres comunes del estado de familia. Asimismo, la mayoría de los antropólogos afirman que una familia homosexual no tiene precedentes dentro de la experiencia humana, y el desarrollo jurídico de la figura del matrimonio está sostenida sobre la estructura de una relación heterosexual.

VI.- Sobre la alegada violación al artículo 33 constitucional. El alegato principal del accionante es que el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia lesiona el principio de libertad previsto en el artículo 28 de la Constitución Política, y le da un trato discriminatorio a las personas del mismo sexo que mantienen una relación sentimental, en relación con el otorgado al resto de la población, al cual, siendo de sexo diferente, sí les permite unirse en matrimonio. Para poder determinar si se produce la discriminación alegada por el accionante, es preciso realizar un análisis del principio que se argumenta como violado. El primer aspecto a considerar consiste en determinar si las personas se encuentran en la misma situación; de lo contrario, no se puede concluir que se ha quebrantado este principio. En segunda instancia, si se establece la igualdad de condiciones, se debe determinar si esta

diferenciación de trato está fundada en fines constitucionalmente legítimos. En cuanto al primer aspecto, el principio de igualdad supone que las personas se encuentran en idéntica situación, ya que, como lo ha reiterado este Tribunal, no existe mayor injusticia que tratar en forma igual a los desiguales. Desde esta perspectiva, debemos partir del supuesto que estamos frente a situaciones similares, ya que, de no ser así, se da una inaplicabilidad del principio de igualdad. Por otra parte, en cuanto al segundo aspecto, partiendo del supuesto de que estamos en presencia de situaciones disímiles, debe tenerse presente que no toda diferenciación de trato produce la violación al principio de igualdad. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido el trato diferenciado en este supuesto cuando se dan ciertos requisitos. Al respecto, resulta conveniente recordar lo dispuesto en la sentencia número 1993-00316 de las nueve horas treinta y nueve minutos del 22 de enero de 1993:

"El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que pueda existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho la Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que deba existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, como tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva"

De acuerdo con lo señalado, el punto medular es determinar si esta diferenciación de trato está fundada en fines legítimos constitucionalmente, si es objetiva, es decir, si está sustentada en un supuesto de hecho diferente, si está basada en diferencias relevantes, si existe proporcionalidad entre el fin constitucional y el trato diferenciado que se ha hecho, y el motivo y el contenido del acto, y si ese trato es idóneo para alcanzar el fin que se persigue. La diferencia de trato, supone que esté basada en objetivos constitucionalmente legítimos, lo que implica tres consecuencias en la finalidad perseguida: a) Que están vedadas las leyes que persiguen fines que contradicen normas o principios constitucionales o de rango internacional; b) Que cuando se persiguen fines no tutelados constitucionalmente -pero que no contradicen esos valores-, la diferenciación de trato debe ser estrictamente vigilada y escrutada en relación con los supuestos de hecho que la justifican, y la finalidad que se persigue; c) Que cuando se persigue un fin constitucionalmente tutelado, la diferenciación de trato será válida en función de este criterio (sin necesidad de encontrar una razonabilidad en la diferenciación), pero quedará sujeta al cumplimiento de las demás exigencias derivadas del principio-derecho de igualdad. Por ejemplo, dotar de vivienda a los sectores más pobres justificaría la existencia de un bono de vivienda para ellos y no para los demás. Reconocer becas universitarias para los que no pueden pagar la educación y negarla a los demás. Conceder una pensión a la personas mayores de cierta edad y negarla a los que no hayan cumplido esa edad. No basta, por supuesto, que se persiga un fin legítimo, pues la medida para alcanzar ese fin, debe ser, además, necesaria, razonable y proporcionada. La Sala en la sentencia N° 4883-97 de las doce horas con cincuenta y cuatro minutos del veintidós de agosto de mil novecientos noventa y siete, expresó sobre este principio lo siguiente:

"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".

VII.- Análisis del caso concreto. 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 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. En efecto, revisando las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, Tomo N° II, páginas 569 y 573 a 586, sólo es posible concluir que la opción adoptada fue el matrimonio heterosexual. Adicionalmente, la Sala ha sostenido que: "...el ordenamiento jurídico-matrimonial costarricense se inspira en el concepto monogámico de la cultura occidental, de modo tal que para contraer matrimonio, debe existir libertad de estado..." (ver sentencia N° 3693-94 de las nueve horas con dieciocho minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y cuatro). Retomando el tema de la Asamblea Nacional Constituyente, tenemos que en la discusión de las mociones presentadas por los Diputados Trejos, Esquivel, Desanti y González Flores, el debate giró en torno a padres, hijos, niños y madres; incluso la polémica se centró en la equiparación entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio y la investigación de paternidad, lo que, obviamente supone que el constituyente originario tenía en mente un tipo de matrimonio muy puntual: el heterosexual monogámico. En lo que interesa, el Acta No.17 de la Asamblea Nacional Constituyente señala: "(...) Creemos que la familia, precisamente la familia organizada dentro de la institución matrimonial -cuyo ideal en un país católico-, es la célula fundamental de la sociedad, y debe tener la protección especial del Estado (...)". Consecuente con lo anterior es lo señalado por esta Sala en resolución N°2001-07521 de las 14:54 horas del 1 de agosto del 2001:

II.- DEL CONCEPTO DE FAMILIA CONTENIDO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Como bien lo señala el Procurador de Familia, el análisis de las normas que se consultan debe hacerse a la luz de los principios y normas constitucionales que se refieren al tema de la

protección de la familia, es decir, al tenor de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política, en cuanto disponen textualmente -en lo que interesa-:

"Artículo 51. La familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido."

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

De la primera disposición transcrita se deriva una obligación especial para el Estado costarricense, la de dotar de una protección especial a la familia, a la mujer, al niño, al anciano y al enfermo desvalido, en el caso concreto interesa la que se da a la familia; y en la segunda de ellas, aunque el constituyente potenció el matrimonio, entendiendo por tal la pareja (hombre y mujer) unida por vínculo jurídico, no prohibió la familia de hecho, de manera que el concepto de familia tutelado en las normas constitucionales es amplio y no restrictivo, de manera tal que en él se incluye tanto la familia unido por un vínculo formal -matrimonio-, como aquella en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales pero estables -uniones de hecho- en los que hay convivencia, ya que en ambas instituciones se garantizan la estabilidad necesaria para una vida familiar, en tanto se sustentan en una misma fuente, sea el amor, el deseo de compartir y auxiliarse, apoyarse y tener descendencia."

En virtud de ello, pretender que en ese contexto la norma cuestionada se declare inconstitucional, resultaría contrario a lo dispuesto por el constituyente originario. Aún cuando 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. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, entre sí, y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que no afecten el principio de no discriminación establecido en la Convención. Esta interpretación resulta razonable, al observar que el resto de la normativa de esta Convención, cuando hace alusión en términos generales indistintamente del sexo, se refiere a toda "persona" (al efecto ver los artículos 2, 3, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 20, 21, 22, 24, 25, entre otros). De manera que si el artículo 17 hace referencia a los términos hombre y mujer en forma expresa, y los demás utilizan el término "persona", es porque entiende que la institución del matrimonio es entre un hombre y una mujer entre ambos, y no entre dos personas del mismo sexo como pretende hacerlo ver el accionante. Además, se le impone el deber a los Estados parte de adoptar las medidas apropiadas para asegurar el derecho y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de su disolución. En este último supuesto, debe adoptar disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y convivencia de ellos. En igual sentido, se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Ley N° 4229 de 11 de diciembre de 1968, cuando, en su numeral 23, manifiesta lo siguiente:

"1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.

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."

Igual sucede con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que, en su numeral 16 expresa lo siguiente:

"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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Cossey vs. Reino Unido* (1990), sostuvo que el derecho al matrimonio garantizado por el artículo 12 del Convenio de Roma de 1950, es el matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto. Por su parte, el Tribunal Constitucional Español (Auto 222/94, de 11 de julio de 1994) confirmó la tesis de que el art. 32.1 de la Constitución española se refiere exclusivamente al matrimonio entre personas de distinto sexo. "La unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada ni existe un derecho constitucional a su establecimiento." A pesar de lo señalado en las anteriores citas jurisprudenciales, ello no obsta para que el constituyente derivado pueda regular las relaciones entre homosexuales.

VIII.- Sobre la violación al derecho de libertad. Adicionalmente, el accionante reclama que la normativa impugnada infringe su libertad personal, consagrada en el numeral 28 de la Carta Política. Sobre este tema la Sala ha dicho:

"el artículo 28 de la Constitución Política preserva tres valores fundamentales del Estado de Derecho costarricense: a) el principio de libertad que, en su forma 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 tercero están fuera de la acción, incluso, de la ley. Esta norma, vista como garantía implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones, de ese artículo en su párrafo 2º, el cual crea, así, una verdadera "reserva constitucional" en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público. (sentencia N°6519-96 de las quince horas seis minutos del tres de diciembre de mil novecientos noventa y seis).

Para los efectos del presente análisis, debe manifestarse que esta Sala ha sido consistente en señalar que los derechos y libertades fundamentales, pueden ser objeto de restricciones; sin embargo, a criterio de este Tribunal, la imposibilidad legal contenida en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, de ningún modo es una restricción al principio de libertad constitucional anteriormente desarrollado, ya que dicha imposibilidad hace referencia a que personas de un mismo sexo contraigan matrimonio, mas no así a que sostengan una relación sentimental o de pareja, sobre lo cual no existe ningún impedimento legal. Esta posición es congruente con el desarrollo conceptual y jurisprudencial de esta Sala en relación con el artículo 28 constitucional, anteriormente analizado. El matrimonio reconocido como derecho fundamental, tanto en la Declaración como en el Pacto citados, fue únicamente concebido para la relación intrínseca entre hombre y mujer, pues así lo señalan expresamente dichos instrumentos de derecho internacional, por lo que no puede reclamarse como un derecho en la forma en que pretende ejercerlo el accionante. Así las cosas, la imposibilidad contenida en el artículo impugnado simplemente es consecuencia de lo dispuesto en los instrumentos internacionales que, incluso, el mismo accionante señala como fundamento para la presente acción de inconstitucionalidad.

IX.- Ausencia de normativa para regular las uniones homosexuales. 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. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello, se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario. Estamos, entonces, en presencia de un escenario de lege ferenda, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado. Esto se indica, además, porque en la documentación que corre agregada en autos, y según lo expresado en la audiencia oral llevada a cabo durante la sustanciación de este proceso, algunos países han ido promulgando leyes (en sentido formal) que han dotado de un marco jurídico y ciertas formalidades a estas uniones, con el propósito de que tengan efectos jurídicos específicos en relación a las personas que las llevan a cabo. Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales.

X.- Conclusión.- Por los motivos señalados anteriormente, esta Sala llega a la conclusión de que el inciso 6) del artículo 14 del Código Familia, no es inconstitucional, y por ende, la presente acción debe ser desestimada.

Por tanto:

Se declara SIN LUGAR la acción. El magistrado Vargas salva el voto, y declara con lugar la acción con sus consecuencias. El magistrado Jinesta salva el voto, y declara con lugar la acción, por lo que admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, dejando a salvo algunos efectos jurídicos, tales como la adopción de menores de edad y la patria potestad compartida de estos. Notifíquese. El magistrado Cruz pone nota.

Luis Fernando Solano C.
Presidente

Luis Paulino Mora M.

Ana Virginia Calzada M.

Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Voto Salvado del Magistrado Vargas Benavides

Difiero del voto de mayoría en cuanto declara sin lugar la acción de inconstitucionalidad, y en su lugar, la declaro con lugar con todas sus consecuencias, por considerar que el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia resulta contrario a las normas y principios que informan nuestra Constitución Política, así como de Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por nuestro país.

Considero indispensable tomar como punto de partida la diferencia que existe entre el matrimonio desde la óptica religiosa y el matrimonio como acto jurídico reconocido por el Estado como institución base de la familia. No hay duda de la influencia histórica que el cristianismo, sin perder de vista sus raíces enclavadas en el judaísmo, ha tenido en el mundo occidental y especialmente la Iglesia Católica en el desarrollo de la sociedad costarricense. Tampoco puede cuestionarse la existencia de normas vinculantes que deben ser observadas por todos los que profesamos la fe católica pero, cuya obligatoriedad alcanza únicamente las relaciones internas en la Iglesia, aún más allá de lo meramente espiritual; una especie de “interna corporis”. Sus disposiciones no poseen potencia jurídica frente a las promulgadas por el Estado en uso de su potestad de imperio. Quiere esto decir que si bien el Estado debe respetar esas normas, ello no significa que haya perdido la soberanía para legislar en materias que estime necesarias, aún en contra de regulaciones de aquélla. Téngase presente precisamente que Costa Rica ha legislado positivamente para reconocerle efectos civiles a los matrimonios-sacramento, propios y exclusivos en su diseño y organización de la Iglesia católica, sin hacerlo con otras confesiones religiosas de mayor antigüedad que la cristiana. Así también el Estado costarricense ha debido legislar, para responder democráticamente a aquellas personas que por razones de fe, o bien por haberlo decidido así en ejercicio de su libertad, requieren el reconocimiento de una unión absolutamente laica y de sus efectos en lo civil. El matrimonio civil ha sido diseñado para esas personas, aún a sabiendas de que éste no es reconocido por la Iglesia. Por otra parte, el divorcio como medio para cesar los efectos civiles del matrimonio es contrario al sacramento instituido por la Iglesia desde sus orígenes. Desde luego que la disolución del matrimonio (o más bien de sus efectos civiles) tiene valor frente a las autoridades estatales, mas no los tiene conforme a las regulaciones religiosas. Según el rito de la Iglesia Católica, el matrimonio-sacramento es indisoluble, sólo la muerte cesa sus efectos, la Iglesia no reconoce el divorcio, más bien lo censura. Ello no ocurre frente al Estado.

De esta forma, vale recordar los enfrentamientos suscitados en Costa Rica durante buena parte del siglo diecinueve entre el Gobierno y la jerarquía eclesiástica, que culminaron con una buena cantidad de medidas, quizás impopulares en esa época, pero que hoy en día nadie cuestiona, como la secularización de los cementerios, o bien la introducción, a principios del siglo veinte en el sistema educativo, del estudio de las teorías evolutivas de Charles Darwin. Aquí el Estado no violentó las normas internas de la organización de la Iglesia ni tampoco las que relacionan a éstas con los feligreses. Simplemente estimó necesario y conveniente proceder como lo hizo, en ejercicio de las competencias que la Constitución le confería (y que aún mantiene) para la satisfacción del interés general. Entonces, en mi opinión esta acción se refiere a cuestiones ajenas al ámbito religioso.

Para efectos del ulterior razonamiento, parto de la existencia de dos tipos de matrimonio: el religioso y el estatal. El primero tiene reglas que el Estado debe respetar y, a su vez el segundo tiene las suyas que toda confesión religiosa también debe respetar. Se trata de respeto y de tolerancia. Sin embargo, el hecho de que el Estado tenga que respetar las normas religiosas, no significa que deba adoptarlas como suyas al promulgar las leyes que regirán los destinos de la sociedad, pues lo que importa es que el proceso de formación de éstas sea objetivo, transparente y sobre todo acorde con todos los principios y valores constitucionales, los cuales pueden coincidir o no con la visión de la Iglesia. Por este motivo es que no comparto que el concepto religioso de matrimonio sea “constitucionalizado”, pues como juez me encuentro obligado a resolver con base en criterios estrictamente jurídicos.

No puedo negar que la norma del Código de Familia que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo fue emitida en un contexto donde la Iglesia Católica tenía una fuerte influencia, que trascendía incluso al ámbito temporal, así como tampoco desconozco que el Constituyente de 1949 al hablar del matrimonio tuvo en su mente el matrimonio “heterosexual y monogámico”, tal como lo señala el voto de mayoría. Sin embargo, no puedo compartir que el método de interpretación histórico que utiliza la mayoría de la Sala para fundamentar sus argumentos, sea aplicable en este caso en menoscabo de los derechos de la minoría homosexual, así como de una adecuada interpretación de las normas de la Ley Fundamental, acordes con su carácter de norma general y suprema. Si esto fuera así en todos los casos, la Sala se convertiría en una simple “vocera” de la voluntad del Constituyente originario, sin tener posibilidad alguna de “actualizar” el sentido de las normas constitucionales, intentando dilucidar su sentido actual, tal como lo ha hecho en otras oportunidades. Ejemplo de ello, es el reconocimiento que la Sala hizo de la unión de hecho, aun cuando la voluntad del Constituyente originario no fue proteger este tipo de familias.

Considero que en el caso concreto ha operado una inconstitucionalidad sobreviniente de la norma impugnada, pues su sentido, originalmente acorde con el de la Constitución vigente al momento de su promulgación, ahora es contraria a la Carta evolucionada por la realidad social y el avance hacia una sociedad igualitaria y respetuosa de la dignidad humana. En la actualidad, las parejas homosexuales no sólo necesitan un parco reconocimiento oficial, pues en todo caso las preferencias sexuales se encuentran residenciadas en el ámbito de la más íntima libertad, intocable para el legislador, sino también la intervención del Estado para eliminar todas las barreras legales que continúan existiendo y que les impiden ser tratados en forma igualitaria. No basta con que la minoría homosexual ya no sea perseguida explícitamente para considerar que no es objeto de discriminación. Además, los ordenamientos jurídicos deben evolucionar y responder a las necesidades y realidades actuales, adecuándose a los principios más elementales que protegen al ser humano en su condición de tal.

No basta señalar que “la sociología”, “la mayoría de los antropólogos” o “la religión” han prohibido este tipo de uniones en matrimonio, no sólo por la vaguedad e imprecisión de dichas fuentes, sino porque una interpretación progresiva de nuestra Constitución y de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Costa Rica, no permiten excluir a la minoría homosexual de este instituto, según se analizará a continuación.

1. NORMAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VIOLADOS CON LA NORMA IMPUGNADA.

a) Sobre el principio de igualdad y no discriminación contraria a la dignidad humana.

No es ajeno a la Sala reconocer 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. Lo anterior obliga a tratar a iguales como iguales y a desiguales como tales, por lo que no resultaría discriminatorio ni contrario a la dignidad humana reconocer diferencias entre personas o grupos de ellas, siempre y cuando, la diferenciación tenga una justificación razonable y objetiva

Partiendo de lo anterior, debe tenerse en cuenta como premisa fundamental, que todo ser humano es digno en sí mismo y en consecuencia, es merecedor de respeto, sin importar su raza, religión, costumbres, orientación sexual, entre otros.

La dignidad es inherente a la condición de ser humano, por su misma naturaleza, por lo cual es un valor de orden superior que no depende del consenso social ni se mide por la manifestación de una persona. Ejemplo de ello es que aún cuando un ser humano fuese relegado a un trato indigno, perseguido, encerrado en un campo de concentración o eliminado, esta circunstancia eventual no degrada en lo absoluto su valor en tanto ser humano.

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.

Este principio de dignidad, base de nuestro ordenamiento jurídico, se convierte en una condición inherente a todo ser humano, por lo que en forma alguna se justifica que las parejas homosexuales sean tratadas en forma diferente, en detrimento de su libertad y dignidad, reduciéndolos a la condición de ciudadanos y ciudadanas de segunda categoría, algo intolerable en una sociedad democrática y plural como la diseñada por el constituyente. El voto de mayoría señala que la norma impugnada no es discriminatoria, por cuanto las parejas homosexuales no se encuentran en la misma posición jurídica de las parejas heterosexuales. 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 marginación y exclusión de las minorías homosexuales de los institutos jurídicos reconocidos al resto de las personas, entre ellos el matrimonio.

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

b) Sobre el principio de libertad

El accionante también reclama que la norma impugnada resulta violatoria del principio de libertad reconocido en el numeral 28 de la Constitución Política, lo cual comparte el suscrito al estimar que con la prohibición de contraer matrimonio a las personas del mismo sexo, el Estado está interviniendo en la esfera inalienable de libertad de cada sujeto.

El artículo 28 constitucional dispone que nadie puede ser perseguido ni inquietado por acto alguno que no infrinja la ley, pero además reconoce que están fuera del alcance de la ley todas las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a

terceros, con lo cual ni siquiera la ley puede invadir el ámbito intangible de la libertad, salvo en los casos que la misma Constitución lo permita.

En consecuencia, la potestad regulatoria del Estado no puede menoscabar el régimen de libertad de los individuos, por lo que ante cualquier medida restrictiva, debe sopesarse el perjuicio que genera en el titular de la libertad y el beneficio que la colectividad obtiene a partir de ello, para determinar si existe una justificación objetiva y razonable. Partiendo de lo anterior, considero que la prohibición impuesta a las personas del mismo sexo para contraer matrimonio entre sí, resulta inconstitucional, por violentar también lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política, pues con dicha prohibición se está produciendo un perjuicio evidente a las minorías homosexuales, sin que se esté protegiendo derechos de terceros o generando algún beneficio para la colectividad, toda vez que el vínculo matrimonial de las personas heterosexuales en nada se refuerza o se debilita por el hecho de que se permita a las personas del mismo sexo contraer matrimonio.

Asimismo, rechazo categóricamente que las relaciones homosexuales sean actos inmorales o contrarios a las buenas costumbres, pues ello no sólo sería reforzar sentimientos homofóbicos contra las parejas homosexuales, sino que además sería negar su dignidad como personas. La negación de la diversidad es el principio de la intolerancia, y la intolerancia es la forma más acabada de negación de la dignidad de las personas.

Es indudable que nadie puede realizarse como ser humano si no se respeta su ámbito de libertad, que comprende también su derecho a la libre orientación sexual, por lo que el Estado no debe ni puede intervenir en un aspecto tan íntimo como lo que cada persona decida o prefiera hacer en ejercicio de esa libertad.

Por lo anterior, y tomando en consideración que el Estado sólo puede intervenir en aras de proteger la moral, las buenas costumbres y los derechos de terceros, considero que la norma impugnada debe ser declarada inconstitucional pues la prohibición no responde a ninguno de esos supuestos, constituyéndose así en una norma carente de razón y ajena al régimen democrático.

c) Sobre el principio de razonabilidad.

La Sala ha reconocido que para que un acto limitativo de derechos sea razonable debe cumplir una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional.

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

Al no cumplirse ni siquiera el requisito de necesidad de la norma, tampoco puede considerarse que sea idónea y proporcional al fin que se pretende conseguir, el cual no es más que continuar marginando a las parejas del mismo sexo al negárseles la posibilidad de contraer matrimonio. Lo anterior, no significa que el Estado no tenga la posibilidad de regular e imponer límites al matrimonio, tal como lo hace en el artículo 14 del Código de Familia, sin embargo estos límites deben ser razonables y objetivos, lo cual no ocurre con el contemplado en el inciso 6) de dicho artículo, por todas las razones ya indicadas.

Aun cuando la Procuraduría General de la República y la mayoría de la Sala consideran que la norma persigue un fin legítimo que es proteger el tipo de matrimonio adoptado por el Constituyente originario, reitero mi oposición a este argumento, pues bajo esa perspectiva, la Sala no podría declarar nunca la inconstitucionalidad de una norma que deviene inconstitucional por el pasar del tiempo. Dicha tesis negaría la existencia del instituto de la inconstitucionalidad sobreviniente, ya ampliamente reconocida en la jurisprudencia constitucional. Como indiqué antes, si bien el método de interpretación histórico es válido, no debe utilizarse en menoscabo de los derechos de una minoría.

d) Sobre el concepto de familia y el matrimonio como derecho fundamental.

Aunado a lo ya indicado, considero que lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política que se refieren a la familia y al matrimonio, también deben tomarse en cuenta para concluir que la prohibición contenida en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia resulta contraria al Derecho de la Constitución.

El artículo 51 constitucional determina que la familia es el elemento natural y fundamento de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección especial del Estado. De dicho artículo no se desprende cuál es la definición del concepto de familia de la cual se debe partir; sin embargo, en la actualidad ya no puede entenderse que se trata únicamente de la familia nuclear, compuesta por mamá, papá e hijos.

Es claro que ya se encuentra superada la concepción de la familia basada sólo en la capacidad de procreación y de asistencia de los hijos, pues bajo ese supuesto tendría que entenderse que los matrimonios donde no existen hijos no pueden ser englobados dentro del concepto de familia. De igual forma, existen familias compuestas por abuelos, sobrinos, primos, tíos, e inclusive personas que no están unidas por un vínculo de parentesco, pero que han decidido llevar una convivencia común. Asimismo, es sabido que en la actualidad la mayoría de los hogares costarricenses están compuestos únicamente por jefas de hogar, e incluso es un hecho público y notorio en nuestro país, que un tribunal de familia otorgó la custodia de un menor a una persona que nació bajo el sexo masculino pero que decidió vivir su vida como mujer, pues se determinó que el menor tenía fuertes lazos emocionales con esa persona, considerándola “su mamá”. Estas condiciones “especiales” que he mencionado, no menoscaba la condición de familia de estos núcleos, por lo que se evidencia que el concepto no puede ser entendido en la actualidad desde el punto de vista tradicional.

Resulta entonces que el concepto de familia es mucho más amplio y complejo actualmente, pues se trata más bien de proteger la convivencia ligada por lazos emocionales conjuntos. En ese sentido, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Violencia contra las Mujeres, Radhika Coomaraswamy: señaló que *“... no se debería definir la familia mediante una construcción formalista, nuclear, la de marido, mujer e hijos/as. La familia es el lugar donde las personas aprenden a cuidar y a ser cuidadas, a confiar y a que se confíe en ellas, a nutrir a otras personas y a nutrirse de ellas”*, lo cual abre la puerta para reconocer la multiplicidad de formas familiares existentes. (Citado por Claudia Hinojosa y Alejandra Sardá en “Consecuencias económicas y sociales de la discriminación contra las lesbianas en América Latina”, página web <http://www.rebellion.org/mujer/031028ch.htm>)

En consecuencia, considero que no puede negarse que las parejas homosexuales que tienen una relación permanente y estable se engloben dentro del concepto de familia, pues las definiciones de familia basadas en el parentesco o en la unión de un hombre con una mujer se encuentran superadas por la realidad actual y únicamente sirven para impedir que todas las personas, sin importar sus preferencias sexuales, puedan disfrutar igualmente de sus derechos.

Por lo anterior, y tomando en consideración que el artículo 52 constitucional reconoce que “el matrimonio es la base esencial de la familia”, no puede negarse a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio, pues como indiqué, éstas también deben englobarse dentro del concepto de familia que regula la Constitución. En consecuencia, considero que la prohibición contenida en la norma impugnada resulta violatoria también de lo dispuesto en los numerales 51 y 52 de la Constitución Política.

Tampoco puede negarse que el matrimonio en sí mismo es un derecho fundamental, y la propia Sala así lo ha reconocido a partir de lo dispuesto en el artículo 52 Constitucional y en los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinando que en virtud de ello, no puede ser impedido u obstaculizado de modo irrazonable por el Estado (sentencia N°3693-94, de las 9:18 horas del 22 de julio de 1994). Si el matrimonio es un derecho fundamental, es inherente a la propia condición humana sin importar la orientación sexual de la persona.

Por lo anterior, no comparto el criterio de la mayoría de la Sala ni de la Procuraduría General de la República, en el sentido de que la protección a las parejas homosexuales es materia

que debe ser reservada al legislador. Esto no es más que negar la importancia de los principios y derechos constitucionales que están en juego en este caso, además de desconocer el plano de igualdad en que se encuentran las parejas homosexuales con relación a las demás. Tampoco considero que deban forzarse otras figuras del derecho común para regular todo lo relativo a las uniones de personas del mismo sexo, pues el matrimonio es el instituto jurídico reconocido por el Estado para la protección de la familia, concepto dentro del cual debe incluirse a las parejas homosexuales que hayan optado libremente por formar una familia. Crear institutos “especiales” para regular estas uniones más bien propicia y acrecienta la discriminación y la homofobia.

Por ello, el matrimonio seglar debe verse en sus dos vertientes, pues además de ser un derecho fundamental en sí mismo, es el instituto o acto jurídico que el Estado ha reconocido como medio de formalizar una unión, que tiene efectos civiles y que en consecuencia, debe estar al alcance de cualquier persona sin importar su orientación sexual.

2. NORMAS DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS VIOLADAS CON LA NORMA IMPUGNADA.

Además de las normas constitucionales violentadas, considero que la prohibición de contraer matrimonio impuesta a las personas del mismo sexo, también resulta contraria a una serie de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aprobados por Costa Rica.

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

De igual forma, el artículo 23 inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el *“derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello”*.

En el ámbito americano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo 2° que *“todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”* Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 1° que: *“Los estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*

De la interpretación armónica de los textos normativos mencionados, se desprende con toda claridad que en ellos no se permite restricción alguna para contraer matrimonio por razones de orientación sexual, y aun cuando se estipula que es un derecho de todo “hombre y mujer”, no establece la obligación de que sea necesariamente una unión de hombres y mujeres entre sí. Por el contrario, debe interpretarse a la luz del principio de igualdad, que el matrimonio es un derecho consustancial a hombres y mujeres, pero no únicamente para ser ejercido por parte de parejas compuestas por personas de distinto sexo. Esto debe ser así, en virtud del principio pro homine y pro libertate, que obligan siempre a interpretar las normas relativas a derechos fundamentales, a favor de la persona.

Tanto el informe de la Procuraduría General de la República como el voto de mayoría de la Sala se limitan a citar resoluciones de Tribunales extranjeros que datan de hace varios años, desconociendo la nueva tendencia de protección a estas uniones. Si bien existen resoluciones que escapan de nuestra realidad al desarrollarse en el ámbito europeo, sirven para ejemplificar la tendencia expansiva y progresiva que existe en el mundo en esta materia.

El primer paso lo constituyó la Recomendación 924/1981 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que instó a los Estados miembros a abolir las leyes que sancionaban penalmente la homosexualidad. A partir de ese momento ha existido una apertura progresiva para la protección de las minorías homosexuales, que ha dejado sin vigencia resoluciones como las que cita la sentencia de mayoría.

En el caso Salgueiro de Silva Mouta contra Portugal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció que el artículo 14 del Convenio que se refiere a la no discriminación, incluye el concepto de la orientación sexual.

De igual forma, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su comunicación Nº 941/2000 determinó que la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye también la discriminación basada en motivos de orientación sexual.

De enorme relevancia también resulta la resolución 28/1994 del Parlamento Europeo, mediante la cual se recomienda por primera vez a los Estados miembros que se ponga fin a la prohibición de contraer matrimonio, o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes, a las parejas de lesbianas o de homosexuales, garantizando a dichas uniones los derechos y beneficios del matrimonio.

En el año 1999, el Tratado de Ámsterdam modificó el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, estableciendo que debían adoptarse las acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u **orientación sexual**, incorporando por primera vez este término en un tratado internacional como elemento descalificador de cualquier discriminación efectuada en razón de éste.

Por lo anterior, al citarse en el voto de mayoría el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del año 1990, basado en el Convenio de Roma, se está desconociendo que en la actualidad existen instrumentos internacionales más recientes que han ampliado la protección a las minorías homosexuales y que prohíben toda forma de discriminación, incluyendo aquella por razones de orientación sexual. No toma en consideración la mayoría de la Sala que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea firmada en Niza el siete de diciembre de dos mil, sea con posterioridad al Convenio de Roma, establece en su artículo 21 la prohibición de *“toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u **orientación sexual**”*. Además, dicha Carta establece el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia en su artículo 9, el cual debe ser interpretado a la luz del principio de igualdad contenido en el numeral 21 ya comentado.

Como puede observarse, la tendencia expansiva y progresiva de los derechos humanos ha llevado a los países a sumarse a la lucha contra toda forma de discriminación, incluyendo la basada en la orientación sexual. De ahí el reconocimiento que se ha dado al matrimonio entre personas del mismo sexo en países como Canadá, Holanda, Bélgica, España y en los estados de Massachussets y California en Estados Unidos.

Si bien algunos países han adoptado el cambio a través de reformas legales, fue en virtud de que la discusión se planteó primero en el ámbito legislativo, sin que ello enerve la posibilidad de que sea en el ámbito judicial donde se realice este avance, pues en el fondo, el reconocimiento de derechos de las personas homosexuales a contraer matrimonio, es simplemente el acatamiento del sistema constitucional según el significado actual de la Ley Fundamental. Ejemplo de ello, es que también hay ordenamientos que evolucionaron a través de resoluciones judiciales que consideraron inconstitucionales y violatorias de derechos humanos las prohibiciones legales que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo. Canadá es uno de esos casos, donde primero se dictaron resoluciones judiciales en la mayoría de los Estados, y no fue sino hasta el año 2005 que se emitió una ley federal para uniformar su tratamiento. De igual forma, desde el 18 de noviembre de 2003, en el Estado de Massachussets en Estados Unidos, la Corte Judicial Suprema había

declarado inconstitucionales y discriminatorias las leyes estatales que impedían el matrimonio del mismo sexo, aun con la oposición del Congreso.

De lo anterior se desprende que el reconocimiento a las uniones entre personas del mismo sexo, es un tema que está en constante avance en los diferentes ordenamientos jurídicos, por lo que Costa Rica no debe ser la excepción. Como estado históricamente respetuoso de la institucionalidad y los derechos de las personas, debe adoptar las medidas necesarias para abolir cualquier forma de discriminación contraria a la dignidad humana, como la que es objeto de esta acción.

Conclusiones

A partir de todos los argumentos anteriormente esbozados, considero que la norma impugnada resulta violatoria de los principios y valores que informan nuestra Constitución Política, así como de lo dispuesto en instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica en materia de derechos humanos.

Con mi voto pretendo anular la norma que establece la prohibición a las personas del mismo sexo para contraer matrimonio, y en consecuencia, reconocer a las parejas homosexuales **todos** los derechos que disfrutaban las parejas heterosexuales, entre ellos los relativos a la seguridad social, prestaciones laborales, adopciones, guarda y crianza conjunta de menores, entre otros. Lo anterior, por cuanto no considero que en la presente acción se pueda eliminar una discriminación, para imponer otra, como lo sería limitar cualquier derecho que ya es otorgado a las parejas heterosexuales en virtud del matrimonio.

Si bien no es el objeto de esta acción, estoy conciente de la puerta que se abre al aceptar el matrimonio de las parejas homosexuales en cuanto al tema de la adopción y guarda y crianza de menores, lo cual no considero sea un tema a discutir en esta sede, pues el otorgamiento de este derecho no operará de forma automática, sino que las parejas homosexuales –al igual que las heterosexuales- deberán reunir todos los demás requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para recibir un menor, y en consecuencia, debe demostrarse a través de informes psicosociales y estudios rigurosos la idoneidad o no de la pareja, lo cual obviamente escapa de la materia constitucional y corresponde determinar a las instancias técnicas correspondientes.

En todo caso, estimo que debe otorgarse la posibilidad a las parejas homosexuales de decidir si desean vivir bajo la institución del matrimonio, o si por el contrario desean continuar su soltería o vivir en un régimen de unión de hecho, en cuyo caso también debe otorgarse reconocimiento después de una convivencia de tres años, tal como sucede en el caso de las parejas heterosexuales. Por lo anterior, como consecuencia de mi voto, también creo indispensable interpretar el artículo 242 del Código de Familia, en el sentido de que la unión de hecho también debe reconocerse en el caso de parejas del mismo sexo, pues al eliminarse la prohibición para contraer matrimonio tienen aptitud legal para que se les reconozca su unión de hecho también.

En consecuencia, he decidido apartarme del criterio de mis compañeros, pues estimo que el rompimiento de barreras legales es el primer paso para lograr una evolución verdadera en la mentalidad del sector de la población que desconoce los derechos de la minoría homosexual y de cualesquiera otras minorías afectadas por estigmas discriminatorios y mermados en sus derechos fundamentales. De lo contrario, no se hace más que reforzar los sentimientos de irracional intolerancia e impedir una integración real e igualitaria de este sector de hombres y mujeres, así como obstaculizar la impostergable puesta en práctica de estrategias de educación y concienciación en torno a la diversidad sexual y a la igualdad como norte ineludible de nuestro sistema político.

Adrián Vargas B.

69/03-8127

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO JINESTA LOBO

El suscrito Magistrado salva el voto, y declara con lugar la acción, por lo que admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, dejando a salvo algunos efectos jurídicos, tales como la adopción de menores de edad y la patria potestad compartida de éstos. Lo anterior, con fundamento en las siguientes consideraciones:

I.- INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA Y FINALISTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.

La interpretación de las normas jurídicas por los operadores jurídicos con el propósito de aplicarlas no puede hacerse, única y exclusivamente, con fundamento en su tenor literal, puesto que, para desentrañar, entender y comprender su verdadero sentido, significado y alcances es preciso acudir a diversos instrumentos hermenéuticos tales como el finalista, el institucional, el sistemático y el histórico-evolutivo. Sobre este particular, el Título Preliminar del Código Civil en su numeral 10 establece que "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas". Las proposiciones normativas se componen de términos lingüísticos los que tienen un área de significado o campo de referencia así como, también, una zona de incertidumbre o indeterminación, que puede provocar serios equívocos en su interpretación y eventual aplicación. En virtud de lo anterior, al interpretar una norma es preciso indagar su objetivo (ratio) o fin propuesto y supuesto, respecto del cual la norma tiene naturaleza instrumental - método teleológico-. El interprete debe, asimismo, confrontarla, relacionarla y concordarla con el resto de las normas jurídicas que conforman en particular una institución jurídica - método institucional- y, en general, el ordenamiento jurídico -método sistemático-, puesto que, las normas no son compartimentos estancos y aislados sino que se encuentran conexas y coordinadas con otras, de forma explícita o implícita. Finalmente, es preciso tomar en consideración la realidad socio-económica e histórica a la cual se aplica una norma jurídica, la cual es variable y mutable por su enorme dinamismo, de tal forma que debe ser aplicada para coyunturas históricas en constante mutación -método histórico-evolutivo-. Cuando de interpretar una norma jurídica se trata, el intérprete no puede utilizar uno solo de los instrumentos indicados, por no tener un carácter excluyente, sino que los mismos son diversos momentos o estadios imprescindibles del entero y trascendente acto interpretativo. La interpretación evolutiva de la norma constitucional a la luz de la realidad o del contexto social imperante en un momento histórico determinado, se impone con mayor fuerza, dada, en la mayoría de las ocasiones, su textura abierta e indeterminada, lo cual facilita la solución de diversas controversias de interés en vista de la vocación de permanencia relativa de todo texto fundamental.

II.- INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL ORDINAL 52 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

El numeral 52 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

"El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges"

Este precepto constitucional fue concebido por el constituyente originario con una gran capacidad visionaria y de adaptación a las nuevas y siempre mutables circunstancias que surgieran en el contexto social, en efecto, el precepto no hace referencia, bajo ningún concepto, al matrimonio heterosexual, puesto que, no limita los contornos de la institución a una unión ente un hombre y una mujer, el único término que emplea es el de cónyuges, rol o papel que puede ser desempeñado por personas de distinto o de igual sexo. De otra parte, si bien es cierto la norma fundamental de comentario proclama que el matrimonio es la base esencial de la familia, esa sola circunstancia no excluye el matrimonio entre personas del mismo sexo con el fin de contar con un modelo jurídico de convivencia que sirva de marco para regular ciertas consecuencias jurídicas y patrimoniales. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos, respectivamente, 16, 23 y 17 le reconocen a los hombres y mujeres, a partir de la

edad núbil, el derecho a casarse o contraer matrimonio, previo y pleno consentimiento de los contrayentes, sin excluir expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo.

III.- DIGNIDAD INTRÍNSECA A LAS PERSONAS CON UNA ORIENTACIÓN HOMOSEXUAL. Las personas que tienen una orientación sexual diferente a la social y culturalmente común -heterosexual- gozan de una serie de derechos fundamentales y humanos inherentes a su sola condición de persona y a su dignidad humana intrínseca. En efecto, uno de los valores y principios ancilares del Derecho de la Constitución lo constituye la dignidad sobre el cual se erige el edificio entero de la parte dogmática de la Constitución, esto es, de los derechos fundamentales de las personas. Es a partir del reconocimiento de la dignidad intrínseca al ser humano que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y las Constituciones internas le otorgan una serie de libertades y derechos indiscutibles y universalmente aceptados. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en su Preámbulo y artículo 1° establece, respectivamente, lo siguiente:

"Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)"

"Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)"

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11, párrafo 1°, bajo el epígrafe de "Protección de la Honra y de la Dignidad" dispone lo siguiente:

"1. Toda persona tiene derecho al (...) reconocimiento de su dignidad"

Por su parte, nuestra Constitución Política en su artículo 33 proscribiera cualquier discriminación contraria a la dignidad humana. Tales mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la propia norma fundamental imponen el respeto y reconocimiento de la dignidad intrínseca de las personas que tienen una orientación sexual particular y que desean tener un modelo jurídico determinado de regulación de su convivencia, como el matrimonio, con otras parejas del mismo sexo.

IV.- DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON UNA ORIENTACIÓN HOMOSEXUAL. Las personas con una orientación sexual determinada y diferente a la comúnmente aceptada, no debe ser objeto de discriminaciones por esa sola condición. Es evidente que, el artículo 14, inciso 6), del Código de Familia al establecer un motivo de impedimento legal del matrimonio entre personas de un mismo sexo, resulta, a todas luces, discriminatorio, puesto que, no existe un motivo objetivo y razonable para formularlo, sobre todo, si esa institución tiene por objeto fundamental la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio, aspectos que, también, pueden predicarse respecto de una pareja del mismo sexo y no exclusivamente de una heterosexual. Adicionalmente, el entero ordenamiento jurídico interno, resulta desde una perspectiva sistemática y general, discriminatorio, en cuanto no le ofrece a las parejas del mismo sexo otra alternativa de convivencia, condenándolas a tener una existencia fáctica sin regulación normativa alguna y, por consiguiente, dejando sus efectos y consecuencias en un limbo jurídico con la correlativa y manifiesta inseguridad jurídica que acarrea esa laguna normativa.

V.- LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LAS PERSONAS CON UNA ORIENTACIÓN HOMOSEXUAL. El fundamento de los derechos humanos y fundamentales encuentra asidero en la dignidad intrínseca a todo ser humano y, desde luego, en el libre albedrío que le es consustancial. Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad o a su propia autodeterminación, siendo una de sus principales manifestaciones la orientación sexual por la que opte, la cual forma parte de la esfera de intimidad o privacidad por lo que debe estar exenta de cualquier injerencia externa. Si la escogencia de una determinada orientación sexual forma parte del libre desarrollo de la personalidad, el Estado y sus instituciones deben adoptar todas aquellas medidas necesarias y pertinentes que la respeten y estimulen, de modo que no puede soslayarse la determinación que libremente adopta un grupo considerable de la población, propiciando una anomia e inseguridad jurídica. Todo ser humano tiene el derecho a autodeterminarse con el

propósito de ser feliz, siempre que no transgreda los derechos de los terceros y los límites intrínsecos y extrínsecos (v. gr. orden público, buenas costumbres, moral, etc.) de los derechos fundamentales de los que son titulares. Si un ser humano obtiene felicidad y desarrollo pleno manteniendo una relación de pareja con una persona del mismo sexo tanto los entes públicos como el resto de la colectividad deben respetar y tolerar esa opción libre de autodeterminación o de desarrollo de la personalidad y, desde luego, lo que es más importante, ofrecer soluciones y alternativas jurídicas para regular y normar esas situaciones evitando la inercia en su abordaje en virtud de una serie de prejuicios históricos, sociales y religiosos. Finalmente, cabe agregar que son consustanciales a un Estado Social y Democrático de Derecho maduro los valores constitucionales de la tolerancia y el respeto por las opciones que, en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, adopten las personas.

VI.- INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y LA LIMITACIÓN DE ALGUNOS EFECTOS INHERENTES AL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. La Declaración de los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1959, resolución 1386, XIV) establece en su Principio 2º que en las medidas legislativas y de otra índole que se adopten para la protección especial del menor, su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social normal y en condiciones de libertad y dignidad "(...) la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño" -concepto reiterado en el Principio 7º, párrafo 2º-. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3º, párrafo 1º, preceptúa que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". De otra parte, precisamente en aras del interés superior del niño, en condiciones ordinarias y normales, tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos y, desde luego, para su pleno y armonioso desarrollo de su personalidad a contar, salvo excepciones calificadas, con la presencia permanente de la figura paterna y materna (artículos 7º, párrafo 1º, 9º, 10 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Sobre este particular, el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, dispone que "El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres (...)". La presencia de la figura paterna y materna y de sus distintos roles, como derecho del niño en condiciones ordinarias, determina que ciertos efectos inherentes a la institución del matrimonio, no puedan ser reconocidos a las parejas de un mismo sexo que optan por ese modelo jurídico de convivencia, tales como la posibilidad de adoptar menores de edad o bien de compartir la patria potestad, en caso de disolución de un matrimonio heterosexual previo.

Ernesto Jinesta Lobo

Nota del Magistrado Cruz Castro: Coincido plenamente con el criterio que se expresa en el voto mayoritario, sin embargo, debo destacar que desde el punto de vista socio-cultural, el matrimonio ha tenido una clara vocación heterosexual. Antes que surgiera el tema de los derechos fundamentales, con la revolución norteamericana y la revolución francesa, el matrimonio se concebía como un instituto que requería que los cónyuges fuesen de diferente sexo. Esta definición no sólo tiene un origen ético-religioso, especialmente en la perspectiva judeocristiana, sino que cumple una función muy importante: ser un poderoso instrumento de control de la sociedad patriarcal sobre la mujer. En el derecho romano, de indudable valor en la cultura occidental, los derechos de la mujer casada tenían una clara restricción a favor del esposo. Esta asimetría no puede considerarse como una protección para las mujeres, pues más bien se las catalogaba como incapaces de ejercer su libertad. La Historia del Derecho, desde las leyes babilónicas, las normas que contiene el Antiguo Testamento, las Epístolas de San Pablo, los textos de los Padres de la Iglesia y de los Escolásticos, las normas

vigentes en la Grecia clásica, el derecho romano, el derecho medieval hasta el Código Napoleón y todos los cuerpos normativos que de él se derivan, demuestran que el matrimonio y la familia que lo sustenta, se erigió como un instrumento de control de la cultura patriarcal y de los varones sobre las mujeres. El matrimonio suponía la existencia de una persona que se sometía a la voluntad y el control de la otra, en este caso, las mujeres debían acatar la voluntad del marido. En el siglo XIX, el jurisconsulto inglés Sir William Blackstone, describía el matrimonio en términos esencialmente asimétricos, destacando que este instituto "...anula la misma existencia legal de la mujer, o al menos queda incorporada o consolidada en la del marido, bajo cuya ala, protección y cobijo ella realiza todo....Mi mujer y yo somos uno, y ese uno soy yo...". Hasta 1975, el código civil español equiparaba la mujer casada a los niños, a los locos o dementes y a los sordomudos que no supieran leer ni escribir; esta definición les impedía contratar (art. 1263 del código civil español). El papel de la mujer dentro de la institución matrimonial tenía una clara definición y vocación subalterna. Los escritos desde el medioevo hasta la década del setenta del siglo veinte, destacan en la mujer la sumisión y la obediencia al marido, aún contra sus propios intereses. Por ejemplo, entre las familias reales existía la regla que establecía que si no podía heredar un varón, las propiedades y el título no lo podía ejercer, autónomamente, una mujer. Así le ocurrió a Leonor de Aquitania, a quien no se le permitió gobernar por sí misma, debiendo cederlo a los sucesivos esposos que tuvo. En alguna ocasión, uno de sus cónyuges la privó de su libertad, sin que tal acción tuviese consecuencias, pues era admisible que el marido le limitara la libertad a su esposa. Ni siquiera con la Ilustración y sus filósofos se modificó la situación, pues los derechos fundamentales de las personas, especialmente la libertad, no incluía a las mujeres. Esta discriminación la asumieron y la legitimaron intelectuales tan prestigiosos como Kant, Rousseau y Locke. Rousseau proponía que para los "...varones la política, la jerarquía, la cultural, el temple, el valor y el acuerdo. Para las mujeres, el arreglo de la casa, la obediencia, la dulzura y en general facilitar la libertad y el éxito de los varones...". No es casual que hace quince años se admitía en muchos países, que la mujer podía ser sometida sexualmente mediante violencia por su marido, sin que cometiera el delito de violación. La historia de la institución matrimonial demuestra poca compatibilidad con los derechos fundamentales; se ha tenido que hacer un gran esfuerzo, que todavía no ha concluido, para que el matrimonio sea compatible con las libertades fundamentales. No ha sido una institución que haya propiciado la dignidad y la autonomía de las mujeres; su historia es constitucionalmente impresentable, por esta razón estimo que el matrimonio no es un derecho humano fundamental.. La imposibilidad que dos personas del mismo sexo no puedan contraer matrimonio conforme al marco jurídico tradicional, no conculca ningún derecho constitucional, pues en materia afectiva, no es la autoridad política la que legitima y reivindica tales uniones. El análisis crítico y los trabajos de investigación que han hecho destacadas intelectuales costarricenses como Yadira Calvo y Eugenia Rodríguez, demuestran que el matrimonio ha sido más una institución de control sobre las mujeres que un espacio que haya propiciado el desarrollo de su dignidad. Lo que no puede hacer el Estado es impedir que los ciudadanos, ejerciendo su libertad, constituyan las relaciones afectivas que estimen convenientes, salvo las limitaciones que prevé el artículo 28 de la Constitución Política. En este sentido, las parejas del mismo sexo, no tienen ninguna limitación. El reconocimiento constitucional del matrimonio que contiene el artículo cincuenta y dos, responde a una tradición socio-cultural que tiene poca relación con la historia política de la libertad. Esta es la razón por la que se reconoció la unión de hecho, como una manifestación alternativa de la forma en que las personas consideran que deben expresar su afecto, sin necesidad que exista una intervención estatal. Los efectos de las uniones sí tienen trascendencia constitucional respecto de la descendencia, los bienes y la ayuda económica solidaria. Empero, respecto a la legitimidad y pertinencia de una relación afectiva entre dos personas, la intervención del Estado no es determinante ni constitucionalmente trascendente. Si se impidiera la convivencia de ciudadanos del mismo sexo o se criminalizara la homosexualidad, sí se estarían conculcando derechos tan importantes como la intimidad y la dignidad.

No me cabe la menor duda que uno de los elementos decisivos en esta polémica, es la intolerancia de una sociedad que asume, erróneamente, la homogeneidad y que ignora el derecho a ser diferente, siempre que tal disidencia no exceda los límites que fija el artículo 28 de la Constitución Política. En la historia trágica de la intolerancia, el caso del escritor irlandés Oscar Wilde, es paradigmática. Su vida se malogró a causa de la intolerancia de una sociedad que no admitía que su preferencia afectiva no fuese heterosexual. Este drama lo describe muy bien el escritor en su obra: "De profundis- La tragedia de mi vida", al señalar los efectos lacerantes y trágicos de una sociedad que tradujo su intolerancia en normas penales que reprimían la homosexualidad y que permitieron el enjuiciamiento y condena de Wilde, a quien se le impuso dos años de trabajos forzados en la cárcel de Reading. El escritor irlandés capta muy bien la esencia de la intolerancia que ha reprimido sin rubor a los que se cataloga como diferentes, despojándolos de su dignidad, tal como ha ocurrido con los negros, las mujeres, los homosexuales, los judíos, los árabes, los indígenas, etc; la lista es interminable, sin embargo, vale la pena recordar los efectos de estas "sentencias sociales" dictadas desde el podio del prejuicio y la intolerancia. La sensibilidad de Wilde capta muy bien los efectos de la represión que se sustenta en la intolerancia, cuando en la obra mencionada describe su dolor y su drama, en los siguientes términos: "...En todos nuestros procesos nos jugamos la vida, así como todas las sentencias son para nosotros sentencias de muerte. Y yo he sido procesado tres veces. La primera vez abandoné la sala para quedar detenido; la segunda, para ser conducido de nuevo a la prisión, y la tercera, para irme dos años a la celda de un presidio. La sociedad, tal como la hemos ordenado, no me reserva ningún puesto, ni puede brindarme ninguno: pero la naturaleza, cuya dulce lluvia cae lo mismo sobre los justos que sobre los pecadores, tendrá en las rocas de sus montañas alguna hendidura en que me pueda refugiar y valles ocultos en cuyo silencio me sea dado llorar libremente. Ella hará que la noche se pueble de estrellas, para que yo, en el destierro, pueda caminar seguro en las tinieblas. Y hará que el viento borre las huellas de mis pasos, para que nadie pueda perseguirme y dañarme. Lavará mis faltas en la inmensidad de sus aguas y me curará con sus hierbas amargas. (.....). ¡ Cuán mezquino y estrecho es este nuestro siglo, y qué poco apropiado a sus vicios ! Al éxito le da un palacio de porfirio, pero no tiene siquiera una choza para la vergüenza y el dolor. Cuánto puede hacer por mí es invitarme a cambiar de nombre, cuando la misma Edad Media hubiérame ofrecido el capuchón de monje o el cubrefaz del leproso, tras los cuales hubiera podido vivir en paz.....". La acción planteada tiene relación con la intolerancia, cuyo sustento y esencia no puede disiparse en esta instancia constitucional. Si hubiese verdadera tolerancia y respeto por las opciones diferentes, el reconocimiento estatal de la unión entre personas del mismo sexo, no tendría trascendencia. La jurisdicción constitucional abre espacios de libertad y puede ampliar, en algunas ocasiones, el contenido y alcance de los valores democráticos, pero en este caso, el activismo judicial no puede exceder una clara y definida tradición socio-histórica que ha determinado que el matrimonio es una institución aplicable a los heterosexuales. Esta autocontención de la jurisdicción constitucional no excluye, de ninguna manera, la actividad del parlamento, como expresión directa de la voluntad popular, para que adopte las medidas que estime pertinentes a favor de las personas del mismo sexo que conviven en una unión estable y que enfrentan imprecisiones normativas respecto de los bienes en común o el auxilio que debe brindar la seguridad social y otras instancias de vocación solidaria, cuando fallece alguno de sus integrantes o se produce la ruptura. En una sociedad pluralista, al igual que se resolvió en el caso de las uniones de hecho, la autoridad política por excelencia como el parlamento, debe propiciar múltiples opciones para que las personas que sin constituir un matrimonio, en su visión tradicional, puedan encontrar un marco jurídico legal que contemple las particularidades derivadas de una convivencia en la que se crea una relación de solidaridad y afecto.

Fernando Cruz Castro

ANEXO #6

Adoption and Co-parenting of Children by Same-sex Couples

POSITION STATEMENT

Approved by the Board of Trustees, November 2002

Approved by the Assembly, November 2002

"Policy documents are approved by the APA Assembly and Board of Trustees... These are ... position statements that define APA official policy on specific subjects..." -- *APA Operations Manual*.

Numerous studies over the last three decades consistently demonstrate that children raised by gay or lesbian parents exhibit the same level of emotional, cognitive, social, and sexual functioning as children raised by heterosexual parents. This research indicates that optimal development for children is based not on the sexual orientation of the parents, but on stable attachments to committed and nurturing adults. The research also shows that children who have two parents, regardless of the parents' sexual orientations, do better than children with only one parent.

While some states have approved legislation sanctioning second parent adoption, other court judgments and legislation have prohibited lesbian women and gay men from adopting or co-parenting. Therefore, in most of the United States, only one partner in a committed gay or lesbian couple may have a legal parental relationship to a child they are raising together. Adoption by a second parent, however, would not only formalize a child's existing relationships with both parents in a same-sex couple, it would also provide vital security for the child. Children could avail themselves of both parents' health insurance benefits, access to medical care, death benefits, inheritance rights, and child support from both parents in the event of separation. Adoption protects both parents' rights to custody and/or visitation if the couple separates or if one parent dies.

The American Psychiatric Association has historically supported equity, parity, and non-discrimination regarding legal issues affecting mental health. In 2000, APA supported the legal recognition of same sex unions and their associated legal rights, benefits, and responsibilities. APA has also supported efforts to educate the public about homosexuality and the mental health needs of lesbian women, gay men, and their families. Removing legal barriers that adversely affect the emotional and physical health of children raised by lesbian and gay parents is consistent with the goals of the APA.

The American Psychiatric Association supports initiatives which allow same-sex couples to adopt and co-parent children and supports all the associated legal rights, benefits, and responsibilities which arise from such initiatives.

This position statement was drafted and proposed by the Committee on Gay, Lesbian, and Bisexual Issues and was supported by the Council on Minority Mental Health and Health Disparities.



The American Psychiatric Association is a national medical specialty society, founded in 1844, whose 36,500 physician members specialize in the diagnosis and treatment of mental and emotional illnesses including substance use disorders.

The American Psychiatric Association

1400 K Street NW • Washington, D.C. 20005

Telephone: (888) 357-7924 • Fax: (202) 682-6850 • Email: apa@psych.org

7. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALONSO GARCÍA (Enrique) La interpretación de la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección "Estudios Constitucionales", 1984.

ÁLVAREZ CONDE (Enrique) Curso de Derecho Constitucional, Madrid, Editorial Tecnos S.A., V. I, 1992.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. Rompamos el silencio. Violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual, Madrid, Editorial Amnistía Internacional, 1994.

BIDART CAMPOS (German) Manual de Derecho Constitucional argentino, Argentina, EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 6ª ed., 1978.

CASTÁN TOBEÑAS (José) Los Derechos del Hombre, Madrid, Editorial Reus, 2ª ed, 1969.

COSTA RICA Constitución Política de la República de Costa Rica: comentada y anotada por Rubén HERNÁNDEZ VALLE, San José, Editorial Juricentro, 1ª ed., 1998.

DE ESTEBAN (Jorge) y GONZÁLEZ-TREVIJANO (Pedro J.) Curso de Derecho Constitucional Español, Madrid, 1ª ed., T. II, 1993.

DERMIZAKY (Pablo) Derecho Constitucional, Cochabamba, Bolivia, Editorial Universitaria, 1ª ed., T. I, 1985.

DÍEZ-PICAZO (Luis) y otros La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemania, España, Francia, e Italia, Madrid, Servicio de

publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Editorial Civitas S.A., 1ª ed., 1 991.

ESPINOZA RAUSSEO (Alexander) Derecho Constitucional en Alemania y Austria: Principios de la Constitución y Derechos Fundamentales, Caracas, 1 997.

FIX-ZAMUDIO (Héctor) y otros La Jurisdicción Constitucional, San José, Seminario sobre Justicia Constitucional, III Aniversario de la Creación de la Sala Constitucional, Editorial Juricentro, 1 993.

GARCÍA GÓMEZ (M.) Derechos Humanos y Constitución Española, Madrid, Editorial Alhambra S. A., 2ª de., 1.985.

GOLDMAN (Howard). Psiquiatría general, México, Editorial El Manual Moderno S.A., 2ª edición, 1989.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén) El Derecho de la Constitución, San José, Editorial Juricentro, 1ª ed., V. I y II, 1 994.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén) Prerrogativa y garantía, San José, EUNED, 2ª reimp. de la 1ª ed, 1 997

LAMAS (Marta). La antropología feminista y la categoría "género", Nueva Antropología. Estudios sobre la mujer: problemas teóricos, México, 1986.

LERNER (Natán) Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación, México, D. F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2ª ed., 1 991.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier) La prisión preventiva, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., 1ª ed., 1 997.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Lorenzo) y DE OTTO Y PARDO (Ignacio) Derechos fundamentales y Constitución, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1ª ed., 1 988.

PUCCINELLI (Oscar Raúl) Derechos Humanos y SIDA, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1ª ed., T. I, 1 995.

RUIZ MIGUEL (Alfonso) y otros El concepto de igualdad, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1ª ed., 1994.

SCHIFTER SIKORA (Jacobo). Ojos que no ven... psiquiatría y homofobia, San José, Editorial ILPES, 1ª ed., 1997.

STEIN (Ekkehart) Derecho Político, España, Aguilar S.A. de ediciones, 1ª ed., 1973.

VARGAS RUIZ (Rodrigo). Pétalos y espinas: hombres gay, relaciones de pareja y violencia, Buenos Aires, Ediciones Elaleph.com, 1ª ed., 2003.

REVISTAS

BARATTA (Alessandro). Defensa de los Derechos Humanos garantizados por la Constitución, Revista Judicial, San José, nº 50, junio, 1990.

CALDERÓN KIKUT (Luis Fernando) y CALVO G. (Hilda Marlene) La igualdad ante la ley (Artículo 33 - Constitución Política), Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas, San José, V. I, nº 2, diciembre, 1984.

FACIO (Alda) El Derecho también es androcéntrico, Revista Colección Alternativa, Procesos de socialización de género, Serie Género, nº 4, Managua, octubre, 1994.

HABA MULLER (Enrique Pedro). Derechos humanos, libertades individuales y racionalidad jurídica, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados, nº 31, enero - abril, 1977.

KIRBY (Michael). El SIDA y los derechos humanos, Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Suiza, nº 42, junio, 1989

TESIS

ALFARO SOTO (Jeffrey R.) y CABRERA RAMÍREZ (Mónica) Hacer el amor entre hombres: La construcción y el desarrollo del vínculo amoroso en la homosexualidad masculina. Un análisis psicosocial, Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Psicología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, 2002.

ARAYA ANDRADE (Keneth) y ECHEVERRÍA CAVARÍA (Mariella) Los problemas sociales asociados a la homosexualidad masculina y las respuestas que se han generado en torno a las necesidades de esta población, San José, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Trabajo Social, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, 1 998.

CHINCHILLA ARIAS (Kattia) y JONES SOLÓRZANO (Patricia) Análisis de las vivencias y concepciones acerca de las relaciones de pareja de un grupo de mujeres adultas autodefinidas como lesbianas: una experiencia de grupo focal, San José, Tesis de Licenciada en Psicología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, 1 999.

FALLAS ROJAS (Vivian) y UGALDE TRIGUEROS (Marco Vinicio) Análisis del significado que tiene para el homosexual el develamiento explícito de su orientación sexual en su familia, San José, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Psicología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, 1997.

MURILLO RODRÍGUEZ (Luis Guillermo) La tutela jurídica a las parejas formadas por personas del mismo sexo: uniones estables homoafectivas, San José, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.

VARGAS MONTERO (Alejandra) Los Principios de la Razonabilidad y la Proporcionalidad dentro del Proceso Penal, San José, Tesis para optar por el título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1 998.

PERIÓDICOS

La Nación, 17 de mayo del 2006.

La Nación, 24 de mayo del 2006.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. <http://www.psych.org>

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. <http://www.apa.org>

AMNISTÍA INTERNACIONAL. <http://web.amnesty.org>

FRYREAR (Melissa) HOMOSEXUALIDAD: ¿CONGÉNITA O CAMBIABLE?,
<http://www.family.org/welcome/intl/enfoque/nuestra/asuntos/asuntos/A0031330.cfm>

<http://www.naciongay.com/editorial/reportajes/5270119052.asp>

Psicopatología sexual: ¿ de origen social o psicológico?,
<http://www.psicologiaincientifica.com/publicaciones/biblioteca/articulos/ar-vazquez01.htm>

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. <http://www.rae.es>

SISTEMA COSTARRICENSE DE INFORMACIÓN JURÍDICA.
<http://www.pgr.go.cr/csj>

INSTRUMENTOS JURÍDICOS

Constitución Política de 7 de noviembre de 1 949, San José, Imprenta Nacional, 1993.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
Declaración Universal de Derechos Humanos.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS
Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Código Civil y de Familia, Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1 973.

Código Penal, Ley No. 4573 de 04 de mayo de 1970.

Ley General sobre el VIH - SIDA, No. 7 771 de 20 de mayo de 1 998.

RESOLUCIONES JUDICIALES

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.139-94.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.280-92.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No. 888-97.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.1115-94.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.1195-91.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No.1319-97.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.1420-91.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.1770-94.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.1785-90.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.2050-91.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.2129-94.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.2170-93.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.3001-97

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.3435-92

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.3769-96

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.3834-92

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.3173-93.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.3197-94.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.3495-92.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.3550-92.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,.No.3693-94.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.5934-97

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.5061-94.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.5934-97.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.5963-93.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No.7182-94

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	<i>ii</i>
1.1 Problema a investigar	<i>ii</i>
1.2 Importancia del estudio	<i>ix</i>
1.3 Problemas y limitaciones	<i>xi</i>
2. MARCO DE REFERENCIA	<i>1</i>
2.1 Sexualidad humana	<i>1</i>
2.1.1. Orientaciones sexuales	<i>2</i>
2.1.2. Disfunciones sexuales	<i>5</i>
2.1.3. Parafilias	<i>7</i>
2.2 Patriarcado	<i>11</i>
2.2.1. Aproximación conceptual	<i>11</i>
2.2.2. Perspectiva de género	<i>15</i>
2.3 Evolución del concepto de homosexualidad	<i>18</i>
2.3.1. Hipótesis psicoanalítica	<i>19</i>
2.3.2. Hipótesis psicopatológica	<i>21</i>
2.3.3. Escuela adaptadora	<i>23</i>
2.3.4. Corriente contestataria	<i>25</i>
2.4 Homofobia como mecanismo de control social	<i>30</i>
2.4.1 Homofobia institucionalizada	<i>30</i>
2.4.2 Homofobia interiorizada	<i>34</i>
2.5 Derechos fundamentales	<i>38</i>
2.5.1 Concepto	<i>38</i>
2.5.2 Limitaciones	<i>47</i>
2.5.3 Garantías	<i>59</i>
2.5.4. Interpretación en materia de derechos fundamentales	<i>65</i>
2.6 Derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación	<i>79</i>
2.6.1. Derecho a la igualdad jurídica	<i>79</i>
2.6.2. Derecho a la no discriminación	<i>89</i>

3. MÉTODO	100
3.1 Planteamiento del problema	100
3.1.1. Objetivo de la investigación	100
3.1.2. Pregunta de la investigación	100
3.1.3. Justificación de la investigación	100
3.2 Instrumentos de medición	101
3.3 Procedimientos	115
3.3.1. Selección de la muestra	115
4. RESULTADOS	116
4.1 Artículos 98 y 102 del Código Penal	116
4.2 Artículo 14, inciso 6) del Código de Familia	124
5. CONCLUSIÓN	134
6. ANEXOS	140
Anexo #1	141
Anexo #2	142
Anexo #3	145
Anexo #4	149
Anexo #5	153
Anexo #6	178
7. BIBLIOGRAFÍA	180