

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS

LICENCIATURA EN DERECHO

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA VIABILIDAD DEL PROYECTO
DE REFORMA CONSTITUCIONAL AL ARTÍCULO 52, A LA
LUZ DE LA OPINIÓN CONSULTIVA NÚMERO OC-24/17 DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

DAHUANG WU MORALES

SETIEMBRE, 2019.

Contenido

CAPITULO I. INTRODUCCIÓN.....	7
Planteamiento del problema.....	7
OBJETIVOS	10
Objetivo general.....	10
Objetivos específicos.....	10
JUSTIFICACIÓN.....	11
Conveniencia	11
Relevancia social	11
Implicaciones prácticas	12
Valor teórico.....	12
Antecedentes históricos.....	13
Antecedentes internacionales.....	16
Antecedentes nacionales	26
Proyecciones	31
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.....	33
Teorías	33
Teoría del Iusnaturalismo.....	33
Teoría del utilitarismo	34
Teoría del iuspositivismo.....	35
Tema 1.....	36
El origen, la evolución histórica de la familia y viabilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.	36
Subtemas.....	36
Análisis del espíritu del legislador en la Constituyente al artículo 52.....	36
La familia y la línea jurisprudencial que se ha girado hasta la actualidad.	39
Concepto genérico	40
Concepto de familia desde diferentes disciplinas.....	41
Concepto biológico.....	41
Concepto psicológico	41
Concepto económico.....	42
Concepto legal.....	42

Origen y evolución de la familia	43
Surgimiento de la familia a partir de la evolución, según Morgan y Marx.	43
Familia consanguínea	44
Familia Punalúa	45
Familia sindiásmica.....	45
Familia monogámica	46
Familias en la actualidad	46
Familia biológica.....	47
Familia nuclear	47
Familia compuesta	47
Familia conjunta	48
Familia extensa.....	48
Concepto jurisprudencial de familia	49
El artículo 14 del Código de Familia en congruencia con el artículo 52 de la Constitución Política y el derecho al matrimonio.....	50
El matrimonio en Roma.....	51
Elementos del matrimonio según el derecho romano.....	51
Elemento objetivo	51
Elemento subjetivo.....	52
Requisitos	52
El matrimonio en Costa Rica	54
Matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica.....	56
Aspectos morales o éticos.....	56
Aspectos religiosos	57
Aspectos psicosociales	58
Acción de Inconstitucionalidad	60
Concepto	60
Regulación	61
Admisibilidad	62
Acción de inconstitucionalidad en contra del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, bajo la sumaria número 15-013971-0007-CO.....	62
Tema 2.....	65

Origen de la reforma constitucional y viabilidad legal del proyecto de reforma constitucional al artículo 52.....	65
Subtemas:.....	65
1. La reforma constitucional, formalismos y procedimiento dentro de la Asamblea Legislativa.	65
Reforma constitucional	65
Tipologías.....	65
Reforma parcial o total.....	66
Regulación	66
Procedimiento parlamentario	68
Procedimiento refrendario.....	70
Imposibilidad de aprobación de una reforma, mediante elección popular.....	72
Regulación para sesiones de reforma constitucional.....	73
Análisis de la reforma constitucional al artículo 52, para la protección del matrimonio y la familia número 21385.	74
La jerarquía de las fuentes y su aplicabilidad en temas de reformas constitucionales.	78
Pirámide kelseniana	78
Kelsen en el Derecho Constitucional.....	79
Kelsen en el Derecho Internacional.....	80
Primera hipótesis.....	80
Segunda hipótesis.....	81
Fuentes que cita la Constitución Política costarricense en el artículo 7	82
Los tratados públicos y convenios internacionales	82
Concordatos	83
Jurisprudencia	83
Tema 3.....	86
INTRUMENTOS INTERNACIONALES, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA OPINIÓN CONSULTIVA.....	86
Convención de Viena.....	86
Instrumentos Internacionales basados en derechos humanos.	88
Convención Americana sobre Derechos Humanos.	88
Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	91
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	93

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	96
Procedimiento para la aprobación de instrumentos internacionales en la legislación costarricense.	98
Principio Pro Libertatis	100
Principio Pro Homine.....	100
Derecho comparado: Países que regulan el matrimonio igualitario.....	101
Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la vinculación de su jurisprudencia en CR y la Opinión Consultiva OC-24/17.	104
Convención Americana de los Derechos Humanos.....	104
Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.	105
Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	106
Función consultiva.....	107
Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	110
Control de convencionalidad.....	110
Vinculación de la jurisprudencia emitida por la CIDH en Costa Rica y el Criterio de la Sala Constitucional.....	111
Jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica.....	112
Opinión Consultiva OC-24/17	118
Origen de la opinión consultiva.....	119
CAPÍTULO III. MARCO METODOLÓGICO.....	125
Enfoque de la investigación.....	125
Diseño de la investigación	126
Diseño etnográfico	126
Tipos de Diseño Etnográfico.....	127
Fuentes de información	128
Población de estudio	129
Tipo de muestra	129
Criterio de inclusión y de exclusión.....	130
Instrumento para la recolección de datos	130
Recolección y análisis de datos	131
Recolección.....	131
Análisis de datos.....	131
Unidades de análisis.....	132

Objetivo específico	132
Primera Unidad de Análisis	132
Objetivo específico	133
Segunda Unidad de Análisis	133
Objetivo específico:	134
Tercera Unidad de Análisis	134
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS	135
PRIMERA UNIDAD DE ANÁLISIS.....	135
Categoría número 1: El espíritu del constituyente en la creación del artículo 52	135
Categoría número 2: La línea jurisprudencial en la actualidad en cuanto al matrimonio.	138
SEGUNDA UNIDAD DE ANÁLISIS.....	142
Categoría número 1: Viabilidad de la reforma constitucional y sus tipos.....	142
Categoría número 2: Jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional.	147
TERCERA UNIDAD DE ANALISIS.	151
Categoría número 1: Importancia de la opinión consultiva OC – 24/17.....	151
Categoría número 2: La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	153
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES.....	157
Referencias bibliográficas.....	164

CAPITULO I. INTRODUCCIÓN.

Planteamiento del problema

Actualmente en Costa Rica existen varios perjuicios o aspectos que han restringido históricamente la tutela de los derechos humanos. Uno de estos derechos relevantes para esta investigación es el ius connubii o bien, el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. Por esta razón se procede a indicar los perjuicios que actualmente se viven en Costa Rica y que han limitado el mismo.

- 1- El aspecto y perjuicios religiosos.
- 2- Aspectos sociológicos.
- 3- Perjuicios psicosociales.
- 4- Aspectos éticos y morales.
- 5- Desconocimiento de la función de un Estado de Derecho y la aplicación del Derecho Internacional.

Por otra parte, y con el conocimiento de estos aspectos o perjuicios que influyen en la garantía de los derechos humanos por parte del Estado, es importante comprender el espíritu del constituyente. En la construcción del artículo 52 de la Constitución Política, toda vez que, logrando comprender de forma amplia la intención del mismo, se podría establecer qué busca tutelar exactamente, es decir, si un modelo único de familia o bien, diversos tipos de familia o un único instituto de matrimonio. En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala Constitucional también desempeña un papel importante, debido a que es el máximo tribunal y órgano competente en conocer materia de derechos humanos, siendo así indispensable conocer su criterio en cuanto al matrimonio y los diferentes tipos de familia que existen.

Es menester indicar los tipos de constituyentes del sistema jurídico costarricense, toda vez que, brindará a la investigación un gran aporte para conocer los aspectos formales y de fondo, de la reforma que se quiere analizar. En este mismo orden de ideas, relacionando los aspectos o perjuicios anteriormente mencionados es importante conocer qué ha impulsado que se interponga

esta reforma y además, como se citó en párrafos anteriores, uno de los puntos que han afectado la tutela de los derechos humanos, es la aplicación de los instrumentos internacionales debido a que se desconoce los principios que regulan el Derecho Internacional, así como el control de convencionalidad que establece la Sala Constitucional costarricense.

Por otra parte, desarrollar en esta investigación los instrumentos internacionales del Derecho, así como su incorporación vía constitucional, es necesaria para poder combatir perjuicio que limiten la tutela de los derechos humanos. Además, recientemente en Costa Rica, después de la opinión consultiva OC – 24/17 han crecido los perjuicios y otros aspectos que hacen que los y las costarricenses, desconozcan la aplicación del Derecho Internacional de una forma armónica con la legislación interna. Asimismo, la religión, presión social, aspectos morales que desvirtúan por completo la competencia de la CIDH, y hace que gran parte de la población costarricense desconozca el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. Es por lo anterior que se considera relevante abarcar todo este tema de legalidad, aunado a aspectos extra jurídicos, para poder comprender si el proyecto de reforma constitucional número 21385 es o no viable.

Ahora bien, el análisis que se debe de realizar en su mayor parte debe ser jurídico y para eso se debe de conocer el funcionamiento de un Estado de derecho, toda vez que el tema a tratar en esta investigación es conocer jurídicamente si la viabilidad de la reforma constitucional número 21385 tomando en cuenta, la legislación costarricense vigente, la tutela de los derechos humanos según instrumentos internacionales y el matrimonio igualitario como punto medular.

Además, se considera importante para la presente investigación, mencionar que la misma es totalmente viable, debido a que existe desconocimiento en la población costarricense, en cuanto a la aplicación del Derecho Internacional y los convenios a los cuales Costa Rica se ha suscrito. Además, los aspectos antes mencionados, han llevado a crear una gran problemática, muy visible en redes sociales, la cual se ha hablado de intromisión por parte de la CIDH y una violación a la soberanía al Estado costarricense.

En un mismo orden de ideas, se pretende investigar, en primera instancia el espíritu del constituyente, en cuanto a la creación del artículo 52 de la Constitución Política, para lo cual se analizará las resoluciones emitidas por la Sala Constitucional, donde han analizado las actas de la asamblea constituyente.

Asimismo, se ahondará el concepto de familia, su génesis y la evolución que ha tenido en la actualidad, para lo cual se analizará el concepto de Engels y diferentes tesis que han abarcado los diferentes temas de familia que han existido en la historia del ser humano.

Además, se investigarán las tipologías que establece la Constitución Política, en tema de constituyentes. Así como se realizará un estudio minucioso del proyecto de reforma constitucional 21385. Para lo anterior, se revisará lo estipulado en la Constitución Política, así como el texto completo de la reforma constitucional de la cual se analizará cada uno de sus capítulos.

Por otra parte, se realizará un análisis de los instrumentos del Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, organismos encargados de tutelarlos y la aplicación de los mismos, en armonía con la legislación costarricense. También se analizará el artículo 14 del Código de Familia, inciso 6, en congruencia al derecho de las personas del mismo sexo, para contraer matrimonio en Costa Rica, esto se investigará mediante un análisis de fondo en cuanto a las normas vigentes.

En conclusión, se llevará a cabo un análisis de los mecanismos de control que ejerce la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, así como el análisis del texto completo de la opinión consultiva OC – 24/17. Asimismo, se busca definir la competencia que tiene este organismo internacional y la vinculación de sus sentencias y opiniones con Costa Rica, con el fin de poder dar respuesta a la pregunta que genera este trabajo de investigación.

¿Cumple la reforma constitucional número 21385 al artículo 52 que actualmente se encuentra en la corriente legislativa, con la tutela de los derechos humanos y el respeto al matrimonio entre parejas del mismo sexo?

OBJETIVOS

Objetivo general

Analizar jurídicamente la viabilidad del proyecto de Reforma Constitucional al artículo 52, a la luz de la opinión consultiva número OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Objetivos específicos

Determinar el espíritu del constituyente en la construcción del artículo 52 de la Constitución Política, origen de la familia, así como la línea jurisprudencia que se ha seguido hasta la actualidad y el derecho al matrimonio.

Detallar las tipologías de las reformas constitucionales en el ordenamiento jurídico costarricense, los objetivos del proyecto de reforma constitucional número 21385 al artículo 52 y la jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional.

Establecer los instrumentos internacionales basados en derechos humanos, la importancia de la opinión consultiva OC- 24/17 y la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, frente al matrimonio como un derecho fundamental.

JUSTIFICACIÓN

La presente investigación pretende lograr un amplio análisis jurídico del proyecto de reforma constitucional presentado ante la Asamblea Legislativa, mismo que tiene como base defender la familia costarricense y validar si es viable jurídicamente. Así, se podrá determinar el proyecto de reforma constitucional 21385 es congruente con la opinión consultiva OC – 24/17, emitida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Conveniencia

Es claro que la presente investigación es conveniente debido a su aporte, entendiendo la necesidad que existe de poder dar a conocer la relevancia de este tema para la sociedad en sí. Con el fin de que la ciudadanía costarricense, pueda conocer si es viable o no el proyecto de Reforma Constitucional al artículo 52. Toda vez que, como se ha mencionado anteriormente, existen aspecto extra jurídicos que llevan a los y las costarricense a la desinformación. Además, se pretende analizar la viabilidad del mismo, de cara a la opinión consultiva realizada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el respeto hacia los Derechos Humanos tomando como punto medular el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Relevancia social

Con este tema, se beneficiará a la sociedad costarricense obteniendo resultados con un amplio bagaje informativo, verificando qué es lo más factible para el país en este momento y comparando la reforma que se encuentra en la actualidad en la corriente legislativa y la opción consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Implicaciones prácticas

En la actualidad para el país, es un gran problema en sociedad el tema que aquí se trata, sin embargo, se puede justificar que esta investigación ayudará a comprender de forma amplia, no solo la viabilidad de una reforma, sino el contexto amplio en cuanto el reconocimiento de derechos humanos y así solucionar algunos conflictos diarios con respecto a las diversas posiciones que surgen en torno a esto.

Valor teórico

Esta investigación contribuirá a llenar el vacío que pueda existir, en el conocimiento de este tema, permitiendo al lector determinar cuál de las dos teorías que se siguen en el país podrá apoyar, pero ya no con un conocimiento adquirido del diario vivir, sino con bases técnicas que sustenten la teoría que de aquí en adelante se quiera seguir.

Por otra parte, se busca también dar a conocer al lector el amplio significado *ius connubii* facilitando la definición de conceptos utilizados dentro de la familia costarricense y aclarando significados de palabras que se utilizan a diario y conocer sus orígenes. Además, se sugiere también la manera en que puede analizarse a cierto grupo determinado del país. También, el impacto que podría también ocasionar ante la familia costarricense, siendo que para todo esto debe de realizarse un análisis minucioso del correcto significado de la palabra familia y no solo eso, sino también, examinar con detenimiento cual fue el espíritu real del legislador al crear el artículo 52 de la Constitución Política.

Mencionados los puntos anteriores, se puede entender que parte de esta investigación busca la obtención un criterio amplio de cierta parte de la población costarricense; conocer realmente qué es lo más viable para la sociedad y definir si existe o no una afectación al *ius connubii*.

Por último, es de gran importancia tener presente que en la actualidad existe la resolución por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo se encuentra en la corriente legislativa para adaptación de la misma a las normas del país, siendo entonces que actualmente no existe ley que regule lo resuelto por la corte al tiempo que existe un proyecto de

reforma constitucional bajo una teoría conservadora, tutelar el matrimonio, por lo cual se debe de analizar, cuáles podrían ser los impactos negativos o bien positivos en toda la sociedad, al aprobarse la reforma constitucional o bien, al apegarse a lo resuelto por la CIDH.

Antecedentes históricos

En la Constitución Política de Costa Rica se encuentra consagrado en el artículo 7 la regulación en cuanto a los tratados internacionales, indicando que cuando los mismos fueren ratificados por la Asamblea Legislativa adquieren un rango mayor a las leyes. Ahora bien, en este artículo no solo existe el ámbito de aplicación de los tratados como convenios internacionales, sino que también se indica la forma en que deben de ser adaptados a la normativa del país de acuerdo a su procedimiento dentro del órgano legislativo.

Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto. (Legislativa, Constitución Política , 1949)

Ahora bien, es de gran importancia conocer sobre los orígenes del matrimonio y como tal, se reconoce el mismo, como una figura jurídica que existe en muchos países que formaliza y legaliza la unión de dos personas. Esta figura que actualmente es parte del Derecho y se reconoce como un derecho absoluto en el cual las partes por distintas razones optan contraer matrimonio.

En los artículos 51 y 52 de la constitución política nace la tutela a la familia y al matrimonio, siendo que en el artículo 51 se establece la familia como un elemento natural y fundamental para la sociedad. En él se explica la relación de un hombre y mujer para conformar lo que se conoce como familia tradicional haciendo uso del instrumento jurídico llamado matrimonio. De acuerdo con la regulación del artículo 52, es cuando se puede entrar de fondo a conocer sobre el derecho al matrimonio o conocido en América Latina como el *ius connubii*.

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.” (Legislativa, Constitución Política , 1949)

El ius connubii es una expresión que tiene sus orígenes en el Derecho Romano. Además, es un derecho que asiste a todas las personas a una libre elección de contraer matrimonio, sin embargo, lo anterior es una definición mínima al derecho del ius connubii, debido a que se considera también como la única opción viable o bien, el camino para que dos personas puedan casarse libremente. Es muy importante que se tenga claro que esta elección o decisión de casarse, debe ser voluntaria, sin que existan terceras personas o factores externos que lleven a las personas a tomar esta decisión, porque va más allá de una elección de contraer matrimonio, sino que también se refiere al interior del ser humano.

Por lo anterior, se realiza el análisis del artículo: “El Contenido y la Determinación del ius connubii y sus Manifestaciones en el Sistema Matrimonial Canónico Vigente”, en la publicación del artículo, el autor, Franchesci (2007), expresa en su obra la explicación del matrimonio y del ius connubii, manifestando que el mismo existe, antes de una regulación jurídica, sin embargo, hace énfasis en indicar que se necesita de una regulación jurídica para que el mismo surta efectos legales.

En el primer apartado de su investigación se explica que el matrimonio es una decisión entre hombre y mujer que conlleva no solo la expresión libre de voluntad, sino también que se encuentra ligado a su ser interior, mencionando que toda persona en su ser interior tiene dos clasificaciones, que son a nivel corporal, afectivo y espiritual. Por último, también debe de entenderse que, aunque en este artículo se hace mención a hombre y mujer al referirse a este derecho, también se plasma como un derecho completamente libre o bien derecho absoluto, el cual no debe ser restringido ni limitado.

El ius connubii es el derecho a contraer el matrimonio como el único camino humano y humanizante en el uso de la sexualidad, que no es un simple instinto corporal, sino una tendencia que tiene su fundamento en la persona humana sexuada y, por lo tanto, en la complementariedad varón-mujer, la cual implica toda la persona en sus diversos niveles: corporal, afectivo y espiritual. Por tanto, no puede ser concebido como un derecho arbitrario e ilimitado, sin tener en cuenta la verdad sobre el matrimonio y la familia. No es sólo el derecho a estar inmune de alguna coacción externa, con la correspondiente obligación por parte de los individuos concretos y de la sociedad de respetar la libre elección, o un simple derecho de actuar libremente, sin ninguna limitación estructural de ese derecho, en cuyo caso el derecho sería entendido como libertad absoluta en las propias decisiones en materia

de sexualidad, sin tener en cuenta el objeto y el contenido natural de este derecho. (Franceshi, 2007, pág. 1)

En el segundo apartado, se refiere a que debe existir una complementariedad entre el hombre y la mujer para el ejercicio del derecho al ius connubii, esto quiere decir, que, si bien es cierto que el derecho al matrimonio, se considera un derecho fundamental y absoluto de libre decisión, debe completarse de otra persona para que el mismo se pueda ejercer. De hecho, expresa que es un poder conjunto, para formar una familia.

La experiencia demuestra que hablar de derecho al matrimonio fuera del ámbito de la ciencia canónica produce alguna perplejidad. Ante la afirmación de que las personas tienen el derecho de contraer matrimonio, no pocas veces la respuesta inmediata que encontramos en personas extrañas a la ciencia canónica es que tendrán este derecho siempre que encuentren alguien que quiera casarse con ellos. El ius connubii es, ciertamente, un derecho fundamental de la persona, pero su ejercicio debe ser, necesariamente, un ejercicio de dos, es decir, de aquellos que tienen un concreto proyecto de celebrar el matrimonio y fundar una familia. Trataremos de explicar esta afirmación que parece totalmente obvia. (Franceshi, 2007, pág. 5)

En el tercer apartado, hace referencia al sistema matrimonial vigente, tratando de buscar una protección jurídica al ius connubii, analizando el derecho al matrimonio desde un punto de vista canónico, así como las limitaciones ante la iglesia. También, trae a colación la libertad de las partes para contraer matrimonio, pero hace la salvedad que el mismo debe ser entre hombre y mujer.

En conclusión, pensamos que el rescate de un sistema fundado más en la realidad del matrimonio que en los formalismos o en normas sin sentido, en el que el derecho al matrimonio es reconocido, regulado en justicia, lo que significa de acuerdo a su verdad intrínseca, promovido y defendido por la autoridad, ayudará sin duda a superar la profunda crisis que hoy vive nuestro sistema matrimonial, no por su contenido, sino porque con frecuencia hemos dejado de lado las razones del sistema, su historia, los bienes que protege. Un jurista que no conozca las razones más profundas del ordenamiento jurídico que aplica, que no sea capaz de descubrir «lo justo» que dimana de la realidad del matrimonio, seguramente más que servir con la ley al matrimonio y la familia, se servirá de ella como instrumento para alcanzar los fines que persigue. (Franceshi, 2007, pág. 24)

Antecedentes internacionales

A partir de un análisis del derecho a contraer matrimonio o bien conocido en la doctrina como el *ius connubii*, se puede verificar que existen criterios a nivel internacional, en los que se establece la relación de contraer matrimonio entre personas. En unos casos existe la distinción según género y en otros no, por esta razón, se procede a realizar un análisis de la siguiente doctrina internacional.

Como primer documento se analiza la publicación “*Ius connubii y matrimonio igualitario en el sistema internacional de derechos humanos*”, artículo en el cual Castillo (2013), expresa la discriminación que existe en torno al derecho al matrimonio igualitario, también fundamentando este derecho en la doctrina internacional, con base al *ius connubii*. Además, valoró la ayuda de instituciones a la población LGTBI en cuanto a las demandas colectivas por la violación a dicho derecho.

De acuerdo con Castillo (2013), el *ius connubii* es un principio jurídico para el orden social, toda vez que es un derecho fundamental del ser humano en cuanto a poder contraer matrimonio. Siendo así que ese derecho de poder contraer matrimonio, también le permite formar una familia. Además, menciona que es importante conocer el marco de legalidad, en cuanto a la regulación que existe a nivel internacional, así como la influencia que puede tener la sociedad, cultura y política.

El *ius connubii* se construye sobre un principio jurídico clave para el orden social que, a la vez, es reconocido universalmente como un derecho fundamental: el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Derecho que, en principio, implica la posibilidad de todo individuo de contraer matrimonio de manera libre con otras personas que desee, dentro de los límites marcados por la ley; límites que, en la práctica, no se presentan, como veremos, de forma homogénea y estática, sino que manifiestan rasgos diversos y heterogéneos atendiendo a factores culturales, sociales y políticos. Así, por ejemplo, encontraremos límites de uno u otro orden (parentesco, edad, número de miembros que conforman el matrimonio, etc.) en función del momento histórico y de los rasgos de la sociedad que tomemos como ejemplo¹¹. Ahora bien, más allá de la praxis estatal conviene señalar que el *ius connubii* está amparado tanto por la protección que dispensan los textos internacionales de derechos humanos (artículo 23.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), como por aquellos que lo son de carácter regional (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre de 1950, Convención Americana sobre Derechos humanos- Pacto de San José de 1969). (Castillo, 2013, pág. 4)

En el segundo apartado se expresa de forma genérica que la orientación debe de ser un derecho a la intimidad de cualquier persona, esto ligado a su derecho a una vida privada dentro de la familia y los marcos legales de protección que pueden existir. Ahora bien, también se indicó sobre la identidad de género, la necesidad de que la persona puede solicitar su derecho a que sea respetada y las restricciones que pueden existir a nivel internacional. Por último, en este segundo apartado, el Castillo (2013) se refiere a que ha existido cierta discriminación, debido a que no existe una regulación legal en muchas partes del mundo y si la ha existido, efectivamente tiene una tutela, pero con esto las personas con una discriminación por su sexo, aun se sienten vulnerables.

De forma genérica, podríamos concluir que, de conformidad con los distintos tratados internacionales, la discriminación es toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia basada en atributos de la persona que tiene por objeto o resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos y libertades. En este orden de ideas, los tribunales internacionales y órganos de control entienden por discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos con el resultado -ya sea de jure o de facto- de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de sus derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente le han construido en torno a dicha categorías. Ahora bien, dicho esto, conviene recordar que -debido a la ausencia de una regulación específica y taxativa de las categorías- la no discriminación por orientación sexual y la identidad de género se han subsumido, principalmente, en dos causales de discriminación en el ámbito del derecho internacional general, a saber: en el de discriminación por “sexo” y en la cláusula abierta, de “cualquier otra condición”. Fórmulas estas bajo las que se ha pretendido, como veremos, con mayor o menor acierto, proteger la vida familiar e íntima del colectivo LGTB. (Castillo, 2013, pág. 6)

Además, menciona que, a nivel internacional o universal, existen mecanismos o pronunciamientos de protección y regulatorios. De acuerdo con el autor, la orientación sexual de una persona no puede ser sujeto de discriminación, siendo que existe regulación actual que tutela dicho derecho. Por otra parte, hace referencia a las medidas que han adoptado Colombia y otros países en sus políticas contra la discriminación.

En el sistema universal de protección de derechos humanos encontramos varios pronunciamientos de los distintos órganos de protección que nos interesan para nuestro estudio. Este ha sido el caso, entre otros, del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que calificaron la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³ y en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales¹⁴. Afirmando al respecto, el Comité de Derechos Humanos, en el caso *Toonen vs. Australia* que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas¹⁵. Protección que mantendría en el caso *Edward Young vs. Australia*¹⁶ y en el caso *X vs. Colombia*¹⁷ (donde, además, se recomendaría al Estado colombiano a no discriminar por orientación sexual a la hora de estudiar el derecho a pensión, exhortándole a tomar medidas para prevenir actos de discriminación contra las parejas del mismo sexo en esta materia)¹⁸. Línea de protección ésta que se ha visto acompañada, más allá de los simples pronunciamientos, por la preocupación que, de forma reiterada, ha manifestado el Comité de Derechos Humanos en sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados ante las diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas¹⁹. (Castillo, 2013, págs. 6-7)

En el tercer apartado, Castillo (2013), refiere al modelo de familia de forma abierta, esto en el sentido internacional, esto quiere decir que los Estados podrán establecer el concepto amplio de familia y así crear una regulación específica para cada población, siendo así que puede cada Estado indicar cuales son las limitaciones para indicar que es una familia de forma amplia y genérica, siempre y cuando se respete lo establecido por las normas internacionales con respecto a concerniente a Derechos Humanos.

Como ya hemos expuesto, los instrumentos internacionales de Derechos humanos, tanto de carácter universal, como regional, consagran, por lo general, el derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio y conformar una familia ⁵⁵, de manera libre, sin discriminación ⁵⁶, en condiciones de igualdad para todos los miembros de la pareja ⁵⁷ y bajo la protección del Estado⁵⁸. Derecho además, que como han puesto de manifiesto los tribunales internacionales, no se concibe, necesariamente, dentro de un único modelo. Circunstancia ésta que hace que “la familia” se presente como un concepto jurídico indeterminado desde el punto de vista del derecho internacional, es decir, como una “fórmula abierta” a partir de la cual los Estados podrán establecer los requisitos y las condiciones necesarias para su formación; dentro, eso sí, de los límites mínimos que impone la norma internacional y el respeto a los derechos humanos. (Castillo, 2013, págs. 15-16)

Además, hace una relación entre el *Ius Connubii* como un derecho fundamental y que puede existir una geometría variable en espacio y tiempo, es decir, que con el pasar del tiempo puede existir una variación en la percepción que se puede tener en cuanto a este derecho, no solo la percepción, sino también lo que puede ir evolucionando con el tiempo. También, menciona que al existir una regulación internacional sobre el tema y comités de derechos humanos a nivel internacional que protegen este instituto, no se vuelve prohibido el disfrute del derecho a la familia o bien, el aceptar el matrimonio igualitario dentro de los estados miembros.

Como ya hemos apuntado, tanto en el Sistema de Protección Universal de Derechos Humanos⁶⁶, como en el regional⁶⁷, se reconoce de forma expresa el derecho del hombre y la mujer de contraer matrimonio y fundar una familia. Ahora bien, teniendo en cuenta el contenido de los textos en los que se reconoce este derecho, puede concluirse que, a priori, no existe nada que impida su ejercicio por una pareja formada por individuos del mismo sexo, ya que los únicos límites que establecen los textos internacionales de forma expresa para su disfrute son el de la edad y “las condiciones establecidas por cada Estado”, lo que implica, a la postre, fundamentar su ejercicio en un acto volitivo de éste último. Precisamente estas fórmulas abiertas del ius connubii de la “familia”, así como el amplio margen de los Estados a la hora de regular las instituciones y los derechos, explican que tanto la aceptación del matrimonio igualitario, como la negación del mismo no constituyen per se violaciones de los citados textos internacionales; afirmación que, por otra parte, han puesto de manifiesto, el Comité de Derechos Humanos en 1999 (en el caso de *Juliet Joslin y otras vs. el Estado de Nueva Zelanda*)⁶⁸ o el TEDH (en el caso *Schalk y Kopf vs. Austria*)⁶⁹. (Castillo, 2013, pág. 19)

En el último apartado se concluye que no debe existir discriminación a las personas por su orientación sexual, misma que debe ser garantizada por organismos internacionales. Siendo que estos organismos adoptan el ius connubii, como un derecho fundamental, de forma amplia. Además, existe un avance en materia de derechos humanos, en cuanto a garantizar derechos a personas del mismo sexo, sin embargo, aún falta reconocer derechos, debido a que el ius connubii es regulado según los criterios de cada Estado.

La protección del individuo y su no discriminación por orientación sexual, viene garantizada mediante su inclusión en las categorías “sexo” u “otra condición...” que figuran en las cláusulas de no discriminación de textos internacionales de carácter universal y regional. Textos, que además, conceptualizan el ius connubii, como un derecho fundamental abierto, amplio y con pocas limitaciones a priori. Circunstancia ésta que viene respaldada por las decisiones emanadas de los mecanismos de control de tratados internacionales de Derechos humanos y por la jurisprudencia de tribunales internacionales (entre los que destacan, por su importancia y autoridad en la materia, el TEDH y la Corte IDH). Decisiones y jurisprudencia que parecen haber desdibujado los contornos (hasta ahora) sólidos de realidades sociales (la familia) e instituciones jurídicas (el matrimonio) concebidos, tradicionalmente, desde una óptica heteronormada. Ahora bien, a pesar de que es innegable el avance en materia de derechos de lesbianas y gays en ámbitos concernientes a la vida privada y familiar; no puede ignorarse que aún queda mucho por hacer en el reconocimiento pleno de derechos en materia de matrimonio y filiación. Precisamente, por la amplitud conceptual del ius connubii, que deja en manos de los Estados la regulación de su disfrute y desarrollo normativo, es por lo que en la práctica asistimos a un relativismo en el espacio y en el tiempo del contrato de matrimonio, circunstancias, todas ellas, que hacen que dicho derecho se presente en la práctica (parafraseando al profesor H. Muir Watt) como un derecho fundamental abierto de geometría variable (1997, p. 403-415). (Castillo, 2013, pág.

21)

Como segunda fuente de análisis se toma el artículo: “Análisis crítico a las objeciones iusnaturalistas en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo”, de la revista “Derechos Fundamentales Universidad de Viña del Mar”; Castellaro (2015), explica ampliamente a las objeciones al matrimonio entre personas del mismo sexo, esto desde una óptica constitucional, indicando que en muchas ocasiones van en contra de un Estado de Derecho, toda vez que el derecho al matrimonio por personas del mismo sexo, no actúa en contra de los derechos fundamentales de las demás personas.

De acuerdo con el Castellaro (2015), el matrimonio es una institución de orden público y regula aspectos de de la vida privada de las personas que desean contraer matrimonio, el cual integra a las personas dentro del marco social establecido y los convierte en parte de un estado de Derecho. Además, logra evidenciar la necesidad de comparar o entender el ius naturalismo dentro del derecho al ius connubii, pues ambos regulan aspectos distintos, pero existe pensamientos en contra del derecho al matrimonio, basado en lo que la sociedad pueda entender como natural.

Una institución como el matrimonio, aquel de orden público que regula aspectos de la vida privada, debe incorporar necesariamente en su estructura los derechos fundamentales, para respetar la autodeterminación de los individuos en el Estado democrático de Derecho. Esto porque el Estado democrático de Derecho se entiende a sí mismo como un sistema de integración social, en el cual los fenómenos sociológicos y comunicativos se permean en los discursos políticos y estos, a su vez, a través de procedimientos racionales y legítimos, se impregnan en el mundo del derecho. Por consiguiente, el paradigma del Estado democrático de Derecho, pretende un derecho dinámico, democrático y legítimo¹. Por otro lado, el derecho a través de una óptica iusnaturalista, implica entender a este como ahistórico y sin capacidad de dinamismo, es decir, trascendental; siendo este el sentido en que han emergido los principales argumentos para poder frenar una legislación a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo. Es decir, las objeciones pretenden mantener en un statu quo a la institución del matrimonio. (Castellaro, 2015, pág. 2)

En el segundo apartado refiere acerca del detrimento que puede sufrir una persona, por la negación al derecho del matrimonio por su preferencia sexual ya que, al impedirle casarse, se le restringe de otros derechos que se derivan de este. En la legislación chilena, se impide el matrimonio igualitario únicamente porque el ius naturalista enseña que lo natural es procrear y no poder procrear dos personas del mismo sexo, hace esto entonces, que haya una restricción clara a este derecho.

El quid del asunto está en determinar cuál es la naturaleza del matrimonio y si es que aquella la podemos establecer como “la capacidad de procrear”. Por lo que antes de entrar en ella cabe mencionar que la idea de que los homosexuales no puedan contraer matrimonio en Chile consiste en una penalidad (una sanción o prohibición, una coacción a su libertad): el que a una persona, libre e igual en derecho, solo por su orientación sexual se le impida contraer matrimonio, corresponde a un detrimento a su capacidad jurídica en asuntos civiles violando así la igualdad ante la ley, la igualdad en derechos, etc.; por su homosexualidad se le impide suscribir contratos, controlar sus bienes a su voluntad, acceder a beneficios legales y/o tributarios. La excusa es que el matrimonio, en su naturaleza, no concibe ser celebrado entre dos personas del mismo sexo; la razón: imposibilidad de cumplir su finalidad, ¿cuál? procrear. La idea de la procreación –y el ius conubii también– se consagra desde una perspectiva iusnaturalista otorgándole una connotación de expresión de amor³⁸ al acto sexual. Esto implica no entender al derecho, a través del matrimonio, como un elemento sociointegrador en el cual puedan las personas desenvolverse libremente como ciudadanos, debido a que la concepción de mundo y la materialización de la noción antropológica que los iusnaturalistas persiguen, responden a una visión particular del ser humano –aquel que debe complementarse hombre con mujer y buscar el amor real en el otro sexo– descartando una visión que contemple distintas respuestas a la problemática existencial de las parejas. (Castellaro, 2015, págs. 14-15)

Además, menciona que los argumentos que se utilizan para indicar que tan natural puede ser un matrimonio según lo que se pueda creer, basados en doctrina del ius naturalista debe de ser rechazado, debido a que no se puede mezclar lo que se cree en cuanto a derechos humanos con la creencia religiosa de las personas. También, en un ordenamiento jurídico debe de existir una balanza, es decir, un equilibrio para legislar o bien, proteger los derechos de la ciudadanía que los conforman.

Los argumentos que se utilizan para establecer la naturaleza del matrimonio en virtud de una concepción iusnaturalista de este, deben ser rechazados; esto porque el marco de discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo es en un ordenamiento jurídico que se entiende a sí mismo como secular y laico. Además, un ordenamiento jurídico pretende lograr una estructura de imparcialidad para la consecución de una teoría de la justicia. RAWLS señala que “las únicas doctrinas comprensivas que se apartan de la razón

pública son aquellas que no pueden servir de soporte a un equilibrio razonable de valores políticos³⁹". Y es precisamente lo que sucede acá: por entender al matrimonio desde una perspectiva natural se rompe la idea de una consagración de igualdad de derechos cuando se le impide a personas del mismo sexo contraer matrimonio. (Castellaro, 2015, pág. 15)

En el último apartado se concluye que, según los conocimientos de los juristas, creen que el derecho a contraer matrimonio es un derecho natural, toda vez que es un derecho que nace de la naturaleza jurídica, pero otros en contra dicen que es solo un derecho derivado del derecho original, que es el *ius connubii*. Además, menciona que la condición de matrimonio es previa a las decisiones del Estado, ya que es intrínseca al ser humano, pero que también en personas del mismo sexo, se limita y no podría llamarse por la oposición matrimonio, toda vez que no hay forma de que se pueda procrear.

Dentro del trabajo se realizó un análisis al matrimonio desde un punto de vista filosófico y jurídico que, a su vez, se separó en dos sentidos: en virtud de su naturaleza jurídica y como una institución civil subsumida a la Constitución. Para los juristas en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo, este se configura como un derecho natural, a través del *ius connubi* que no es más que el derecho preestatal de las personas a casarse. Esto nos hace preguntarnos ¿qué clase de elementos hacen entender el matrimonio como natural? El *ius conubii* emerge como un derecho previo al Estado y revelador en torno a la naturaleza inmutable del mismo matrimonio: al ser un derecho esencial y previo al Estado, en caso de cambiar el matrimonio, este deja de llamarse matrimonio pasando a ser otra cosa, mas no matrimonio. Además, este está configurado no en torno a personas sino al hombre y la mujer (como, por ejemplo, lo señala el artículo 32 de la Constitución española). Esto es determinante debido a que solo un hombre y una mujer lo pueden contraer con el afán institucional de procrear. Sin embargo, el derecho supraconstitucional del *ius connubii* cae en una paradoja: sería un derecho natural preestatal, sin embargo, no se entiende de qué forma sería posible contraer matrimonio en esa etapa previa al Estado, debido a que el matrimonio es una institución que se enmarca dentro del Estado, por tanto, no existiría matrimonio en este plano de la argumentación. (Castellaro, 2015, págs. 19-20)

Otro de los antecedentes estudiados es el artículo "Libertad Religiosa y Sistemas Matrimoniales en el Derecho Comparado", en este, la autora expresa en su obra la definición de matrimonio según el derecho canónico, en el cual habla de la relación de contraer matrimonio entre hombre y mujer. Además, hace una explicación en cuanto los aportes que tuvo el derecho canónico y el pasar del tiempo como creación de las uniones civiles.

El matrimonio es un hecho o realidad natural que puede definirse como "la unión jurídica plena y total de un varón y una mujer que comporta una comunidad indivisible de vida ordenada a la generación y educación de los hijos y a la ayuda mutua" (HERVADA). Esta definición, no obstante, vendría referida al concepto clásico de matrimonio plasmado en el Derecho canónico cuya contribución al modelo matrimonial de corte occidental es

inegable. En este sentido y aunque no se puede decir que la institución matrimonial sea obra única del Derecho canónico (toma elementos del Derecho judío, germánico, y romano que cristianiza), también el Derecho romano aportó importantes elementos en cuanto a la estructura y formulación técnica del matrimonio, y fundamentalmente en lo relativo al consentimiento en un sólo acto y la concepción monógama del mismo, que coincidente con la concepción canónica, sin embargo permitió a los canonistas ganar la batalla de la indisolubilidad (NAVARRO VALLS), lo cierto, es que su influencia es definitiva y muy sólida en Occidente, hasta el punto que se puede decir con acierto que los ordenamientos civiles han recibido del Derecho canónico "el principio moderno de la libertad en la elección de los cónyuges y de su consentimiento personal, así como las condiciones formales desde Trento. Deben a esta herencia el carácter exclusivo del matrimonio monogámico como el lugar de la sexualidad lícita y el principio de su indisolubilidad. Incluso secularizado extrínsecamente desde la Revolución Francesa, el matrimonio ha conservado sus trazos cristianos de formalismo, exclusividad y perpetuidad (NAVARRO VALLS)". (Botella, 2018, pág. 3)

En su segundo apartado, brinda la definición clara del *ius connubii*, es decir indica que el mismo es el derecho a contraer o no matrimonio, lo plantea como una elección por parte del ser humano. Asimismo, menciona que hubo un aporte por el derecho romano, en el cual únicamente podrían optar por este derecho, quienes cumplieran ciertos requisitos, pero también, menciona que es un derecho natural que la iglesia ha otorgado al ser humano como creación de la familia.

El *ius connubii*, contiene el derecho de contraer o no matrimonio; el derecho de elección del cónyuge y el derecho a que el matrimonio sea reconocido, protegido y conservado por el ordenamiento jurídico" (BAÑARES). Aunque los primeros que se refirieron al *ius connubii* fueron los romanos, éstos no lo concibieron como un derecho natural sino como un derecho al que podían acceder aquellos que cumplieran determinados requisitos. Fue la Iglesia, la que desde sus inicios va a considerar el *ius connubii* "como un derecho humano natural" o como señala GRAZIANO inspirándose en San ISIDORO DE SEVILLA como "primer principio dentro de la libertad de todos los hombres". Igualmente, el *ius connubii* como derecho fundamental, basado en la naturaleza humana, se consagra en numerosas convenciones internacionales (así, por ejemplo, el artículo 16,1 de la Declaración universal de los derechos del hombre de 1948, el artículo 23.2 del Pacto internacional de derechos civiles, políticos y sociales, así como el artículo 12 de la Convención europea de los derechos del hombre de 1950). En España, el matrimonio como derecho se reconoce en el artículo 32,1 de la Constitución al establecer: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. (Botella, 2018, págs. 4-5)

En el tercer apartado se expone acerca de la libertad religiosa basándose principalmente en el cristianismo. De acuerdo con Botella (2018), en tiempos antiguos las personas estaban coaccionadas a actuar únicamente conforme a la creencia o a la fe, esto genera una gran diferencia a la actualidad, toda vez que los derechos humanos, no pueden ir ligados a las creencias.

Hablar de la libertad religiosa en su origen es hablar del cristianismo. La aparición del cristianismo en el Imperio Romano y su negativa a someterse en cuestiones de fe a las exigencias del Imperio, hace surgir el problema de la libertad religiosa, como un derecho de la persona a actuar su fe sólo o asociado con otros con plena inmunidad de coacción. Sin embargo, la concepción de los derechos humanos como derecho de la persona y entre otros del derecho de libertad religiosa tiene una evolución histórica cuya concepción moderna del término se puede decir que arranca del Iluminismo y las Revoluciones burguesas que comienzan a elaborar una doctrina sobre las libertades del hombre que van a plasmar en las primeras Declaraciones de derechos, tomando así los derechos humanos a partir de ese momento carta de naturaleza. En este sentido, la primera Declaración de derechos en el tiempo es la de Virginia de 12 de junio de 1776 en cuyo artículo 16 recoge el derecho al libre ejercicio de la religión. Por su parte, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 hace referencia al tema en el artículo 10 al recoger el derecho de opinión, incluyendo las opiniones religiosas. (Botella, 2018, pág. 5)

En el cuarto apartado, se hace referencia a los sistemas matrimoniales, enfocándose en la doctrina civilista, haciendo mención en las doctrinas que han adoptado distintos legisladores y creado diferentes corrientes de pensamiento. Además, menciona que, al existir un estado confesional, le permite o genera un derecho legal a las personas, que ya se encuentra plasmado en su creencia, es decir, si las partes contrayentes creen religiosamente en el matrimonio, entonces al Estado otorgarles ese derecho civil, se convierte en un derecho declarado por el Estado.

Siguiendo al profesor Bernárdez, "en la doctrina civilista se denominan sistemas matrimoniales a las distintas fórmulas que se han adoptado por los legisladores estatales para conjugar la viabilidad y eficacia civil de los matrimonios contraídos en forma distinta de la regulada por el propio ordenamiento o lo que viene a ser equivalente, el grado de obligatoriedad con que se exige el matrimonio civil en relación con otras posibles formas de celebración". Atendiendo a un punto de vista religioso o confesional, se podría definir a un sistema matrimonial como el criterio según el cual el ordenamiento jurídico de un Estado determinado, en función del reconocimiento del derecho de libertad religiosa a sus ciudadanos, permite que contraigan matrimonio según sus propias convicciones, otorgándole efectos civiles; de tal manera que será la actitud religiosa y política que cada Estado tenga frente al factor religioso lo que determinará la vigencia y eficacia de los ordenamientos confesionales dentro de ese Estado. (Botella, 2018, págs. 8-9)

Por último, Botella (2018) concluye que la parte religiosa en la actualidad, no es irrelevante en el derecho civil y más bien es clara al mencionar que el matrimonio también va ligado a la creencia de cada una de las personas, que existe pluralidad de formas de celebrarlo.

A modo de resumen, podemos decir que en relación a la clasificación de los sistemas matrimoniales en sistemas monistas, dualistas y pluralistas, el sistema monista sólo rige hoy por hoy en el Estado de la Ciudad del Vaticano y en otros países de África y Asia fuertemente confesionales, el sistema dualista que se subdivide en dos grupos: el institucional y el formal se acerca, salvo en los Estados que han firmado Acuerdo con la Santa Sede (España, Italia, Portugal, Colombia y Republicana Dominicana) cada vez más a un sistema de matrimonio civil con pluralidad de formas de celebración (civil o religiosa), es decir al sistema facultativo de tipo anglosajón, y en cuanto al pluralista (no referido a la forma, sino a la sustancia del matrimonio); el matrimonio se rige por el estatuto confesional de los cónyuges, que sigue en esta materia lo dispuesto por la ley religiosa de la confesión a la que pertenezcan. (Botella, 2018, pág. 27)

Antecedentes nacionales

A nivel nacional existen doctrinas que respaldan el derecho al matrimonio sin distinción de género. La primera fuente consultada es la “Revista Jurídica IUS Doctrina”, específicamente el artículo “El deber del Estado costarricense de tutelar el matrimonio y el derecho a formar una familia entre personas del mismo sexo”, en la publicación, Gamboa (2016) expresa la necesidad de dar a conocer la controversia que se ha generado a nivel nacional en cuanto a la discusión sobre el tema del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo que existe una sentencia por parte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Además, explicita la obligación o necesidad para esta comunidad, a que el Estado ampare y realice la tutela de este derecho.

El debate sobre el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo ha cobrado actualidad, pese a que la Sala Constitucional costarricense lo descartó en el año 2006, así como rehusó la tutela de la unión de hecho entre personas del mismo sexo en el año 2010. Este artículo tiene como propósito sustentar por qué razón existe un deber del Estado costarricense de abrir la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo. Para ello, se realizará un recorrido por la normativa internacional de los derechos humanos; la normativa interna; las soluciones del derecho comparado; los debates doctrinales; los debates constitucionales, y finalmente, los criterios interpretativos más relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo Derechos Humanos, para así concluir señalando por qué una postura coherente con la mejor tutela de los derechos fundamentales exige el reconocimiento de la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo. (Gamboa, 2016, pág. 1)

La primera parte del artículo hace referencia a normativa internacional de protección de los Derechos Humanos a través de los diversos instrumentos internacionales que tutelan el derecho a la familia, así como el derecho de las personas a contraer matrimonio y la posibilidad formar una familia.

Las normas referidas permiten aseverar que la posibilidad de fundar lazos de pareja y, eventualmente, formar una familia, son derechos inherentes a la persona por su condición humana. No obstante, no ha existido un acuerdo sobre qué debe entenderse por familia y cuál es el alcance de su protección. El concepto de familia ha sido interpretado de distintas formas en el decurso de la historia, desde la idea de una familia en un sentido "tradicional" y restrictivo, hasta una visión más abierta y plural. (Gamboa, 2016, pág. 9)

En su segundo apartado, se refiere a la normativa que existe a nivel nacional, indicando la tutela según el principio de igual tutelado en el artículo 33 de la Constitución Política, así como la necesidad de hablar de igual aun cuando se refiere a una relación entre personas del mismo sexo.

La Constitución Política de Costa Rica reafirma el principio de igualdad y la prohibición de discriminación en el artículo 33: "Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana." Los alcances del principio de igualdad han sido definidos por la Sala Constitucional costarricense, e interesa destacar el criterio vertido respecto del Reglamento Técnico Penitenciario que permitía la visita íntima para las personas privadas de libertad únicamente cuando ésta fuera con una persona del sexo opuesto". (Gamboa, 2016, pág. 16)

Además, menciona que el concepto de la sala constitucional es tradicional, es decir que va en contra de la tutela de los derechos humanos, esto según resoluciones que han existido por parte de organismos internacionales. Además, indica que la Sala Constitucional basó su resolución indicando que la convención en su momento reconoció el derecho al matrimonio entre hombre y mujer con el fin de formar una familia, pero nunca se establece entre personas del mismo sexo.

El criterio de la Sala Constitucional sobre el concepto de familia comporta una visión "tradicional", la cual, según la Corte Interamericana en las sentencias *Atala Riffo vs. Chile y Fornerón e hijos vs. Argentina* y, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias *Christine Goodwin vs Reino Unido* y la sentencia *Schalk and Kopf vs. Austria*, entre otras, no es conforme a los instrumentos de protección los derechos humanos. Además, la Sala Constitucional consideró que, con la prohibición, se está tutelando la concepción que el constituyente originario tenía del instituto del matrimonio, por lo que la prohibición no debía eliminarse. Para apoyar su posición, dio una interpretación del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A su juicio, la Convención reconoce los derechos de los hombres y las mujeres a contraer matrimonio y a fundar una familia. A partir de este argumento, señaló, que si la Convención hubiera querido incluir el matrimonio entre homosexuales, habría utilizado el término "persona", como lo hizo en otras disposiciones —por ejemplo, en los artículos 2, 3, 5, 8 y 10—, y que lo mismo podía decirse del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴ (Gamboa, 2016, págs. 23-24)

En su tercer apartado se hace referencia a la normativa existente en cuanto a las uniones entre personas del mismo sexo en el derecho comparado, indicando que el derecho al matrimonio igualitario, ha sido regulado en varios países desde el 2001.

El matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido regulado en los Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España y Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega y Suecia (2009), Islandia, Portugal y Argentina (2010), Dinamarca (2012), Francia, Nueva Zelanda, Uruguay y Brasil (2013), Inglaterra, Gales y Escocia (2014), Finlandia (2014 pero entrará a regir en 2017), Luxemburgo, Irlanda⁹, Estados Unidos y México (2015), Colombia (2016) (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016). En otros países, la institución del matrimonio continúa reservada a las parejas heterosexuales, pero se opta por otra opción normativa de tutela en el caso de las parejas del mismo sexo optando por la figura de las uniones civiles, que guarda semejanza con la institución del matrimonio. Este es el caso de la solución de Israel (1994), Hungría (1996), Alemania (2001), Suiza (2005), Ecuador (2008), Austria (2009) y Grecia (2015) y en la mayoría de Estados de los Estados Unidos hasta 2015 (Barrero, El matrimonio homosexual en el debate constitucional comparado, 2016). (Gamboa, 2016, pág. 34)

Para concluir, se menciona que después de haber realizado una comparación entre la legislación costarricense y la internacional, no existe duda que es necesario crear los instrumentos legales para que el derecho al matrimonio sea reconocido entre personas del mismo sexo. Haciendo énfasis, en que, si bien es cierto que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, mantiene su posición, podría ser incongruente en la definición de este tema.

Una vez realizado el recorrido por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la normativa nacional, la doctrina, los debates constitucionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideramos que contamos con argumentos suficientes que permiten afirmar que la alternativa que permite una mejor tutela de los derechos de las parejas del mismo sexo es la apertura de la institución matrimonial. Esta afirmación la realizamos independientemente de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos siga el criterio del Tribunal Europeo esbozado en la sentencia *Shalk and Kopf vs. Austria*, en el tanto afirma que no existe vulneración al principio de igualdad y prohibición de discriminación, siempre y cuando se regule la unión entre personas del mismo sexo. No puede dejarse de lado, que la Corte Interamericana ha desarrollado una serie de argumentos que dificultarían seguir el camino del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo que una decisión en tal sentido resultaría incongruente con su línea jurisprudencial. (Gamboa, 2016, pág. 65)

A continuación, se presenta el análisis de la tesis para optar por el grado de licenciatura de Graciela Soto López titulada: “El reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo”. En la tesis, Soto (2008), expresa que las relaciones homosexuales han siempre existido También manifiesta que conforme el paso del tiempo, estas relaciones han ido más allá, es decir, que no solo se habla de un contacto sexual, sino de una convivencia diaria, por lo cual propone una regulación al reconocimiento de esa unión.

Las relaciones homosexuales parecen haber existido siempre en la sociedad. Sin embargo, por tratarse de un tema con muchos matices morales, su abordaje ha presentado cierta dificultad, además de que ha sido una realidad difícil de documentar y aún más de tutelar, por el sigilo que la ha caracterizado. La homosexualidad es una orientación sexual que se inclina hacia las relaciones eróticas con individuos del mismo sexo. Pero la evolución de la sociedad ha permitido que ese comportamiento vaya más allá de lo sexual y, en la actualidad, con mayor frecuencia, parejas del mismo sexo deciden compartir algo más que su sexualidad y establecen convivencias muy parecidas a las relaciones maritales conocidas hasta ahora. Ese cambio, brindaría una regulación para esas relaciones, que podría ser aceptada socialmente con mayor facilidad por ser una forma más disimulada de abordar el tema, y a pesar de que no llena completamente el vacío legal existente, por reconocerse según plantea la norma, hasta que finaliza la relación. Esa regulación se seguiría utilizando aun cuando se creara otra figura, porque siempre habrá quienes necesiten reconocer el vínculo familiar que tuvieron, pero que nunca formalizaron”. (López, 2008)

En el primer capítulo, establece que las uniones entre personas homosexuales también constituyen una familia fuera de la conceptualización tradicional. Se hace un contraste entre los tipos de familia presentes en la sociedad y finaliza con la percepción de la familia tradicional costarricense que se toma como base del matrimonio.

La protección a la familia es uno de los derechos fundamentales⁷² de segunda generación, precisamente los propiciados por las revoluciones sociales, el hito de esa segunda generación de derechos fundamentales es la expansión del socialismo, en la cual la Iglesia jugó un papel preponderante al promover cambios sociales que no modificaran de manera abrupta la situación de la burguesía, que fue la que inició la revolución, que dio origen a los derechos de primera generación, los derechos individuales de libertad e igualdad, surgidos después de la Revolución Francesa. Valga de paso mencionar que el derecho a la libre preferencia sexual, está reconocido como derecho fundamental de tercera generación, aquellos llamados “derechos difusos o derechos de solidaridad”⁷³, y que brindan reconocimiento a los derechos de los pueblos. (López, 2008)

El segundo capítulo hace referencia a la homosexualidad en el derecho comparado, indicando que es importante que las personas costarricenses conozcan sobre el tema de las relaciones entre personas del mismo sexo, tanto a nivel internacional como a nivel nacional. Asimismo, hace sus manifestaciones en cuanto a la discriminación y la cercanía que muchas personas pueden tener hacia la comunidad LGBTIQ.

En este capítulo nos referiremos a la situación jurídica que tienen las parejas homosexuales en el Derecho comparado, lo que para nuestro análisis tiene especial importancia porque como se dijo anteriormente, es fundamental aprender de las experiencias de los otros ordenamientos; además de que consideramos que las leyes de un país están íntimamente ligadas con su desarrollo, ya que el Derecho es un espejo de su sociedad. Indudablemente, siempre habrá quienes consideren que la homosexualidad es un asunto indiscutible, por ser una práctica inmoral, en contra de los principios cristianos; y quienes creen que nunca padecerán por causa de esa identidad sexual. Sin embargo, para no ir muy lejos, ¿cuál de nosotros no tiene un familiar, un amigo, o al menos un conocido homosexual? Es claro que la posición actual de nuestro país es, según veremos adelante, de desinterés por el tema, ya que no existe protección alguna para la pareja formada por personas del mismo sexo. De la misma manera que no se persigue a los homosexuales y según algunos “no se les discrimina”, tampoco se les brinda protección, como es de esperarse de cualquier país que tenga como religión oficial la católica. (López, 2008)

En su tercer capítulo, hace referencia a la homosexualidad en Costa Rica, tanto como a la familia en sociedad indicando que el matrimonio se encuentra ligado a la familia.

En Costa Rica desde la perspectiva jurídica, la familia la componen quienes están ligados por vínculos jurídicos reconocidos como el matrimonio, la unión de hecho (heterosexual), la filiación y el parentesco, sin embargo también se dan otras relaciones afectivas que entrarían dentro del concepto de familia realista o material y que el ordenamiento no reconoce por no calzar dentro de su codificación, tal es el caso de las uniones homosexuales, y estamos completamente convencidos que por la relevancia en el desarrollo del ser humano, el afecto debe tutelarse. Para finalizar, procede repetir que muchos de los derechos expuestos que gozan los cónyuges, no se refieren específicamente a los convivientes en unión de hecho, sino que más bien surgen como resultado de una ardua lucha por equiparar a la familia de hecho con el matrimonio, además de que se trata de ejemplos que hemos obtenido a lo largo de nuestra experiencia en la realización de este trabajo, sin embargo en nada limita las situaciones que se pueden dar en el acontecer de la vida en sociedad de los homosexuales. (López, 2008)

Proyecciones

- Con el desarrollo de esta investigación, se pretende evidenciar o demostrar la viabilidad que puede tener jurídicamente el proyecto de reforma constitucional que actualmente se encuentra en la Asamblea Legislativa que busca una reforma que modifique la legislación actual que restringe las uniones entre personas de mismo sexo a la luz de la resolución otorgada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Asimismo, se pretende brindar herramientas para que la sociedad pueda entender el impacto que esta reforma puede traer a los costarricenses, así como analizar si jurídicamente es viable esta reforma constitucional pues una resolución internacional es un mandato de peso.
- Se realizará un aporte a la investigación jurídica del país, debido a que este tema soluciona un conflicto que actualmente ha generado movilidad en la sociedad costarricense, buscando la forma en que el país pueda tener a mano información fehaciente y clara del proceso de reforma.
- Se busca generar una teoría en cuanto al tema a fin de que pueda existir una facilidad por parte de los costarricenses en cuanto al abordaje de este tema. De esta manera, podría debatirse con mayor facilidad. Si la población en general, cuenta con la información correcta del tema, puede brindar mayores aportes fundamentados.

Por último, esta investigación tiene como finalidad poder brindarle al lector la información necesaria para pueda atender el tema que aquí se trata con facilidad y formar un criterio al respecto.

- Analizar el espíritu del legislador en cuanto a la creación del artículo 52 de la Constitución Política.
- Verificar la congruencia que existe entre el artículo 14 del Código de Familia, en cuanto al artículo 52 de la Constitución Política.
- Determinar los tipos de familia que han existido y existen en la actualidad.
- Analizar la evolución de la familia.
- Determinar qué es una Reforma Constitucional y sus formalismos.

- ¿Cuál es el origen del proyecto de reforma constitucional que aquí se analiza?
- Analizar la Convención Americana de los Derechos Humanos en cuanto a la reforma constitucional.
- Verificar la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.
- Comprender lo que es una opinión consultiva.
- Entender los acontecimientos que dieron origen a la opinión consultiva OC-24/17.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.

Teorías

Para efectos de esta investigación es importante indagar en temas de interés que se relacionen con el mismo, esto a fin de encontrar la mayor cantidad de teorías posibles tanto a favor como en contra del matrimonio igualitario para formar un criterio certero.

Teoría del Iusnaturalismo

Esta teoría se basa en lo natural, es decir, es una corriente de pensamiento que se basa en el origen de lo natural. En relación con los Derechos Humanos se busca su tutelaje, sin embargo, estos dependen del reconocimiento de un Estado u ordenamiento jurídico, pero su base fundamental es creer que el derecho existe por naturaleza y no por positivismo, es decir, no se crea por el ser humano, sino que nace de lo natural.

Se supone que todos quienes defienden el iusnaturalismo no se encuentran en contra de la positivización, sin embargo, buscan que sea una base, es decir, que cuando se crean normas que son para tutelar derechos, las mismas no violenten el derecho natural.

Esta corriente fue la que dominó durante los siglos XVII y XVIII y como su nombre lo indica, es una doctrina que hace referencia a que los derechos humanos son inherentes a las personas sin importar si son reconocidos o no por un Estado o un Gobierno. Desde esta perspectiva, los derechos humanos posibilitan el pleno desarrollo de todos los individuos. Es por ello que deben ser garantizados sin importar nacionalidad, género o condición social. Estos derechos buscan satisfacer el más amplio abanico de las necesidades de los seres humanos. No obstante, que su existencia no depende del reconocimiento de Estados o Gobiernos, es importante resaltar que su positivización (que sean plasmados en leyes y normas) permite su pleno goce y facilita la defensa de los mismos. Aquellos que abogan por la fundamentación iusnaturalista, no se oponen a la positivización de los mismos, sin embargo, subrayan la necesidad de que las normas creadas para defender los derechos humanos no contradigan el derecho natural. (Comisión Nacional de los derechos humanos , s.f.)

Además, se puede indicar que la teoría del iusnaturalismo, apunta hacia lo natural por ley natural, es decir, que el derecho va intrínseco a la persona, es algo irrenunciable y que depende de la naturaleza humana, no de la declaración de un sistema jurídico para que exista.

En términos generales, y sin entrar a matices, los iusnaturalistas consideran que el derecho es parte de la naturaleza –la ley natural. “[...] en su aspecto ontológico, la ley natural es un orden ideal que se refiere a las acciones humanas, una línea que separa las aguas de lo que conviene y lo que no conviene, de lo propio y lo impropio, que depende de la naturaleza o esencia humana y de las necesidades inmutables que están enraizadas en ella. Para el hombre, la ley natural es una ley moral, porque el hombre la obedece o desobedece libremente, no por necesidad. (Luna, 2016)

Teoría del utilitarismo

Esta teoría busca velar por los derechos de las mayorías, es decir, busca la mayor felicidad para el mayor número de personas, esto lo toman como la medida de lo que puede ser justo o injusto. Además, puede entenderse que, en la búsqueda de la tutela de derechos para la mayoría, puede existir una clara violación de los derechos de las minorías.

Se dice que el utilitarismo es incompatible con la defensa de los derechos humanos, pues la búsqueda del mayor bien para el mayor número, que prescribe el utilitarismo, puede exigir, en ocasiones, pasar por encima de los derechos. Sin embargo, quizá sea posible ofrecer una solución al conflicto presentando una doctrina utilitarista, reconocible como tal, que sea lo suficientemente amplia como para dar cabida a los derechos. La presente obra tiene como objeto exponer la doctrina de John Stuart Mill como buen ejemplo de cómo es posible llevar a cabo esta tarea. Presentar a Mill como utilitarista y como defensor de los derechos aconseja, no obstante, hacer un estudio previo de ambas cuestiones. Tras el examen de la doctrina utilitarista y el análisis de los conceptos de derechos subjetivo y de derecho humano, se aborda la propuesta de Mill, expuesta en algunas de las obras que se han estimado importantes para el asunto objeto del libro: Utilitarismo, Sobre la libertad, Consideraciones sobre el gobierno representativo y El sometimiento de la mujer. (Peña, 2009)

Teoría del iuspositivismo

La teoría del iuspositivismo la que mejor se adapta a este proyecto de investigación, toda vez que lleva una corriente de pensamiento, en la cual se cree que los derechos se deben de positivizar, es decir, que los derechos nacen por la creación de los mismos mediante el ordenamiento jurídico. También se entiende, que son impuestas, por un órgano jurisdiccional que busca la tutela de un derecho. Por otra parte, es claro que la tutela de los derechos investiga en este documento no son derechos que se crean de lo natural, sino que el hombre busca la tutela del mismo para favorecer a todos de una forma equitativa.

Si hemos de caracterizar en unos cuantos trazos al positivismo jurídico, podríamos hacerlo con las palabras de García Máynez: “[...] la característica básica del positivismo jurídico consiste en que sus defensores conciben el derecho como un conjunto de normas puestas (e impuestas) por seres humanos, y en que señalan como tarea, a la ciencia del mismo, estudiar y, a la práctica, aplicar e imponer el derecho así concebido. Es decir, el objeto del derecho son las leyes emanadas del órgano facultado por otra ley, superior, para hacerlo, sin que se tenga que cuestionar nada acerca del contenido de las mismas, si no, en todo caso, constatar que formalmente hayan cumplido con los requisitos de promulgación. (Luna, 2016)

Es por lo anterior, que se puede indicar que la teoría del iuspositivismo es de carácter constitutivo al negar la juridicidad del derecho natural o incluso su existencia; razón por la cual se opta por esta teoría para el desarrollo de la investigación.

Tema 1

El origen, la evolución histórica de la familia y viabilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Subtemas

Análisis del espíritu del legislador en la Constituyente al artículo 52

Para efectos de esta investigación se hace imprescindible analizar el artículo 52 de la Constitución Política en cuanto al concepto de matrimonio, según el cual se establece que el matrimonio es la base esencial de la familia. Asimismo, indica que descansa la igualdad de derecho de los cónyuges. Es importante indicar, que este numeral, consagra per se el derecho al matrimonio, mismo que es complementado con el numeral 11 del Código de Familia que se analizará más adelante.

A través del tiempo y debido al desconocimiento legal por falta de políticas de divulgación, las personas no conceptualizaban el término del matrimonio como un derecho fundamental, situación que hoy en día ha cambiado y evolucionado, pues el ciudadano tiene más acceso a conocer sus derechos a través de diferentes medios. De esta forma, a la hora de crear el artículo el legislador estableció: “El matrimonio es la base legal de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”. En su momento, a esta moción el diputado Ortiz se opuso e indicó que al integrar el término “Legal” dentro del texto se hacía una exclusión a las familias de hecho, que, aunque no estuviesen reguladas por un marco jurídico, seguían siendo familias. Por dicha oposición, se aprobó el artículo 52 de la Constitución, que actualmente se mantiene de la siguiente forma: “El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges” (Legislativa, Constitución Política, 1949)

Por otra parte, en la Resolución N° 12758 – 2019, que dictó la Sala Constitucional, cuando dicho órgano jurisdiccional conocía sobre un proceso de seguridad social, no omitió en mencionar lo siguiente, como fundamentación al tema mencionado:

[...] si analizamos las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, se puede corroborar la intención del legislador de no excluir a las familias de hecho de la protección constitucional. Como bien lo afirma la Procuraduría, la primera moción discutida en relación con la norma de comentario se redactó en los siguientes términos: “El matrimonio

es la base legal de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”. A esta moción se opuso el Diputado Ortiz diciendo que: “...decir “legal” significa excluir a aquellas familias de hecho, que, sin tener origen en el matrimonio, son sin embargo familias”. Por esa oposición, se aprobó el artículo 52 en los términos actuales, eliminándose la frase “base legal” y sustituyéndose por la de “base esencial”, lo cual significa 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 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, aun cuando el legislador haya manifestado su preferencia por los constituidos por matrimonio. (Constitucional, Nexus, 2019)

Ahora bien, al analizar lo citado anteriormente, es claro que el espíritu del legislador fue proteger la familia como tal, sin hacer un distingo entre los tipos de familia que pudiesen existir, siendo que cuando se presentó la moción, se aprobó sin preferir únicamente la familia dentro del matrimonio. Con esto, se quiere indicar, que, si bien es cierto, que la familia existe de diversas formas, el espíritu del legislador era claro y comprensivo, en querer tutelar los diversos núcleos familiares y no solo un tipo de familia en específico.

Por otra parte, dentro de la misma sentencia N° 12758 – 2019, en el texto de la resolución, los magistrados a cargo, continúan considerando la interpretación los artículos 51 y 52 se menciona que la Asamblea Nacional Constituyente, pudo corroborar en ese momento que la intención del legislador, fue no excluir las familias de la protección constitucional.

Una interpretación literal de los artículos 51 y 52 en relación con el 36 transcrito supra, nos puede llevar fácilmente a la conclusión de que la potestad de abstención a que se refiere el artículo 36, es únicamente para quienes, además de convivir por su deseo de compartir amor, de auxiliarse y formar una familia, están unidos por un vínculo jurídico. La duda podría originarse en una interpretación simplista de la relación de los artículos 51 y 52, cuya conclusión podría ser: "el matrimonio es la base esencial de la familia". No obstante, si analizamos las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, se puede corroborar la intención del legislador de no excluir a las familias de hecho de la protección constitucional. (Constitucional, Nexus, 2019)

En este mismo orden de ideas, la Sala Constitucional, se refiere también a que el legislador toma en consideración para la creación del artículo 52, las familias de hecho. Ortiz (AÑO) hace una distinción muy importante y a tomar en consideración en esta investigación. La tesis se fundamenta, es en el iuspositivismo, el cual busca tutelar derechos con la creación de normas por parte de los legisladores y este es un caso que se apega completamente a esta corriente de pensamiento. Siendo que, se puede interpretar, que este artículo se creó tomando fuentes morales y legales, siempre en buscar de proteger la familia en la constitución y no un modelo como tal.

Según lo expuesto, para el legislador constituyente, las llamadas "familias de hecho" y el matrimonio son simultáneamente dos fuentes morales y legales de familia (hay que tomar en cuenta que no existe impedimento legal para constituir una familia de hecho); ambos garantizan la estabilidad necesaria para una permanente vida familiar, porque se originan en una fuente común: el amor que vincula al hombre y la mujer, el deseo de compartir, de auxiliarse y apoyarse mutuamente y de tener descendencia. (Constitucional, Nexus, 2019)

Por último, es importante indicar que dicha sentencia termina su fundamentación en mencionar la libertad con que cuenta el costarricense desde el momento de su nacimiento, así como resalta que la familia se constituye por individuos, libre e iguales con dignidad y con los mismos derechos ante la legislación costarricense.

Nuestro sistema de vida está basado en principios que guardan la creencia de que todos los seres humanos nacemos libres, e iguales en dignidad y derechos, sin distinción de raza, sexo, color, idioma, religión u opinión política. La familia por otra parte, es indiscutiblemente el elemento natural y fundamental de la sociedad porque es en ella que se dan los elementos fundamentales para el desarrollo de las mejores cualidades del ser humano y donde se traspasan nuestras costumbres, tradiciones y enseñanzas de generación en generación. En consecuencia, la familia, compuesta por individuos libres e iguales en dignidad y derechos ante la ley, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado independientemente de la causa que le haya dado origen; su naturaleza e importancia justifican su protección. (Constitucional, Nexus, 2019)

En el siguiente tema se analizará el peso que ha agregado la jurisprudencia sobre el con respecto a la protección de derecho al vínculo familiar. Por lo que se abarcará de forma amplia este instituto, así como la corriente de pensamiento que ha establecido el tribunal más alto del Estado costarricense.

La familia y la línea jurisprudencial que se ha girado hasta la actualidad.

Para efectos de esta investigación se hace necesario realizar un análisis etimológico del término de familia, el cual tiene dos significados. Algunos autores indican que proviene de la palabra en latín *fames* y otros mencionan que se deriva de la palabra en latín *famulus*. Es decir, puede entonces entenderse que surge de la palabra *fames*, siendo que la misma significa: “Hambre”. Por otra parte, existe la teoría de que surge de la palabra *Famulus*, que significa: “Sirvientes”. Sin embargo, la unión de este concepto, también se refiere a que ambas palabras llevan a un solo concepto, es decir, que nacen a raíz de los esclavos y sirvientes que respondían a un mismo amo. Al respecto véase:

Algunos autores afirman que la etimología de “Familia” surge de la palabra *fames*, cuyo significado es “hambre”; y por otro lado, otros autores mencionan que se origina de la palabra *famulus*, es decir “sirvientes”, por eso, muchos creen que la idea de familia surge a raíz de los grupos de esclavos y sirvientes que respondían a un mismo amo. Sin embargo, el origen de la palabra familia aún no se determina precisamente. (Raffino, 2019)

Ahora bien, después de haber entendido el origen de esta palabra, es determinante también delimitar el concepto de la misma, ya que puede terminar siendo muy amplio. Sin embargo, para contar con un alcance mayor al definirla, se debe de conocer el génesis del mismo, es decir, desde sus inicios y con ello poder identificar su amplitud, alcances y repercusiones jurídicas. Haciendo referencia a lo anterior, se podría dar una definición clásica o común de dicha palabra, la cual sería: “Grupo de personas que se unen por un parentesco”. (Raffino, 2019). Lo anterior, haciendo énfasis en ser únicamente una definición corta y clásica.

Por otra parte, científicamente se ha entendido que cuando se habla de familia, no solo se habla de una clasificación que puede determinar ese conjunto de personas que se mezclan por consanguinidad, sino también por afinidad. Además, se cree que es un círculo o espacio que existe entre las personas para poder tener conocimientos entre sí, como desarrollar tradiciones, afectos y un plan de desarrollo.

Resulta común, en términos científicos, hablar de familia, desde el inicio de los tiempos como la célula, conjunto o grupo originario de la sociedad; grupo que se ha configurado en términos conservadores u ortodoxos, por todas aquellas personas con las cuales se comparten objetivos de vida, así como algún parentesco (de consanguinidad o no): madre,

padre, abuelos, hermanas y hermanos, tías y tíos, primas y primos. También ha sido considerado el espacio que permite en forma integral, a cada individuo, el convivir, crecer y compartir con otras personas, los valores, normas, creencias, tradiciones, comportamientos, conocimientos, experiencias y afectos que resultan indispensables para su pleno desarrollo en la sociedad”. (Gómez & Villa Guardiola , 2014)

En consecuencia con en esta línea de pensamiento, cuando se hace referencia a la familia, la definen también de diversas formas, es decir, que su concepto puede estar basado según la política, diferencia de roles, según creencias religiosas, o bien por la relación que se pueda tener con diversas personas. Esto ha generado que en la actualidad este concepto se pueda ver desde diferentes puntos, los cuales a se pueden explicar a continuación.

Concepto genérico

La familia, en un concepto tradicional es cuando un grupo de personas, que, por algún motivo, relación o consanguinidad, han compartido de forma primordial o bien, se han presentado juntos antes los retos de la sociedad. Además de eso, se define como un conjunto de personas que conviven entre sí, por consanguinidad o afinidad, todos viviendo entre sí, aunque este puede ser un concepto cerrado, en cuanto a este término, siendo que actualmente la familia es la base de la sociedad y se conforma de distintas maneras.

Desde una concepción tradicional, se puede observar que “la familia ha sido el lugar primordial donde se comparten y gestionan los riesgos sociales de sus miembros” (Carbonell, José et al 2012. p.4). Se ha definido también según autores como Luciano Febvre (1961) como “el conjunto de individuos que viven alrededor de un mismo lugar[...]”que continúa diciendo que “La familia se define como el conjunto de individuos que viven alrededor de un mismo hogar” (Febvre, 1961, p.145) definición que muestra la amplitud de su cobertura conceptual, pero con una cierta limitación desde el aspecto espacial, que no se ajusta a las nuevas realidades que impone la globalización con sus características migratorias y de movilidad de sus integrantes”. (Gómez & Villa Guardiola , 2014)

Concepto de familia desde diferentes disciplinas

Esto quiere decir que, para poder conocer el verdadero concepto de la familia, se deben de conocer a otros términos que se utilizan actualmente, siendo que el mismo no es simple, por lo cual requiere de un estudio minucioso que revele tanto su identidad, como el fin con el que se desarrolla.

La concepción real de la Familia no es simple, por tanto, su estudio debe ser abordado desde una perspectiva integradora, que permita observarla y comprenderla tal cual como se presenta en la realidad, esto es, bajo una comprensión fenomenológica holística que revele su verdadera identidad, dinámica y desarrollo, incluyente de todos los aspectos que separadamente son objeto de estudio por cada disciplina. (Gómez & Villa Guardiola , 2014)

Concepto biológico

Este concepto, busca definir de forma científica o bien biológica a la familia; la expone como una clara convivencia en común de dos individuos de una misma especie, estos de diferente sexo, con un fin que es poder reproducirse y mantener la especie. Sin embargo, lo anterior, hace mención también a la forma de reproducción del ser humano, pero también, biológicamente, puede no solo hacer referencia en cuanto al tema de reproducción, si no también, a un claro ejemplo de convivencia entre ascendientes como descendientes.

Como un hecho biológico, la Familia implica la vida en común de dos individuos de la especie humana, de sexo distinto, unidos con el fin de reproducir, y por ende de conservar la especie a través del tiempo. Desde esta óptica, se puede observar a la familia como una agrupación humana de fines eminentemente biológicos, La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender los unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre. (Gómez & Villa Guardiola , 2014)

Concepto psicológico

Para la psicología, la familia es un conjunto de relaciones entre familiares, que realizan actividades entre sí y comparten entre ellos mismos, según los estándares establecidos por la sociedad. Asimismo, considera la psicología, que estas relaciones entre los familiares, son de gran importancia para el desarrollo de la persona dentro de la sociedad.

[...]como la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se supone duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, en el cual existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas

relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia (Malde Modino, I, 2012). (Gómez & Villa Guardiola , 2014)

Concepto económico

Para la economía, la familia representa un papel importante en el desarrollo de la sociedad, debido a que dentro de la misma, los seres que comparten, crean una institución entre ellos con el fin de crear una inversión a futuro, con lo cual buscan una seguridad económica, como así también, poder dotar a todos sus integrantes de los elementos para su convivencia, sea suplir únicamente necesidades básicas o más allá de estas.

Para la economía, la Familia se estudia más claramente al considerarla como una “pequeña fábrica” (Becker G, citado por Miró Rocasolano, P) constituye una institución que basa su existencia en la previsión de costos, gastos monetarios y de ingresos, que llevan a sus miembros, por ejemplo, a considerar a cada hijo como bienes de consumo o como generadores en presente de gastos de inversión que se proyectan como inversión a futuro, considerando correlativamente los ingresos que se han de percibir y la asistencia en la enfermedad y vejez. Por lo anterior se cree que en los países más desarrollados hay un más bajo índice de natalidad. (Gómez & Villa Guardiola , 2014)

Concepto legal

Desde el ámbito legal, el concepto familia es claro y se encuentra presente en cada una de las constituciones de los países, así como es positivizada, según el conocimiento de cada Estado, siendo que se encuentra en constante cambio y a la actualidad ha evolucionado, esta definición legal, siempre va a depender del concepto bien, de la forma en que pueda verlo cada país.

[...]el concepto jurídico de familia solo la considera a partir de la pareja, sus descendientes y ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado. Así las cosas, el concepto jurídico de familia responde al grupo conformado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos. (Baqueiro Rojas, E y Buenrostro Báez, R. 2001. P. 9)”. (Gómez & Villa Guardiola , 2014)

Para el autor de esta investigación, es claro que cada familia se sustenta de diferentes formas, es decir, que no todos adoptan un mismo estilo de vida, así como no todas realizan las mismas prácticas. Asimismo, es claro que todas se conforman de una manera diferente, inculcan valores y principios según consideren lo que es correcto. Además, muchas de las familias, son

determinadas per se, como algunos otros modelos los define la sociedad. Dado lo anterior, es la razón por la cual, es importante conocer su origen y evolución histórica, siendo que, al ser tan diversa o compuesta, requiere de mayor atención.

Origen y evolución de la familia

Surgimiento de la familia a partir de la evolución, según Morgan y Marx.

La familia desde épocas primitivas, ha tenido varios cambios con lo que tradicionalmente se conoce en la actualidad, sin embargo, en épocas pasadas los miembros que integraban las familias, eran distintos y no solo eso, sino que la forma en que se reproducían era distinta. De una forma más amplia, se podría entender que todos los hombres eran de las mujeres y que todas las mujeres de todos los hombres, por lo que esto permitía que se reprodujeran entre si y que los hijos pudiesen tener varios padres.

Por su parte, Morgan establece que la familia es el elemento activo, que tiene un constante cambio. Hace esta referencia, diciendo que la familia se encuentra evolucionando constantemente, eso sí, siempre de un nivel más bajo a un nivel más alto.

La familia —dice Morgan— es el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a otra superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y sólo sufren una modificación radical cuando la familia se ha modificado radicalmente. (Engels, 2006, pág. 39)

Según Marx, la familia siempre perdura debido a la fuerza que conlleva la costumbre, sin embargo, también hace referencia a que efectivamente la familia se encuentra en constante evolución y que normalmente supera o perdura en el tiempo, a pesar de los cambios que ha sufrido.

Lo mismo —añade Carlos Marx— sucede en general con los sistemas políticos, jurídicos, religiosos y filosóficos”. Mientras que la familia perdura, el sistema de parentesco se osifica; mientras que éste continúa en pie por la fuerza de la costumbre, la familia lo supera. Por el sistema de parentesco legado históricamente hasta nuestros días podemos concluir que existió una forma de familia a él correspondiente y hoy extinta, y lo podemos concluir con la misma certeza con que Cuvier dedujo, por los huesos de un marsupial hallado cerca

de París, que el esqueleto pertenecía a un marsupial y que, en un tiempo, allí habían vivido marsupiales, hoy extintos. (Engels, 2006, pág. 39)

Asimismo, es claro indicar que Morgan sostenía, que debido al estado de promiscuidad primitivo que se daba en ese entonces, se desarrollaron algunos tipos de familia, los cuales los catalogan de la forma que se expone a continuación.

Familia consanguínea

Este tipo de familia se define como la primera etapa de familia, donde los grupos conyugales se clasifican por generaciones. Permitían la relación entre abuelos y abuelas, siendo esta pareja entre sí. Asimismo, sus hijos. Sin embargo, quedaban excluidos los hijos del derecho de matrimonio, los padres con los hijos, pero en cuanto a los hermanos y primos, podían mantener relación entre ellos.

La primera etapa de la familia. Aquí los grupos conyugales se clasifican por generaciones. Dentro del círculo familiar, todos los abuelos y abuelas son maridos y mujeres entre sí. Lo mismo sucede con sus hijos, es decir, con los padres y las madres. Los hijos de éstos forman, a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes. Y sus hijos, es decir, los biznietos de los primeros, el cuarto. En esta forma de familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y deberes (pudiéramos decir) del matrimonio. Hermanos y hermanas, primos y primas en primero, segundo y restantes grados, son todos ellos entre sí hermanos y hermanas, y por eso mismo todos ellos maridos y mujeres unos de otros. En esta etapa, el vínculo de hermano y hermana presupone de por sí la práctica del acto sexual. (Engels, 2006, pág. 45)

Como corolario de lo anterior y debido a que se definió que las familias pueden estar compuestas por un grupo de personas clasificadas por generaciones, es muy importante conocer otro cambio significativo para los modelos de familia, según la evolución en el tiempo.

Familia Punalúa

Este tipo de familia, llegó a buscar un cambio en cuanto a las relaciones entre parientes, analizando la relación que se daba en la familia consanguínea, esta prohibía las relaciones entre padres e hijos, sin embargo, la familia Punalúa, buscó prohibir la relación entre hermanos. Este cambio se empezó a realizar de una forma paulatina y no tan abrupta, siendo que primero lo que inició a prohibir fue el acto sexual entre hermanos maternos.

Si el primer adelanto en la organización de la familia consistió en excluir las relaciones sexuales entre padres e hijos, el segundo fue su exclusión entre hermanos. Por la mayor igualdad de edades de los participantes, este progreso fue infinitamente más importante, pero también más difícil que el primero. Se realizó poco a poco, comenzando probablemente por su exclusión entre hermanos uterinos (es decir, por parte de madre) — al principio en casos aislados; luego, gradualmente, como regla general (en Hawái aún había excepciones en el presente siglo)— y acabando por la prohibición del matrimonio hasta entre hermanos colaterales (es decir, según nuestros actuales nombres de parentesco, los primos carnales, primos segundos y primos terceros). (Engels, 2006, pág. 46)

Familia sindiásmica

Este tipo de familia establece la relación entre un hombre y una mujer por un determinado tiempo, es decir, se conocía que desde antes, ya existían relaciones largas de parejas que formaban una familia, sin embargo, este modelo llegó a implementar que un hombre viviera con una mujer, pero siguió asistiendo el derecho de la poligamia e infidelidad al hombre y a la mujer se le restringía, exigiéndole con mayor fuerza la fidelidad y el no cumplimiento de la misma, le generaba un castigo cruel.

En esta etapa, un hombre vive con una mujer, pero de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres, aunque por causas económicas la poligamia raramente ocurre. Al mismo tiempo, se exige la más estricta fidelidad a las mujeres mientras dure la vida común y su adulterio se castiga cruelmente. Sin embargo, el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por cualquiera de las partes. Tras la separación, los hijos siguen perteneciendo sólo a la madre. (Engels, 2006, pág. 54)

Familia monogámica

Según Engels (2006) lo más importante que fomentó fue el desarrollo de un sistema patriarcal en ese momento, la imagen o derechos de la mujer disminuían, las del hombre iban en aumento. Un punto importante a mencionar, es en cuanto a la herencia del hombre pues cuando moría, quien heredaba eran los hijos varones de sus hermanas, pero con este modelo de familia, lo que se adopta, es una paternidad indiscutible, lo que conlleva a que el hijo sea el heredero directo de los bienes de su padre.

Se fundamenta en el predominio del hombre y su fin expreso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible. Esta paternidad indiscutible se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos, han de hacerse un día con los bienes de su padre. La familia monogámica se diferencia del matrimonio sindiásmico por una solidez mucho mayor de los lazos conyugales, que ya no pueden ser disueltos por deseo de una de las partes. Ahora, como regla, sólo el hombre puede romper esos lazos y repudiar a su mujer. También se le otorga el derecho de infidelidad conyugal —legitimado al menos por la costumbre (el Código de Napoleón se lo concede expresamente, mientras no lleve a la concubina al domicilio conyugal²¹)—, derecho que se ejerce cada vez más ampliamente a medida que progresa la evolución social. Si la mujer se acuerda de las antiguas prácticas sexuales y quiere reavivarlas, es castigada con más rigor que en ninguna otra época anterior. (Engels, 2006, págs. 68-69)

Una vez descritos los diferentes tipos de familia que han existido se hace necesario definir el concepto de familia en la actualidad, esto para un mayor abundamiento del tema en cuestión.

Familias en la actualidad

Actualmente, existen varios tipos de familias, es decir, todas se conforman diferentes, sin embargo, se ha logrado determinar que comparten un objetivo en común, que es la convivencia en conjunto de este grupo en sociedad, así como la educación y las herramientas que se consideran como mínimas o bases para poder desarrollarse en sociedad. Dicho lo anterior, se expondrán a continuación, diferentes tipos de familia que existen actualmente en sociedad, los cuales serían:

Familia biológica

La familia biológica, hace referencia a las relaciones que existen o bien, que vinculan a las personas biológicamente, así también como en el aspecto sexual, es decir, que los familiares se definen según la función de la genealogía. Por otra parte, es importante aclarar que esta mención que se realiza, no es aplicable en todas las sociedades, toda vez que, en la actualidad, pueden desarrollarse lazos de familia, según relaciones sociales o bien, por algún parentesco que existan.

En las sociedades occidentales el modelo básico de los lazos de parentesco es el de la vinculación biológica y la relación sexual, de modo que las relaciones familiares se definen en función de la genealogía o de las relaciones sexuales. Esto no ocurre necesariamente en todas las sociedades, ya que pueden desarrollarse relaciones sociales de la familia y de parentesco independientemente de los lazos genéticos o de las relaciones sexuales, de modo tal que la adopción y otras formas de parentesco ficticio son tan reales como los lazos de sangre. (Troyano, 2010)

Familia nuclear

Unidad que se constituye o que nace de varios grupos familiares, es decir, puede reconocerse como este tipo de familia, a las que se constituyen de forma universal, tomando en cuenta que las mismas satisfagan las funciones vitales.

Se denomina familia nuclear debido a que constituye la unidad de la que nacen o se derivan otros grupos familiares más extensos. Muchos autores consideran que este tipo de familia constituye la forma universal de las relaciones familiares, que satisface las funciones vitales, sexuales, económicas, reproductivas y educativas. No obstante, la familia nuclear no tiene que presentarse como una entidad aislada y separada, sino que puede formar parte de grupos más amplios siempre que sea reconocida como tal unidad. (Troyano, 2010)

Familia compuesta

La familia compuesta, se refiere a un grupo que se encuentra integrado por varias personas, normalmente se encuentra conformadas por familias nucleares, es decir, grupo de personas que en su momento han podido contraer nuevamente matrimonio. Además, es importante indicar que, en este tipo de familia, no es indispensables que ambas familias convivan en el mismo lugar de residencia.

Se entiende como familia compuesta a un grupo concreto integrado por las familias nucleares o por partes de éstas. Un hogar poligénico formado por viudas o divorciadas con hijos que contraen nuevas nupcias. No es imprescindible que una familia compuesta comparta el lugar de residencia. (Troyano, 2010)

Familia conjunta

Este tipo de familia, se encuentra compuesta por dos o más parientes de una misma línea directa y del mismo sexo. Esto quiere decir, que una familia conjunta, está integrada por otras familias, pero en una línea directa por ejemplo es la vida en común de los abuelos, con sus hijos casados viviendo en un mismo lugar de residencia.

Se considera que existe una familia conjunta cuando dos o más parientes por línea directa y del mismo sexo, junto con sus cónyuges y descendientes, comparten una misma vivienda y se encuentran sujetos a una misma autoridad o cabeza de familia. La residencia como criterio es importante en la definición de una familia conjunta. Así una familia conjunta sería la formada por un hombre, su mujer, sus hijos casados y las esposas e hijos de éstos. No sería preciso considerar tal grupo de familias como un simple agregado de familias. (Troyano, 2010)

Familia extensa

La familia extensa es un tipo de familia conjunta, pero que no viven bajo la misma residencia, sin embargo, normalmente viven cerca unos de los otros, normalmente realizando actividades familiares juntos. Asimismo, cabe indicar que lo que une a estas familias, normalmente es la educación entre sí y las relaciones entre ellos, con el fin de que todas sean consideradas dentro de su linaje.

La familia extensa es una modalidad de familia conjunta que vive dispersa. Los miembros de los grupos constitutivos de una familia extensa no viven todos en una misma vivienda, aunque suelen residir cerca unos de otros y realizar actividades comunes. La familia extensa se puede considerar como un linaje reducido. Dado que el nacimiento es el criterio que regula la inclusión en un linaje y en un grupo, en los que integran la familia extensa se manifiesta un gran interés por el nacimiento, la educación y la fidelidad única de sus miembros; por este motivo, existe una relación tan estrecha entre esos grupos y las familias de donde proceden sus miembros. (Troyano, 2010)

El concepto de familia es extenso. Sin embargo, para el autor de esta investigación, es un requisito indispensable transmitir su postura y conocimiento del tema, toda vez que analizada toda la información anterior, es claro desde un primer punto, que las familias son diversas desde su

origen o bien, desde su génesis. Dado que, durante la investigación, se ha demostrado que no existe un tipo de familia único con el paso del tiempo. De acuerdo con la anterior, es claro que, el ser humano sexualmente ha buscado la forma de crear vínculos entre su especie, así como los ha creado también, con las relaciones que ha desarrollado con las demás personas, sin algún vínculo genético. En conclusión, las familias pueden existir por un origen biológico, así como la creación de las mismas, por escogencia, razón por la cual es importante abarcar el concepto jurisprudencial de familia.

Concepto jurisprudencial de familia

El criterio de la Sala Constitucional en relación con concepto de familia se devela en la resolución N° 01125-2007, en la cual interpretó, primero como una definición que contempla la parte sociológica, antropológica y jurídica, sin embargo, hace referencia a dos conceptos generales sobre la familia, indicando que puede ser tanto extensa como nuclear, al respecto véase:

La familia es, al propio tiempo, un concepto sociológico, antropológico y jurídico. Desde la primera perspectiva es un conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco, ya sea de afinidad o de consanguinidad. Modernamente se distinguen dos grandes tipos de familia: a) Familia extensa, compleja o patriarcal: Este concepto tiene varias acepciones, puesto que, puede ser sinónimo de familia consanguínea - engloba a los abuelos, tíos, primos y demás parientes de primera línea de consanguinidad-, de una red de parentela que excede el grupo o círculo doméstico o puede hacer referencia a una estructura de parentesco que habita en una misma unidad doméstica u hogar, conformada por parientes de diversas generaciones (abuelos, tíos, primos e, incluso, medio hermanos, hijos adoptivos, etc.). Manifestaciones de este modelo familiar lo constituyen la familia comunitaria –unidades económicas autosuficientes de producción y consumo o de subsistencia a través de la agricultura, caza y pesca- y la troncal –conformada a partir de un hermano heredero- que imperaron en Europa antes del Siglo XVIII y, más concretamente, antes de la Revolución Industrial. b) Familia nuclear, conyugal o simple: Comprende a los progenitores –padres- y su descendencia –uno o más hijos- que no ha logrado independencia económica y se encuentran solteros, toda vez, que una vez que obtienen el primer elemento, ordinariamente, asumen autonomía y en caso de contraer matrimonio o de convivir libremente abandonan el hogar constituyendo el suyo propio. Obviamente, comprende los grupos familiares asentados en el matrimonio (familia de Derecho) como en la simple convivencia (familia de hecho). (Constitucional, 2007)

Dicho esto, y con el basto conocimiento en cuanto a los diversos tipos de familia, así como la línea jurisprudencial que ha seguido la Sala Constitucional, a continuación, se conocerá si es

congruente o no el artículo 14 del Código de Familia, a lo plasmado en el numeral 52 de la Constitución Política.

El artículo 14 del Código de Familia en congruencia con el artículo 52 de la Constitución Política y el derecho al matrimonio.

Siendo que el concepto de familia tradicional ha estado vinculado al concepto de matrimonio, conviene desarrollarlo para una mejor comprensión del tema que se investiga.

El término matrimonio tiene su origen en la palabra latina "matrimonium", esta es una palabra cuya raíz es matri y se relaciona directamente con el feto y monium que refiere a la unión que lleva a cabo una mujer para ser madre. Desde una perspectiva natural, se refiere a la procreación y desde un punto de vista legal y religioso, tiene un significado que conlleva a una práctica social y otra patrimonial.

La postura más aceptada indica que la palabra "matrimonio" viene del latín matrimonium, la cual está conformada por matris, que significa "madre", y monium, que significa "cargas"; por tanto, el significado etimológico de la palabra "matrimonio" implicaría las "cargas de la madre"⁸⁷. El Papa Gregorio IX en sus Decretales de 1227, realizó una compilación general del Derecho Canónico, estimando al matrimonio en función de la maternidad, la cual consideró que para la mujer era "onerosa antes del parto, dolorosa en el parto y gravosa después del parto. (Ibarra, 2003)

El matrimonio en Roma

Las fuentes del derecho romano, presentan diversos conceptos en cuanto al matrimonio, del mismo modo, establece un concepto genérico como tal, en el cual según lo señala Modestino, el matrimonio lo conceptualiza como la unión de un hombre y una mujer. Entendiéndose, como una unión clásica de dos personas. Según Iturri (1993), Modestino definía el matrimonio: «Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et.c onsortium omnis vitae divini el humani iuris comunicatio» 1 • Señalaba Modestino que «el matrimonio es la unión del hombre y la mujer para vivir.

Otra definición que se puede encontrar del matrimonio según el derecho romano, es la unión del hombre y mujer, sin embargo, ambos deben de estar en igualdad de condiciones, en tanto derechos divinos como humanos. Asimismo, se entiende que el esposo en el derecho romano, mantuvo una potestad sobre la mujer, como si la misma fuese su hija, siempre con derechos más amplios que los de la mujer.

En el derecho romano cuando se considera válido el matrimonio se denomina iustae nuptiae, y requiere algunos elementos para ser considerado como tal. En el derecho clásico se le define como “la unión de un hombre y una mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos” (Iglesias González, 1963: 63). En la unidad anterior mencionamos que en virtud del matrimonio, el esposo adquiere la manus que ejerce sobre la esposa como si fuera una patria potestad, considerándosele como hija del mismo. En un principio el matrimonio forzosamente acarreaba la manus, sin embargo, apareció una nueva manera de matrimonio en el cual la mujer permanece bajo la potestad de su pater familias, denominándose matrimonio sine manus, hasta que desapareció completamente la manus y el matrimonio sine manus era el único vigente, y la mujer tuvo un papel más amplio y con mayores derechos. (Universidad Interamericana para el Desarrollo , 1980)

Elementos del matrimonio según el derecho romano

El matrimonio tiene como base, dos elementos de gran importancia para el derecho romano, los cuales se establecen como el elemento objetivo y subjetivo.

Elemento objetivo

Se refiere a la convivencia entre el hombre y la mujer. Esta convivencia, no hace referencia a la permanencia de ambos bajo un mismo techo, tampoco indica que debe de

ser conste, más bien, indica que es el respeto mutuo o bien, el guardarse íntegramente para la otra persona.

El elemento objetivo consiste en la convivencia del hombre y de la mujer (Iglesias González, 1963: 63); sin embargo, no se refiere tanto a una convivencia física constante, como a que entre los cónyuges siempre se guarde la consideración y respeto debidos”. (Universidad Interamericana para el Desarrollo , 1980)

Elemento subjetivo

Este elemento, conocido como *affectio maritalis*, se refiere al comportamiento o trato que se dan mutuamente el hombre y la mujer de manera pública, siendo que estos comportamientos los distinguan como pareja en sociedad. Asimismo, es importante indicar que ambos con su comportamiento realizado en público, buscan transmitir su intención de permanecer juntos como marido y mujer.

La *affectio maritalis*, que es el elemento subjetivo del matrimonio, consiste en la consideración de los cónyuges como marido y mujer, respectivamente, y el trato que se dan mutuamente de esa manera en público, ya que comparten el mismo rango social y la mujer tiene la dignidad de esposa. Además de la intención constante de permanecer como marido y mujer. (Universidad Interamericana para el Desarrollo , 1980)

Requisitos

Según indica el estudio realizado por la Universidad Interamericana para el Desarrollo (1980) existen requisitos para que un matrimonio sea válido:

- 1. Capacidad natural:** se refiere a la edad mínima que se requiere para que sea posible contraer matrimonio,
- 2. Capacidad jurídica:** solamente las personas con la calidad de libres y ciudadanos pueden contraer *iustae nuptiae*

3.- Consentimiento de los esposos: es necesario que sean capaces de manifestar su consentimiento, por lo que un incapaz o loco no puede casarse, así como tampoco es un matrimonio válido si media la violencia para su celebración.

4.- Consentimiento del pater familias: es necesario cuando se trata de personas *alieni iuris*, puesto que forman parte de la patria potestad del pater familias y eventualmente de la sucesión legítima del mismo.

Por otra parte, en el mismo documento se detalla que existen formas por las que se puede dar una disolución en el matrimonio romano o bien romper el vínculo existente, las cuales serían:

a. Muerte: la muerte de alguno de los cónyuges es la manera común y más natural de disolución del vínculo matrimonial.

b. Capitis deminutio: solamente gozan del *ius conubium* los ciudadanos romanos, si alguno de los esposos sufre una *capitis deminutio* máxima o *capitis deminutio* media, es decir, pierde la libertad o la calidad de ciudadano, en consecuencia, el matrimonio se disuelve (Iglesias, 1972: 558).

c. Repudio: en el derecho romano es posible que cualquiera de los cónyuges declare de manera unilateral no querer continuar con el vínculo matrimonial y así darlo por terminado, puesto que se considera una razón suficientemente válida el que una parte no quisiera seguir unida a la otra para disolver el matrimonio. (Iglesias González, 1963: 68).

d. Divorcio por mutuo consentimiento (*divortium communi consensu*): este tipo de divorcio es cuando ambos cónyuges están de acuerdo en dar por terminado el vínculo matrimonial, es decir, están conformes en manifestar la pérdida de la *affectio maritalis*.

e. Divorcio por culpa de uno de los cónyuges (*divortium ex iusta causa*): existen algunas conductas determinadas por ley que el cónyuge ofendido puede invocar para disolver el vínculo matrimonial, como puede ser el adulterio, las injurias graves, el atentado contra la vida, la servicia y el crimen de alta traición.

f. Divorcio por declaración unilateral (*divortium sine causa*): este tipo de divorcio lo puede hacer valer cualquiera de los cónyuges sin necesidad de una causa para ello, por lo que se sanciona a quien lo invoca. Se produce de manera unilateral sin que exista una causa justa por ley.

g. Divorcio bona gratia: se refiere a la disolución del vínculo matrimonial en los casos en los cuales sea inútil continuar con el mismo, por ejemplo, la impotencia, cautiverio, castidad o ingreso a órdenes religiosas (Iglesias González, 1963: 68).

En Costa Rica, el concepto de matrimonio se encuentra estrechamente ligado al concepto de matrimonio en el derecho romano. A continuación, se desarrollará la evolución de este instituto jurídico en el país.

El matrimonio en Costa Rica

La historia del matrimonio en Costa Rica, es la forma o bien historia en cómo se ha regulado por vario tiempo un instrumento legal, por esto, es importante realizar un recuento de lo sucedido durante los años que han transcurrido desde sus regulaciones iniciales hasta la actualidad.

A mediados de los años 70 el matrimonio era regulado mediante el Código Civil, es decir, que no existía el Código de Familia. A finales de 1973 se promulgó el Código de Familia y comenzó a regir tiempo después. A partir de su entrada en vigencia el Código de Familia se convirtió en la nueva ley que empezó a regular el matrimonio como tal, hasta la actualidad.

En Costa Rica, el matrimonio civil se conoce bajo ciertos factores o bien, se describe como un acuerdo de voluntades, el cual se encamina en producir efectos jurídicos, sin embargo, no hace diferencia si el matrimonio es un contrato o bien, una institución.

El código costarricense guarda silencio sobre si el matrimonio civil es un contrato o una institución. Mucho se ha discutido sobre ese tema, entendemos por contrato, un acuerdo de voluntades encaminado a producir consecuencias jurídicas. El que el matrimonio sea un contrato es la teoría clásica de Pothier y Capitant, pero se ha discutido si por el contrario es una institución jurídica que según George Renard y Maurice Hauriou puede definirse como "una organización jurídica social es decir, determinada a un conjunto de individuos cuya autoridad es reconocida porque se ha establecido en correspondencia con el orden general de las cosas del momento y que presenta un carácter duradero, fundado en un equilibrio de fuerzas o en una separación de poderes. Al asegurar una manifestación ordenada de los intereses antagónicos enfrentados, asegura un estado de paz social que es la contrapartida de la constricción que impone a sus miembros. (CIJUL, 2006)

Por otra parte, entendido el matrimonio en Costa Rica, es importe analizar cuáles son los impedimentos en la legislación actual para contraer matrimonio. En el Código de Familia, en el

Capítulo II, mantiene los siguientes impedimentos:

CAPÍTULO II

De los Impedimentos, Revalidaciones y Dispensas

ARTÍCULO 14.- Es legalmente imposible el matrimonio:

- 1) De la persona que está 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.

De conformidad con este artículo, es claro que el matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica está absolutamente prohibido. Sin embargo, esta restricción tiene un plazo establecido para que se reforme según lo ordenado por la Sala Constitucional, que indicó a la Asamblea Legislativa, crear la normativa necesaria, para que las uniones entre parejas del mismo sexo, se encuentren tuteladas dentro del marco jurídico costarricense. En caso de no acatar lo mencionado dentro del plazo establecido, se tendrá por inconstitucional el artículo 14, inciso 6. Tema que se analizará oportunamente en esta investigación.

Matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica

Uno de los principales impedimentos establecidos por la legislación actual, relativos al matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra en el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia.

Para los efectos de este trabajo de investigación, se debe indicar que existen aspectos extrajurídicos como morales, religiosos y psicosocial, los cuales regulan de cierta forma o pueden llegar a limitar el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues de acuerdo a la voz popular estos aspectos representan gran relevancia para la labor legislativa, entre ellos se indican

Aspectos morales o éticos

La ética o bien, aspectos morales, pueden entenderse como la costumbre o el estudio sobre actos que son morales, es decir, que van ligados a la moralidad; aquellos que buscan aceptar lo bueno y rechazar lo malo, este tipo de valoración es realizada por el ser humano, por las conductas de los mismos.

La ética es un cuerpo de conocimientos especializados que se encuentra dentro de un campo mayor, el de la Filosofía. En su procedencia lingüística del griego, la palabra «ética» se revela significada como el estudio de las costumbres con particular atención a los asuntos de la moralidad; entiéndase de forma simple y sencilla, el estudio de lo que es aceptado (lo bueno) y lo que será rechazado (lo malo). La ética, desde esta perspectiva, es un sistema valorativo moral del quehacer humano; es decir, un sistema social-cognitivo de juicios, valores, responsabilidad y consecuencias, en las cuales las palabras «bueno» y «malo», o sus equivalentes semánticos valorativos, son usadas con marcada frecuencia. (Rosado, 2006)

Ahora bien, dado que la ética se relaciona con conductas aceptables o no, estas pueden ser confundidas popularmente como preferencias, entre ellas la preferencia sexual, dentro de las que se encuentra la homosexualidad.

La ética, ha regulado normalmente las conductas y actitudes del ser humano a través del tiempo y las prácticas sexuales no han sido ajenas a este fenómeno, sin embargo, hay unas que contienen cierto grado de aceptación dentro de lo moral y ético y otras que tienen un rechazo por completo, por parte de este juicio de valor que realiza el ser humano. Normalmente, este tipo de

valoraciones que se realizan son por parte de grupos conservadores o bien de grupos éticos normativos. Actualmente, existe un grupo sistemático, que castiga con fuerza las valoraciones que se hacen a las practicas sexuales, siendo que inculcan ideas moralistas, agregando un morbo a las actitudes del ser humanos. Además, llevándolas a censurar la imagen de la sexualidad, haciendo ver que la practica del mismo es relacionada con el pecado y con la vergüenza.

A través de la historia, la ética ha estado presente fungiendo como sistema regulador de la conducta y actitudes. La mayor parte de las conductas sexuales han sido evaluadas desde sistemas éticos normativos y conservadores; en occidente, principalmente desde la ética judeo-cristiana que ha establecido como norma el trinomio del matrimonio, la monogamia y la sexualidad reproductiva junto con otras ideas moralistas como la actitud de rechazo y censura al cuerpo, la pasión y los deseos, antepuestos a la «virtud». Este sistema ético inculca la idea del pecado y la vergüenza (San Agustín) así como la procreación como meta exclusiva del acto sexual (Santo Tomás de Aquino). Primoratz (1999) identifica esta moralidad cristiana como restrictiva normativa. Es claro que, en sus efectos, la ética fundamentada en el esencialismo ofrece una visión de la sexualidad que excluye a sectores como los niños, las personas no casadas, las personas envejecidas que ya han terminado su edad reproductiva y las personas de orientación disímil a la heterosexual. La homosexualidad, particularmente, no sólo queda excluida dentro de esta ética, sino que queda condenada en muchos momentos de la historia. Si algo queda claro en el estudio de las diversas formas de sexualidad es que existen muchos debates, muchos conflictos y mucha animosidad emocional, racional y consecuentemente ética. (Rosado, 2006)

Este punto sobre la ética tiene convergencia con el aspecto religioso, el cual es altamente considerado en los temas de diversidad sexual y conductas “normalmente aceptables” por una sociedad que se considera conservadora.

Aspectos religiosos

Es claro el punto de la iglesia en cuanto a aceptar las conductas homosexuales. En la actualidad, la iglesia, manifiesta la homosexualidad como algo fuera de lo natural y ofrecen a la comunidad homosexual, reivindicarse, dejando las prácticas sexuales inapropiadas que de acuerdo a su doctrina son incorrectas.

Aunque diversos dirigentes de la secta católica aceptan la existencia de una tendencia natural de carácter homosexual, muchos consideran que en el fondo se trata de una desviación de la naturaleza y que, por ello, los homosexuales deben resignarse a vivir reprimiendo las tendencias de tal “naturaleza desviada”, en cuanto dejarse llevar por ellas significaría ceder a un comportamiento “antinatural” y, por ello, intrínsecamente malo. (NINET, 2013)

Asimismo, la religión condena la conducta homosexual, negando el derecho de las personas a desarrollar su vida sexual, tal y como lo desean, tanto así que, en Costa Rica, el matrimonio entre personas del mismo sexo aun no es legal y existe injerencia por parte de la religión al ser un Estado confesional.

En consecuencia, condenan la conducta de carácter homosexual, negando a los homosexuales el derecho a vivir de acuerdo con su propia sexualidad y afectividad según la sientan y, en consecuencia, el derecho a contraer una unión jurídica y social como la del matrimonio, con el mismo valor que esta institución tiene entre parejas heterosexuales. Además y a pesar de reconocer que las tendencias homosexuales pueden ser consecuencia de causas naturales, el señor Ratzinger, anterior jefe de la secta católica, no sólo ha prohibido la ordenación de religiosos y religiosas que se comporten de acuerdo con tales tendencias homosexuales sino también la de quienes simplemente las sientan. (NINET, 2013)

En otras palabras, el aspecto religioso incide directamente sobre la conducta del hombre, indicándole normas que clasifican entre lo puro y lo impuro y por ende influyendo de manera muy profunda en aspectos psicosociales.

Aspectos psicosociales

Los aspectos psicosociales a los que se refiere este apartado, hacen referencia al proceso que el individuo debe llevar para la aceptación de su preferencia sexual ante la sociedad. Debido a que existen constructos sociales, así como estigmatizaciones, del comportamiento de la población homosexual.

No obstante, el entorno ayuda a explicar las repercusiones que puede ocurrir a nivel psicosocial en el individuo que se encuentra en el proceso de aceptar la orientación sexual homosexual. La estigmatización de la homosexualidad se asocia a diferentes factores a través de su origen como lo es la enfermedad mental, la promiscuidad, la pedofilia, el contagio de enfermedades de transmisión sexual y para muchas religiones, especialmente el cristianismo, la posesión de demonios. Gastelum (2005) señaló que quienes desprecian a la homosexualidad y a los homosexuales, creen que estos son depredadores que atacan a niños, seducen a jóvenes, hacen alarde de su sexualidad, promueven sus prácticas sexuales, alientan la promiscuidad, esparcen enfermedades y provocan la destrucción de la familia. Ciertamente, es una construcción social estigmatizada y discriminatoria, guiada por los prejuicios, devaluando a seres humanos con una orientación sexual no heterosexual y clasificando su conducta como una perversa”. (Guardarrama & Jose Toro Alfonso, 2012)

Por otra parte Guardarrama y Alfonso (2012) manifiestan que la homosexualidad ha tenido un debate con lo biológico y el constructo social que se ha realizado. Además, mencionan que

existe una teoría de donde explica que los constructos sociales, realizan distinciones.

La homosexualidad presentó a través de la historia el debate entre lo biológico y la construcción social en cuanto a su origen. El análisis de esta investigación la sustentó el construccionismo social. Mercado (2000) plantea que la teoría de construcción social explica que los fenómenos sociales distinguen una sociedad de otra y éstos son construidos por la misma sociedad a la que pertenecen. Esto ayuda a explicar las concepciones y repercusiones de los individuos, al aceptar su orientación sexual homosexual por los significados construidos en el contexto histórico, cultural y político, por la interacción y las prácticas discursivas en la sociedad acerca de la sexualidad. Muchos ISSN 2218-0559 (CD R), E-ISSN 2220-9026 163 homosexuales de distintas generaciones tienen que enfrentar la estigmatización y el rechazo por la sociedad año tras año. Esto provoca que el llamado salir del clóset sea para muchos homosexuales un proceso difícil, donde oculten su verdadera identidad manteniéndose en el closet, negándose a sí mismos y asumiendo una conducta heterosexual para así evitar el rechazo. (Guardarrama & Jose Toro Alfonso, 2012)

Como se aprecia, el tema psicosocial va más allá de la aceptación de sí mismo y de la preferencia sexual que tiene un individuo, sino también a la exteriorización de dicha preferencia y al hecho de encontrarse frente a una sociedad que en la mayoría de las ocasiones rechazan flagrantemente el hecho de dichas preferencias sean diferentes a las de la mayoría; no obstante, se debe tomar en consideración que existen remedios procesales constitucionales como la Acción de Inconstitucionalidad en casos de discriminación y atropello a este tipo de derechos fundamentales que regulan la determinación de la preferencia sexual de un individuo, acciones procesales que una vez resueltas tiene acatamiento “erga omnes”. Para ello conviene definir su concepto, alcance y beneficios.

Acción de Inconstitucionalidad

Concepto

La Acción de Inconstitucionalidad es un instituto de la justicia constitucional, el cual busca brindar una seguridad jurídica. Asimismo, regula la supremacía constitucional y fija los parámetros necesarios para determinar si alguna norma es contraria al ordenamiento jurídico o bien a todo lo tutelado en la Constitución Política. Además, es importante indicar que sería el remedio procesal por excelencia para proteger el principio de supremacía constitucional.

Constituye, sin duda alguna, el primer instituto y el más importante de la justicia constitucional. Se fundamenta en dos presupuestos dogmáticos: el principio de la supremacía constitucional y el de la seguridad jurídica. El principio de la supremacía constitucional es consustancial a toda Constitución y significa que la validez de toda norma o acto estatal está subordinada a que se ajuste al parámetro fijado por el ordenamiento constitucional. Además, la superioridad de la Constitución, salvo en el caso de los países regidos por Cartas Políticas flexibles, está garantizada por un procedimiento de reforma constitucional especial y más agravado que el de la ley ordinaria. El de regularidad jurídica postula que entre todas las escalas del orden jurídico debe existir una relación de correspondencia y conformidad, constituyendo la Constitución justamente el parámetro último de regularidad de todo el ordenamiento, en cuanto norma suprema del mismo. Para tutelar los principios citados de la supremacía constitucional y de la regularidad jurídica, el ordenamiento ha diseñado los diferentes procesos de control de constitucionalidad. De esa forma los tribunales constitucionales deben reintegrar el orden jurídico violado cuando detectan una violación de los citados principios.” (CIJUL, s.f.)

Para el autor de esta investigación, siendo que se concluyó con la definición completa de lo que realmente es una acción de incostitucionalidad, es importe indicar cual es su regulación actual en la legislación costarricense.

Regulación

Su regulación se encuentra estipulada en la Ley de la Jurisdicción constitucional, en el Capítulo I, artículo 73, que se cita a continuación: (Sistema Costarricense de Información Jurídica , 1989)

ARTÍCULO 73. Cabrá la acción de inconstitucionalidad:

a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.

b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo.

c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.

ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.

d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional.

(Corregido el inciso anterior mediante Fe de Erratas y publicada en la Colección de Leyes y Decretos de 1989 II Semestre I Tomo Página 25. Anteriormente la redacción de este inciso indicaba: “d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratato público o convenio internacional.”)

e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia.

f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.

Admisibilidad

El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, regula la admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad, es decir, indica en qué momento es procedente conocer el fondo de la misma. Asimismo,

II.- El artículo 75 de la Ley que rige esta jurisdicción, establece que la admisibilidad de una acción de inconstitucionalidad está condicionada a la existencia de un asunto previo pendiente de resolver, en el que se haya invocado la inaplicabilidad de la norma o normas impugnadas, de modo que la demanda sirva como un medio razonable para la tutela del derecho o interés que se estima lesionado. Las únicas excepciones posibles a lo anterior, son las que señala el párrafo segundo de la misma norma, en el sentido de que no precisa la existencia del asunto previo en los casos en que la acción sea deducida por el Contralor, Procurador o Fiscal Generales de la República, o bien por el Defensor de los Habitantes; así como en aquellos supuestos en que por la naturaleza del caso no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto. (CIJUL, s.f.)

Acción de inconstitucionalidad en contra del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, bajo la sumaria número 15-013971-0007-CO.

Siendo de relevancia para el caso en estudio de esta investigación, esta Acción de Inconstitucionalidad, es promovida por el licenciado Marco Antonio Castillo Rojas y Yashín Castrillo, contra el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, por estimarlo contrario a los artículos 1, 7, 28, 33 y 51 de la Constitución Política, 1.1, 8.1, 11, 17, 24 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1, 5, 14, 23 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, la Sala Constitucional, consideró pertinente el dictado del voto número 2018-12782, de las diecisiete horas y cuarenta y cinco minutos del ocho de agosto de dos mil dieciocho, este Tribunal Constitucional dispuso lo siguiente:

Por mayoría se declaran con lugar las acciones planteadas por los accionantes Castillo Rojas, Elizondo Arias y Flores-Estrada Pimentel. Conforme al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que "226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución

jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos" (opinión consultiva OC-24/17), y vista la potestad que ostenta la Sala de graduar y dimensionar los efectos de sus sentencias de constitucionalidad (ordinal 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. En consecuencia, se mantiene la vigencia del inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia hasta por el citado plazo de 18 meses. Los magistrados Cruz Castro y Hernández López se adhieren al voto únicamente en cuanto al plazo, para que haya voto de toda conformidad pues consideran que, como necesaria consecuencia de esta declaratoria, corresponde anular de inmediato el impedimento contenido en el inciso 6 artículo 14 del Código de Familia y debe entenderse, que las parejas del mismo sexo tienen a partir de este momento un derecho de acceso -en igualdad de consideraciones- a la figura jurídica del matrimonio civil y a todas sus regulaciones legales así como a igual protección de la ley, todo de conformidad con lo establecido en la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo dispuesto en los artículos 28, 33 y 48 de la Constitución Política. Los magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez declaran con lugar la acción por razones diferentes e instan a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a adecuar el marco jurídico con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. Se acepta la coadyuvancia pasiva planteada por Jorge Fisher Aragón el 7 de abril de 2016, y se rechazan las demás coadyuvancias interpuestas este año por extemporáneas. Los magistrados Cruz Castro, Rueda Leal, Hernández Gutiérrez y Esquivel Rodríguez ponen notas. El magistrado Castillo Viquez salva el voto en todos sus extremos y declara sin lugar las acciones incoadas. Se declara inadmisibles las acciones acumuladas a este expediente planteada por el actor Castrillo Fernández al no haber invocado, de manera específica, en el asunto base la inconstitucionalidad de la norma objeto de esta acción. La magistrada Hernández López salva el voto y admite la acción de inconstitucionalidad planteada por Castrillo Fernández, número 15-017075-0007-CO, y la declara con lugar por entender que es inconstitucional y nula toda la normativa penal que establezca delitos (entre estos los artículos 176 y 179) aplicables a los notarios o a personas, tratándose de la materia referida en esta sentencia. Igualmente, por conexidad, declara inconstitucionales todas las directrices administrativas y normativa infralegal que vaya en contra de la aplicación de la Opinión Consultiva OC 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual incluye el acuerdo del Consejo Superior Notarial 2018-002-024. Publíquese este pronunciamiento íntegramente en el Boletín Judicial y reséñese en el Diario Oficial La Gaceta. Notifíquese a las partes y la Asamblea Legislativa. (Constitucional, Nexus, 2019)

En vista del voto anterior, la Sala Constitucional estimó permitiente declarar con lugar la Acción de inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6, indicando expresamente que son contrarios al artículo 51 de la Constitución Política y demás reglamentos mencionados. Si bien es cierto, el análisis que nos ocupa, es en referencia con el artículo 52 del mismo cuerpo legal, es claro que el tanto el artículo 51 y 52 de la Carta Magna, tutelan como tal el derecho al matrimonio. Además, es importante indicar que, en esta situación, se vulnera no solo un derecho fundamental, sino también, se logra observar que se encuentra en contra de los principios por los cuales la Sala Constitucional se ha guiado, indicando que no puede existir norma que vaya a favor de cualquier tipo de discriminación. Por otra parte, concluye girando la siguiente instrucción:

Se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. En consecuencia, se mantiene la vigencia del inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia hasta por el citado plazo de 18 meses.” (Constitucional, Nexus, 2019)

Se puede colegir que la prohibición de establecer una familia debidamente legalizada a través de lo dispuesto por el numeral 14 del Código de Familia, tiene un límite de vigencia reducido a 18 meses desde el pronunciamiento del más alto tribunal, sin embargo, desde la concepción del matrimonio como instituto jurídico base de la sociedad, se hace necesario analizar jurídicamente la pertinencia, urgencia y utilidad de la reforma al numeral 52 de la Constitución Política como base fundamental de las demás fuentes de derecho.

Tema 2

Origen de la reforma constitucional y viabilidad legal del proyecto de reforma constitucional al artículo 52.

Subtemas:

1. La reforma constitucional, formalismos y procedimiento dentro de la Asamblea Legislativa.

Reforma constitucional

Como punto de partida, se analizará el concepto genérico de reforma constitucional, según la cual es la forma en la que pueden realizarse modificaciones a la constitución política, ya sea de forma parcial o total.

Para ello se explicarán los tipos de reformas que tutela el ordenamiento jurídico costarricense y la categorización doctrinal de las constituciones.

Tipologías

Las constituciones, normalmente tienden a categorizarse, en el caso de Costa Rica, se tiene por entendido que es una constitución de tipo rígida, es decir, que la misma posee un procedimiento especial para que pueda modificarse, ya sea de forma parcial como de forma total.

La Constitución Política podría ser clasificada, tomando como parámetro la distinción clásica de Bryce (1988), como rígida, debido a que posee un procedimiento especial y agravado, dispuesto en su artículo 195, para efectuarle reformas parciales, distinto del procedimiento ordinario para la aprobación de las leyes establecido en el Capítulo III del Título IX de la propia Constitución. A su vez, esos dos procedimientos son diferentes del dispuesto en el artículo 196 de la Norma Fundamental, el cual regula la reforma total de la Constitución. (Leal, 2016)

En esta misma línea de pensamiento, es claro que la constitución costarricense al ser catalogada como rígida, posee dos procedimientos especiales para su reforma, los cuales se abarcarán a continuación:

Reforma parcial o total

El ordenamiento jurídico actual costarricense establece dos formas de poder reformar la Constitución, una de ellas es parcialmente o totalmente, siendo en el mismo cuerpo legal donde establece la regulación del procedimiento.

Ahora bien, lo cierto es que el ordenamiento costarricense dispone de dos posibilidades para reformar la Constitución parcialmente y un único procedimiento para efectuar su reforma total. En este sentido el Título XVII de la Constitución Política de la República regula en dos artículos los mecanismos para introducir enmiendas a la Constitución. (Leal, 2016)

En concordancia con lo citado anteriormente, queda claro el tema y aunque la reforma a la Constitución sea parcial o total, ambos procedimientos son especiales, por lo cual posee un agravante. Así las cosas, es de suma importancia abarcar la regulación en cuanto es procedente utilizar esta herramienta jurídica.

Regulación

Se encuentra la regulación para los dos tipos de reforma constitucional, en los artículos 195 y 196 de la carta magna, siendo que ambas disponen lo siguiente: (Tribunal Supremo de Elecciones, 1949)

Artículo 195.- La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones:

- 1) La proposición para reformar uno o varios artículos debe ser presentada a la Asamblea Legislativa en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral;

Nota: Reformado el inciso 1) del artículo 195 por el inciso e) del inciso 1 de la Ley N.º 8281 de 28 de mayo de 2002, publicada en La Gaceta N.º 118 de 20 de junio de 2002.

- 2) Esta proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión;

- 3) En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles;

Nota: Reformado el inciso 3) del artículo 195 por la Ley N.º 6053 de 15 de junio de 1977, publicada en el tomo V de la Colección de Leyes y Decretos de 1977.

- 4) Presentado el dictamen, se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea;
- 5) Acordado que procede la reforma, la Asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo;
- 6) El mencionado proyecto pasará al Poder Ejecutivo; y éste lo enviará a la Asamblea con el Mensaje Presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo;
- 7) La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, discutirá el proyecto en tres debates, y si lo aprobare por votación no menor de dos tercios de votos del total de los miembros de la Asamblea, formará parte de la Constitución, y se comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia.

De conformidad con el artículo 105 de esta Constitución, las reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa. Nota: Adicionado el inciso 8) del artículo 195 por el inciso b) del artículo 2 de la Ley N.º 8281 de 28 de mayo de 2002, publicada en La Gaceta N.º 118 de 20 de junio de 2002. (Tribunal Supremo de Elecciones, 1949). Según lo establece la Constitución Política, es posible realizar una reforma parcial per se, siempre que se cumplan con los lineamientos establecidos en el numeral 195 del mismo cuerpo legal. Así como dentro del mismo inciso, regula no solo cuando es viable utilizar este instrumento legal, sino también el procedimiento que se debe llevar a cabo para que sea efectivo. Asimismo, en caso de que lo necesario sea una constituyente, es decir, una reforma completa a la Constitución, se debe recurrir al artículo 196 ibidem, el cual se cita a continuación:

Artículo 196.- La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria, deberá ser aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo. (Tribunal Supremo de Elecciones, 1949).

Ahora bien, analizado lo anterior, según lo indica el autor, Alejandro Robles Leal (Leal, 2016), para una reforma constitucional, existen dos vías, la que sea tramitada en la Asamblea Legislativa, así como la que se realiza vía referéndum.

De lo anterior se desprende que, para la reforma parcial de la Constitución, que a los efectos de esta obra es la que interesa, existen dos cauces a través de los cuales puede ser efectuada: ya sea tramitándola ante la Asamblea Legislativa, siguiendo un procedimiento parlamentario especial y agravado; o ya sea a través de una convocatoria a referéndum, en el cual el pueblo se pronuncie sobre la conveniencia de la propuesta de modificación. (Leal, 2016)

De los anteriores conceptos se entiende que existen dos maneras de reformar la Constitución, sea de forma parcial o total. Sin embargo, se debe indicar que, aunado a estas dos formas, existen dos procedimientos, por los cuales se pueden llevar a cabo estas reformas. Ambos procedimientos se expondrán a continuación.

Procedimiento parlamentario

Según Leal (2016) en el trámite inicial, cuando se presenta el proyecto bajo el procedimiento parlamentario, la regulación establece que el mismo debe ser leído por tres veces, en intervalos de seis días. Asimismo, en la última lectura que se realice, los diputados deben de votar, indicando si se aprueba o no dicha proyecto.

Una vez que el proyecto fue presentado, cumpliendo los requerimientos constitucionales, debe ser leído en el Plenario Legislativo por tres veces, con intervalos de seis días. Después de la última lectura, los diputados deben votar para decidir si admiten a discusión el proyecto de reforma, dicha votación debe contar con la aprobación de la mayoría simple de los diputados presentes en la respectiva sesión, según lo estipulado en el artículo 184.2) del Reglamento de la Asamblea Legislativa, Decreto Legislativo n.º 2883, en relación con el artículo 195.2) de la Constitución Política. (Leal, 2016)

Por consiguiente, una vez admitido el proyecto por mayoría absoluta, se tendrá que asignar una comisión especial, a la cual se le otorgará la tarea de dictaminar el proyecto. Por su parte, la Constitución Política, no indica la forma en la que debe de estar constituida esa comisión, sin

embargo, se podría indicar que debe estar compuesta por lo menos con un representante de cada fracción, esto de conformidad con la sentencia número 2012-05596.

Si el proyecto es admitido a discusión, se debe nombrar, por mayoría absoluta de la Asamblea Legislativa, una comisión especial que tendrá la tarea de dictaminar el proyecto, que dispondrá para esa labor de hasta veinte días hábiles. En este sentido, aun cuando ni la Constitución Política ni el Reglamento de la Asamblea Legislativa disponen la manera en que debe estar compuesta esa comisión, se puede concluir, a partir del criterio contenido en la sentencia 2012-05596 de las 16:07 horas del 2 de mayo de 2012 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que esa integración debe, en la medida de lo posible, representar proporcionalmente a todas las fracciones políticas que alcanzaron un escaño al Parlamento, lo anterior implica que no puede haber una sub- o sobrerrepresentación de ninguna fracción política que resulte injustificada, por ello, la cantidad de personas que integren esa comisión estará determinada por dichas exigencias. (Leal, 2016)

Es decir, una vez dictaminado el proyecto por la comisión, debe ser conocido por el plenario legislativo y debe de discutirse en dos debates. Ahora bien, en caso de que sea aprobado el proyecto en debate, se deberá enviar a la comisión de redacción para que se realice la redacción final de la reforma y sea aprobada por última vez, en mayoría absoluta de todos los miembros de la Asamblea.

Después de que se ha rendido el dictamen, este debe ser conocido por el Plenario y debe ser objeto de dos debates. En ese sentido, atendiendo al principio de rigidez constitucional se tendería a pensar que en ambos debates se debería reunir una mayoría calificada; sin embargo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha terminado por resolver la cuestión afirmando que solo en el segundo de esos dos debates se exige esa mayoría reforzada . En caso de que el Plenario apruebe el dictamen sobre el proyecto de reforma, este pasará a la Comisión de Redacción de la Asamblea Legislativa, para que esta prepare la redacción definitiva. Cumplido este trámite, bastará para la aprobación del proyecto por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea. (Leal, 2016)

De todo lo anterior, es importante indicar que el procedimiento parlamentario, mantiene un procedimiento agravado y rígido y resulta indispensable que se encuentre completamente a cargo de la Asamblea Legislativa. Ahora bien, es importante conocer el siguiente procedimiento que regula la legislación costarricense para poder ejecutar una reforma constitucional, que, si bien es cierto que no se refiere a una participación ciudadana por completa para la decisión, existe participación de los costarricenses.

Procedimiento refrendario

Este procedimiento para reformar la Constitución Política, es distinto al que ya se ha mencionado anteriormente, si bien es cierto, como lo indica su propio nombre “Refrendario” introduce la participación del pueblo, pero no puede ser impulsado por el mismo. Es decir, debe de existir la participación de la Asamblea Legislativa, siendo esta la que después de analizar el proyecto de reforma, por medio de un referéndum que debe de realizar el Tribunal Supremo de Elecciones toman en cuenta la opinión de la ciudadanía.

De acuerdo con lo que se ha expuesto hasta ahora, el procedimiento de reforma parcial a la Constitución está regulado en el artículo 195, y es el numeral 195.8) que de manera expresa contempla la facultad que posee el pueblo de introducirle enmiendas parciales a través del referéndum. Sin embargo, para poder ejercitar esa facultad, es necesario que previamente se haya seguido la mayor parte del procedimiento de reforma en la sede legislativa. Es decir, no se trata de una posibilidad abierta de que el pueblo de forma autónoma modifique por su propia y exclusiva voluntad la Constitución, sino que es necesario que exista un concurso de voluntades con el Parlamento¹¹. (Leal, 2016)

Asimismo, existe una interpretación en cuanto al desarrollo de este proceso, el cual considera que primeramente se debe convocar a un referéndum, luego se comunica al Poder Ejecutivo para que el mismo se pronuncie al respecto y luego es trasladado al Tribunal Supremo de Elecciones, quien es el órgano encargado de fiscalizar el proceso.

En ese sentido, una posible interpretación sería que una vez que el proyecto es convocado a referéndum, acuerdo que debe ser adoptado por las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Legislativa¹⁵, la cuestión únicamente permanece en control de la sede Parlamentaria a la espera de que el Ejecutivo lo devuelva en su mensaje durante la apertura de la siguiente legislatura. Se entiende entonces que, en cuanto el Ejecutivo se pronuncia al respecto, el asunto debe ser trasladado al Tribunal Supremo de Elecciones. En efecto, se debe tener presente que el legislador le encargó a este órgano la organización, dirección y fiscalización de los procesos de realización del referéndum, además es este Tribunal el encargado de escrutar y declarar sus resultados¹⁶. (Leal, 2016)

Además, transcurrido todo el procedimiento indicado en el párrafo anterior, la Asamblea Legislativa debe de comunicar el proyecto completo y el motivo por el cual se llamó a referéndum y explicarlo ante el Tribunal Supremo de Elecciones con la finalidad de que sea este órgano quien convoque a un referéndum. En este caso, se debe de realizar la publicación de la convocatoria en La Gaceta, junto con las preguntas que se realizarán en el acto y la convocatoria no deberá de superar los noventa días naturales.

Así, una vez adoptada por el Parlamento la convocatoria y tras haber recibido las observaciones del Ejecutivo al proyecto, el Directorio Legislativo debe enviar al Tribunal Supremo de Elecciones el proyecto de reforma junto con el acto a través del cual se decidió llamar al pueblo a votar sobre dicho plan. Cuando ese Tribunal haya recibido la documentación mencionada, debe proceder a publicar y comunicar la convocatoria a referéndum, lo cual hace a través de un acto formal que debe publicarse en el Diario Oficial, junto con el texto normativo que será sometido a ese instrumento de democracia directa y las preguntas que se formularán respecto de este. Una vez que la convocatoria es comunicada, el Tribunal Supremo de Elecciones dispone de un plazo máximo de 90 días naturales para efectuar el referéndum¹⁷. (Leal, 2016)

Por otra parte, en este tipo de reforma, el legislador dispuso que quien ejerza su voto, deberá realizarlo de forma en la cual acepta o rechaza en su totalidad la propuesta de reforma constitucional. Es decir, dada las circunstancias en las que se encontraría el votante, las preguntas deberán ser completamente claras y expresar la voluntad exacta de lo que se quiere lograr en la reforma, con el fin de que quien ejerza su derecho, tenga plena claridad de lo que está leyendo.

Además, el legislador dispuso que el votante solo podrá aceptar en su totalidad o rechazar por completo la propuesta de reforma constitucional sometida a consulta¹⁸. En este sentido, aunque todavía no se ha presentado el caso, se puede sostener, en virtud de la doctrina de la lealtad con el votante, que las preguntas deberían formularse de una manera suficientemente clara y precisa, de suerte tal que permitan al ciudadano tener plena claridad y conciencia a la hora de expresar su voluntad en la respectiva papeleta¹⁹. (Leal, 2016)

Por último, una vez realizado el referéndum, el Tribunal Supremo de Elecciones, debe hacer oficial el resultado. Asimismo, deberá de indicar si hubo o no, la participación del 40% de los costarricense, para garantizar equidad en el resultado final del proyecto. Además, cabe destacar que realizado el comunicado oficial su resultado será vinculante para el estado, pero en el caso contrario, se deberá de archivar el proyecto de Reforma Constitucional.

Concluida la votación, el Tribunal Supremo de Elecciones debe establecer el número de votantes que acudió a las urnas, los votos a favor y en contra del proyecto de reforma constitucional sometido a consulta, el número de votos en blanco y el de votos nulos, para ello dispondrá de un plazo de 15 días naturales. Finalizado el conteo de los votos, el propio Tribunal debe hacer la declaratoria oficial de los resultados, y notificarlos de inmediato al Poder Legislativo²⁰. Si se determinara que en el referéndum participó más del 40% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, el resultado será vinculante para el Estado, de manera tal que, si el resultado fue favorable al proyecto de reforma constitucional, el Poder Legislativo debe comunicarlo al Ejecutivo para que proceda a su inmediata publicación y observancia, por ende, se tiene como incorporada al Texto Fundamental la enmienda. Si,

habiendo participado dicho 40%, el resultado fuera negativo, el proyecto debe archivar sin mayores formalidades²¹. Finalmente, si no se alcanzara la participación del 40% mencionado, el asunto regresará a la Asamblea Legislativa para que continúe su tramitación por los cauces antes explicados²²". (Leal, 2016)

De los anteriores conceptos, se puede colegir, que si bien es cierto que existe cierta participación ciudadana, es en cuanto a las preguntas que debe de desarrollar la Asamblea Legislativa, con el fin de que el Tribunal Supremo de Elecciones, pueda convocar a un referéndum, pero es claro que no puede existir una participación ciudadana directa, es decir, no puede ser mediante elección popular, razón por la cual, a continuación se indicará el porqué es imposible que exista una reforma.

Imposibilidad de aprobación de una reforma, mediante elección popular

Según (Leal, 2016), este diseño de aprobación, no se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico costarricense. Para cualquiera de los tipos de Reforma Constitucional, debe estar presente la Asamblea Legislativa, esto quiere decir, que los ciudadanos no pueden presentar un proyecto de estos antes el Poder Legislativo.

El diseño de los mecanismos de democracia directa en el ordenamiento costarricense presenta la particularidad de impedir el acceso directo del pueblo a las reformas constitucionales. Es decir, la ciudadanía no puede presentar un proyecto de reforma constitucional y convocarse a sí misma a decidirlo sin la participación del Parlamento. (Leal, 2016)

Además, en determinado momento, el Tribunal Supremo de Elecciones, en un caso en particular, cuando se realizó algunas solicitudes para contemplar la pena de muerte, este órgano jurisdiccional, se pronunció al respecto y manifestó la imposibilidad que existía de convocar a los costarricenses a elegir sobre este tema, sin que existiera de por medio la participación de la Asamblea Legislativa.

Esta cuestión ha sido analizada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Elecciones. En un caso en particular, frente a una solicitud para incluir en el catálogo de sanciones la pena de muerte, ese órgano realizó una interpretación sobre la imposibilidad de convocar a la ciudadanía para reformar la Constitución sin la participación del Poder Legislativo. (Leal, 2016)

Por último, el Tribunal mediante resolución número 3894-E9- 2008 de las 13:20 horas de 5 de noviembre de 2008, indicó que el ordenamiento costarricense únicamente contempla dos tipos

de referéndum, siendo así que no se podría someter cualquier otro tema a discusión mediante esta vía, que no fuese sin la participación de la Asamblea Legislativa, bajo los procedimientos ya tutelados.

Con base en el artículo transcrito, nuestro ordenamiento jurídico contempla dos tipos de referéndum, el legislativo, dirigido a aprobar o derogar leyes (vertientes constitutiva y abrogativa, respectivamente), y el constitucional, mediante el cual la ciudadanía interviene en el trámite de las reformas parciales a la Constitución, el cual también se prevé en el inciso 8) del artículo 195 de la misma. (Leal, 2016)

De esta manera, la ciudadanía no puede interponer un proyecto para reformar la Constitución, siendo que, dentro del mismo cuerpo legal, no permite dicho procedimiento. Es relevante para este tema, conocer sobre la regulación de las sesiones para poder tocar temas de reforma constitucional, esto de conformidad con lo que establece el reglamento de la Asamblea Legislativa.

Regulación para sesiones de reforma constitucional

De conformidad con lo que establece el Reglamento de la Asamblea Legislativa, en el artículo 32, el plenario dedicará un día específico a la semana, con el fin de conocer asuntos referentes a temas de reforma constitucional. Asimismo, el artículo citado, indica que el día destinado para las sesiones son los miércoles. En cual, el reglamento menciona de la siguiente forma:

Artículo 32.-Horario de sesiones del Plenario. Las sesiones plenarias de la Asamblea Legislativa de los lunes, martes, miércoles y jueves, se iniciarán a las catorce horas y cuarenta y cinco minutos. Cuando sea necesario, la Asamblea, por votación no menor de los dos tercios del total de sus miembros, podrá habilitar otro día y otra hora para sesionar. (Asamblea Legislativa , 1961)

Las sesiones de los lunes, martes y jueves no podrán levantarse antes de las dieciocho horas, salvo si, por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros, se aprueba lo contrario. (Asamblea Legislativa , 1961)

Las sesiones de los miércoles se levantarán a las diecisiete horas. En ellas, de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos a las dieciséis horas, se conocerán los asuntos referidos en los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 35 de este Reglamento, el informe de correspondencia, los recursos de insistencia, las proposiciones de los

diputados y demás asuntos de contenido político. De las dieciséis a las diecisiete exclusivamente se conocerán los asuntos comprendidos en el artículo 195 de la Constitución Política. La Asamblea recesará en los días feriados. (Asamblea Legislativa , 1961) (Modificado mediante Acuerdo N° 6040, del 10 de diciembre de 2001 y N° 6128, del 18 de agosto de 2003) (Asamblea Legislativa , 1961)

Para el autor de la investigación, es importante indicar que habiéndose abarcado lo mencionado, es decir, siendo que se estableció de forma clara y amplia, las formas de reformar la Constitución costarricense, así como los procedimientos para realizar dichas reformas, es imprescindible realizar el análisis a continuación de la reforma número 21385, que tiene como objetivo modificar lo estipulado en el artículo 52 de la Constitución Política, que actualmente respecta al matrimonio y los diversos tipos de familia para su conformación. Sin embargo, existe actualmente una propuesta que busca hacer una modificación de forma y fondo del artículo mencionado anteriormente. De esta manera, se procederá al análisis de los capítulos estipulados en el proyecto mencionado, con el fin de verificar si viabilidad jurídica, de acuerdo a la normativa jurídica costarricense.

Análisis de la reforma constitucional al artículo 52, para la protección del matrimonio y la familia número 21385.

El proyecto de Reforma Constitucional número 21385, contiene un titular que maneja conceptos éticos, jurídicos y sociales, ya mencionados en el capítulo anterior. Este proyecto se encuentra dividido en siete capítulos, los cuales no están diferenciados según los mismos.

El primer capítulo justifica la iniciativa por la cual se presenta el proyecto para la reforma del artículo 52 de la Constitución Política, donde hace mención a la participación de ciudadanos costarricenses e indica que han sido 150.000 los que se presentaron ante la oficina de Gestión de Propuesta Ciudadana. Asimismo, se indica en dicho documento, que la propuesta fue acogida por los y las diputadas que respaldan dicho proyecto. Por otra parte, explica, que, en Costa Rica, el matrimonio es un acto jurídico bilateral, únicamente entre hombre y mujer, que contiene tres fines en específicos: la vida en común, la cooperación y el auxilio mutuo. Este título está integrado por normas de derechos fundamentales, constitucionales y el Código de Familia.

Esta iniciativa surge de la sociedad civil, quienes junto con la Licenciada Alexandra Loría Beeche, aportaron 150.000 firmas de costarricenses que presentaron ante la Oficina de Gestión de Propuesta Ciudadana este proyecto. Esta propuesta fue acogida por los diputados y diputadas proponentes, quienes en todos sus extremos respaldan esta reforma constitucional. En Costa Rica la figura del matrimonio es un acto jurídico bilateral, entre un hombre y una mujer, solemne, que no admite modalidades, de tracto sucesivo y con fines determinados por el legislador. Respecto a los fines establecidos, estos se encuentran en el artículo 11 del Código de Familia, los cuales son: la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio. (Prendas, y otros, 2019)

El segundo capítulo estipula los principios y valores del matrimonio. Asimismo, indica la importancia del vínculo y hace referencia a la invalidez de una norma, por no estar sujeta al marco de legalidad del Estado, por la idoneidad de los sujetos. Por otra parte, se estipula en este capítulo que existe una figura original del matrimonio en la que únicamente pueden ser sujetos idóneos un hombre y una mujer. Instaurando dentro de este capítulo, normas de Derechos Humanos y referencias al Código de Familia.

Cuando se constituye el matrimonio se genera un vínculo personal y patrimonial entre quienes lo configuran, para el resguardo de este y debido a la importancia para la sociedad de los valores y los principios relacionados con el matrimonio; cuando se pretende incumplir con la figura original o los impedimentos que establece nuestra legislación, se le considera a esta acción como inválida, la cual se puede dar por falta de idoneidad de los sujetos, por carencia o vicios del consentimiento o por defecto de forma. El matrimonio en Costa Rica es constituido por la unión entre un hombre y una mujer, este fue el espíritu del legislador, en el artículo 11 de nuestro Código de Familia, se estipula que el matrimonio es la base esencial de la familia. La figura del matrimonio entendiéndose siempre como la unión entre un hombre y una mujer. (Prendas, y otros, 2019)

En el capítulo tercero se establece la definición o todo lo que los diputados consideran como matrimonio. Ahora bien, se menciona acerca del elemento natural del matrimonio, haciendo referencia al espíritu del legislador.

Cuando se refiere al elemento natural del matrimonio, aunque superficialmente puede parecer simple y claro, es necesario ampliarlo para un mejor entendimiento del espíritu del legislador. De acuerdo con el significado cosmológico del término natural, Burgos indica que: “Natural o naturaleza desde este punto de vista se entiende como lo originario o primigenio, lo no hollado por la mano del hombre y sujeto, por tanto, a unos dinamismos propios, fijos y autónomos (las leyes de la naturaleza) que no están a disposición del ser humano y que éste debe respetar (ecología). Lo natural se opone así (desde los griegos) a lo artificial, al mundo generado por la razón humana y poblado por invenciones con una vida más débil, más compleja y dependiente del hombre para su funcionamiento. (Prendas, y otros, 2019)

El capítulo cuarto hace referencia sobre una segunda descripción o definición de la familia. Asimismo, manifiesta la importancia o el papel que desempeña la familia en sociedad. Además, se establece la familia como sociedad natural, que debe ser tutelada por el Estado. Es decir, las normas constitucionales, sociales, culturales, económicas y de familia.

Sobre la segunda descripción de la familia, (fundamento de la sociedad), cabe resaltar que la importancia que tiene la familia en la formación y el avance de las sociedades es lo que le da este peso de fundamental y una connotación única ligada al desarrollo de una sociedad. Este reconocimiento a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, además del derecho a la protección especial que debe garantizar el Estado, se estipulan, en el artículo 51 de nuestra Constitución Política. “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. (Prendas, y otros, 2019)

En el capítulo quinto, se refiere a derechos consagrados en normativa internacional. Asimismo, hace mención sobre la naturaleza del matrimonio y la protección que le corresponde al Estado. Además, se refiere a normas de derecho de familia, y la tutela de menores.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también reconoce en su artículo 10, a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad e indica que a esta se le debe conceder la más amplia protección y asistencia que sean posibles, especialmente en la constitución del matrimonio, y en los casos en que estos tengan la educación de los hijos a su cargo. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. (...) (el subrayado y la negrita no es del original). (Prendas, y otros, 2019)

En el capítulo sexto, se citó también normativa internacional vinculante para el Estado costarricense, manifestando lo natural como elemento de la familia. Asimismo, indica que los sujetos idóneos para contraer matrimonio, son únicamente el hombre y la mujer.

El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, también dispone en el artículo 23, que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, además de reconocer el derecho que tienen el hombre y la mujer a entre ellos contraer matrimonio y a fundar una familia.

ARTÍCULO 23:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.” (Prendas, y otros, 2019)

El último capítulo, se reitera la importancia de mantener la tutela sobre el concepto original del matrimonio, manifestando que el matrimonio, contiene elementos que siempre se han conocido por la sociedad, como natural, científico y biológico. Asimismo, se solicita que se realice la reforma constitucional al artículo 52, haciendo un marco de comparación con la demás legislación vigente en la sociedad costarricense. En este capítulo, se hizo referencia a derecho constitucional, familia, derechos fundamentales y de otras generaciones.

Debido a la implicación directa que este acto jurídico conlleva para la construcción de una mejor sociedad, una respetuosa de los principios y los valores que como sociedad compartimos, que nos representan a nivel mundial, que nos han hecho ser la sociedad que conocemos actualmente y para el bienestar de las futuras generaciones, se reitera la importancia del establecimiento de una protección especial al concepto original de matrimonio, el concepto natural, científico y biológico que siempre hemos conocido. Aclarado el panorama general de nuestra legislación referente a la figura del matrimonio, se deriva que el objeto del presente proyecto, entonces, es adaptar la Constitución Política en apego al resto de la legislación costarricense, a los valores de la sociedad costarricense, al espíritu del legislador y por ende la interpretación de los conceptos de la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad. En referencia a esta petición de la sociedad civil incorporamos propuesta firmada por la Licenciada Alexandra Loría Beeche, donde se hace constar las firmas de los costarricenses que la apoyan. (Prendas, y otros, 2019)

Es claro que la corriente de pensamiento por parte de los diputados que respaldan este proyecto, es con base en la teoría del ius naturalismo, no así la postura del autor de esta investigación. Asimismo, para el desarrollo de este tema, se ha tomado como base, el desarrollo de la teoría del ius positivismo, en

referencia a las teorías que respaldan el origen de los derechos humanos. En conclusión, es importante abarcar a continuación, la jerarquía de las fuentes, con el fin de respaldar la teoría o corriente del pensamiento, basada en el ius positivismo.

La jerarquía de las fuentes y su aplicabilidad en temas de reformas constitucionales.

Pirámide kelseniana

La pirámide de Kelsen es un método jurídico, por el cual se pretende analizar las fuentes del derecho y su jerarquía. Las bases buscan establecer como objetivo el ius positivismo. Es decir, su estructura como tal tiene como finalidad eliminar influencias de tipo psicológica, sociológicas o teológicas. Lo anterior, buscando un estudio de las normas positivizadas. Por último, la pirámide kelseniana, tiene como fin, estructurar o categorizar los tipos de normas, con el fin de distinguir cuál predomina sobre la otra.

La pirámide de Kelsen, es un método jurídico estricto, mediante el cual quiere eliminar toda influencia psicológica, sociológica y teológica en la construcción jurídica, y acotar la misión de la ciencia del derecho al estudio exclusivo de las formas normativas posibles y a las conexiones esenciales entre las mismas. La pirámide kelsiana, es categorizar las diferentes clases de normas ubicándolas en una forma fácil de distinguir cual predomina sobre las demás, ejemplo. Constitución, ley, decreto ley, ordenanza etc. (Lopez, 2018)

A continuación, se analizará cómo llevar a cabo este método. Este método representa de una forma gráfica en el orden de un sistema jurídico, lo que constituye escalonar qué predomina sobre otra cosa. Asimismo, muestra la forma en que se componen o relacionan esas normas de acuerdo a un principio de jerarquía. Es decir, tomando como punto de referencia más alto la Constitución Política de un país y el más bajo rango está compuesto por las sentencias.

La pirámide kelseniana representa gráficamente la idea de sistema jurídico escalonado. De acuerdo con Kelsen, el sistema no es otra cosa que la forma en que se relacionan un conjunto de normas jurídicas y la principal forma de relacionarse éstas, dentro de un sistema, es sobre la base del principio de jerarquía. O sea, las normas que componen un sistema jurídico se relacionan unas con otras de acuerdo con el principio de jerarquía. Imaginemos una pirámide escalonada: pues en la cúspide de la pirámide se situaría la Constitución de un Estado, en el escalón inmediatamente inferior las leyes, en el siguiente escalón inferior los reglamentos y así sucesivamente hasta llegar a la base de la pirámide, compuesta por las sentencias (normas jurídicas individuales). (Lopez, 2018)

Es importante indicar que Hans Kelsen, se especializó en derecho positivo, específicamente en dos ramas: Constitucional y el Internacional.

Kelsen en el Derecho Constitucional

Kelsen fue el creador de la Constitución Austriaca, en el año 1920, dejó clara su teoría en cuanto al derecho positivo.

Derecho constitucional En este rubro seré muy breve, motivado no por la poca importancia de los trabajos kelsenianos, sino porque su contenido no podría reseñarse en un resumen como el presente. «Los trabajos teórico-jurídicos de Kelsen no han surgido, como lo afirma a veces la crítica incomprensiva, del “aire”. Kelsen no ha perdido nunca el contacto con el Derecho positivo, de lo cual son testigos elocuentes sus numerosas publicaciones, sobre todo en el campo del Derecho constitucional y del Derecho internacional»²¹ En materia de jurisprudencia positiva, su interés primero estuvo orientado al Derecho electoral de la república austriaca. Más adelante hubieron de publicarse varios ensayos sobre el Derecho federal y sus relaciones con los Derechos locales. Como creador de la Constitución austriaca de 1920 publicó varios trabajos, unos dedicados a la exposición histórica del desarrollo del Derecho constitucional austriaco. Es muy importante el ensayo denominado La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional), que constituye el antecedente de su famosa polémica con el jurista nazi C. Schmitt, quien sostenía que el garante de la constitucionalidad debía ser el Führer y no un tribunal colegiado constitucional. (Ordóñez, 2010)

Kelsen en el Derecho Internacional

En esta parte del derecho, Kelsen tuvo una labor muy amplia, en la cual ofrece mediante una teoría, una unidad jurídica mundial. Asimismo, nace de ahí dos hipótesis que se consideran equivalentes entre sí.

Su labor en el campo del Derecho internacional fue muy abundante. La teoría pura del Derecho es la única construcción doctrinal que ofrece una concepción unitaria del orden jurídico mundial, entendiéndose por esto una construcción conceptual que permite comprender cómo un único orden normativo los derechos de cada Estado, en particular, en unión con el Derecho internacional. En relación con este problema, Kelsen siempre sostuvo que era posible construir la unidad del Derecho partiendo de dos hipótesis distintas, aunque, en su opinión, equivalentes: 1) la del primado del orden jurídico internacional, y 2) la del primado del orden jurídico nacional. (Ordóñez, 2010)

En vista de lo anterior, es procedente explicar las dos hipótesis que plantea Kelsen en el Derecho Internacional, en el cual busca crear un marco jurídico internacional unitario. Razón por la cual se expondrá en primera instancia la el Derecho Internacional ante la normativa estatal.

Primera hipótesis

En esta primera hipótesis, Kelsen expresa que el Derecho Internacional se encuentra sobre el ordenamiento jurídico estatal, así como cuando un país se encuentra supraordenado con organismos internacionales.

En la primera hipótesis, el Derecho internacional se encuentra colocado en una posición de supraordenación en relación con los órdenes jurídicos estatales, de la misma manera que la constitución de un Estado federal se encuentra supraordenada a los órdenes parciales de la federación y de los Estados locales miembros. El Derecho internacional se comprende con los mismos conceptos jurídicos que se emplean para comprender el Derecho nacional. Si éste es un orden coactivo, aquél también lo es. Las sanciones del Derecho internacional están constituidas fundamentalmente por la guerra y las represalias, ejercitadas por los Estados miembros de la comunidad internacional constituida por ese Derecho, pues es un orden jurídico primitivo, i. e., descentralizado. Los Estados miembros de la comunidad internacional son órdenes jurídicos relativamente centralizados. (Ordóñez, 2010)

De acuerdo con lo anterior, es claro que Kelsen quiso transmitir desde un inicio en el Derecho Internacional con su primera hipótesis que existe el ordenamiento jurídico nacional como internacional. Así las cosas, dentro de este pensamiento indicó que el ordenamiento local, estaba supeditado al internacional. Por lo consiguiente, es importante conocer su segunda hipótesis.

Segunda hipótesis

En esta segunda hipótesis, se refiere a que las constituciones de cada país reconocen el Derecho Internacional o las normas internacionales, las cuales, dependiendo de las mismas, se deben de colocar en el orden que la constitución de cada país lo indique. Razón por la cual, deben de interpretarse en un orden igual o inferior.

La segunda hipótesis, i. e., el primado del orden jurídico nacional, afirma que el fundamento del orden jurídico internacional se encuentra en a constitución del Estado que tiene en consideración el teórico del Derecho: generalmente es el Estado nacional en el que vive y al cual sirve. El Derecho internacional debe, bajo este supuesto, colocarse en la pirámide jerárquica de las normas, ya sea a la altura normativa de la propia constitución o en la grada inmediatamente inferior a ella, como muchas constituciones estatales lo hacen, dependiendo una u otra de las alternativas del contenido de la constitución en cuestión y si ésta se refiere o no al Derecho internacional en su totalidad o sólo a una parte de él (el reconocido por los órganos del Estado o del Derecho internacional convencional, los tratados). Kelsen en muchas ocasiones afirmó que la construcción de la unidad del Derecho es posible desde cualquiera de estos dos puntos de vista y que la decisión que se tome depende de consideraciones filosóficas. (Ordóñez, 2010)

De los párrafos anteriores se puede deducir que ambas hipótesis creadas por Kelsen están realacionadas entre sí y buscan establecer el orden entre el Derecho Internacional y el ordenamiento local de cada Estado. Asimismo, establece el orden jerárquico o el rango de ley que adquiere el Derecho Internacional dentro de la pirámide kelseniana. En conclusión, basados en la segunda hipótesis planteada, es importante para el autor de esta investigación conocer sobre la Constitución Política de Costa Rica en virtud de que el artículo 7 indica el rango jerárquico que otorga al Derecho Internacional.

Fuentes que cita la Constitución Política costarricense en el artículo 7

El artículo 7 de la Constitución Política de Costa Rica, indica literalmente, lo siguiente:

ARTÍCULO 7º.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. (Sistema Costarricense de Investigación Jurídica , 1949)

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán de la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto. (Sistema Costarricense de Investigación Jurídica , 1949)

En consonancia con lo anterior citado, es de suma importancia analizar el presente artículo las leyes del sistema jurídico costarricense. Asimismo, es de relevancia conocer el significado de ellas, pues generarán sustento a algunos de los temas que se analizarán con posterioridad.

Los tratados públicos y convenios internacionales

Los tratados o convenios internacionales son regulados por el Derecho Internacional y se encuentran su rango jerárquico establecido dentro de la Constitución Política costarricense. Es importante indicar, que muchos de ellos, son regulados por la Convención de Viena y quien actúa en representación del Estado es el Ministro de Relaciones Exteriores.

Tratado internacional. Acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación particular. Si intervienen no Estados, sino organizaciones internacionales entre sí o con un Estado, son regulados por la Convención de Viena sobre este tema del año 1986. Tienen facultad para actuar por los Estados, el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno, y los Ministros de Relaciones Exteriores. Otros representantes necesitan poder conferido por el Estado. (PINO CANALES, 2006)

Además, es importante indicar que estos convenios o tratados firmados entre Estados, pueden celebrarse con diferentes fines, en ocasiones pueden celebrarse en virtud de los Derechos Humanos, o bien asuntos de otra índole, como económicos, culturales y políticos.

Los tratados internacionales pueden tener múltiples contenidos, pudiendo versar sobre derechos humanos, asuntos políticos, económicos, culturales, etcétera. En general, se hallan precedidos por un Preámbulo que es una especie de introducción donde se declaran

los fines del mismo y las personas que intervinieron como representantes. (PINO CANALES, 2006)

Por otra parte, los concordatos también se encuentran regulados dentro de la Constitución Política, por lo que resulta de importancia conocer el concepto y el alcance de los mismos.

Concordatos

Esta fuente indicada en el artículo 7 de la Constitución Política, hace referencia a los tratados que firman entre un Estado y la Santa Sede, los cuales pueden referirse a asuntos jurídicos, legales, culturales y económicos.

Un concordato eclesiástico es un acuerdo firmado entre un Estado y la Santa Sede para regularizar las relaciones entre ellos. Actualmente casi todos los estados del mundo mantienen algún tipo de acuerdo con la Iglesia, acuerdos de mutuo interés que tienen categoría de tratado internacional. Estos acuerdos suelen referirse a un marco básico de acción entre Estado e Iglesia en materias legales, jurídicas, culturales y económicas. Así, se regulan las pautas básicas de relación en materia de nombramiento de obispos, de libertad de enseñanza religiosa, de impuestos, o de festividades, entre otros. (Religión, 2013)

De los conceptos anteriores, se puede colegir, que las fuentes mencionadas anteriormente son importantes para crear vínculos entre Estados o bien, Estado - Iglesia, que facilitan la cooperación mutua. Ahora bien, estos pueden versar sobre varios temas, por lo que conlleva a que se analicen a la luz de la jurisprudencia dictada por el mayor tribunal costarricense.

Jurisprudencia

En la Resolución N° 00239 – 2019, dictada por la Sala Constitucional, donde se analizaba el Convenio entre el gobierno de Costa Rica con Italia, se establecía un intercambio de información en materia tributaria, se indicó que no había ninguna violación a lo establecido en el Artículo 7 de la Constitución Políticas, así como a las demás normas, esto después de haber realizado el control de constitucionalidad.

A partir de lo dicho, es posible inferir que la aprobación del proyecto de Ley en consulta ha respetado todas las disposiciones procedimentales que la Constitución Política (artículos 7, 121 inciso 4), 124, 140 inciso 5) y 10) y el Reglamento de la Asamblea Legislativa (artículos 85 inciso c) y d), 113, 117, 118, 119, 122, 129, 132, 134 y 144). En este sentido, el proyecto de ley fue presentado para su tramitación legislativa por parte del Poder Ejecutivo, en ejercicio de su derecho de iniciativa, previsto en el artículo 140, inciso 5), de la Constitución Política con el fin de insertar el país en un acuerdo internacional para el intercambio de

información en materia tributaria. Nótese, sobre el particular, que de la lectura del artículo 140, inciso 10) de la Constitución Política se desprende que la firma de los tratados internacionales es una atribución del Poder Ejecutivo. Más aún, de la documentación aportada a la Asamblea Legislativa, el acuerdo fue rubricado por el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, Sr. Manuel A. González Sáenz, lo cual, a la luz de los artículo 7.2 a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de relaciones exteriores, actúan en representación del Estado como funcionario plenipotenciario. En todo caso, el presidente de la República, Luis Guillermo Solís Rivera, y el ministro de Hacienda, Helio Fallas Venegas, impulsan el tratado al presentarlo para su aprobación legislativa, así como las subsiguientes actuaciones del presidente de la República y el correspondiente ministro de la Presidencia, a través de las diversas etapas del procedimiento legislativo. Bajo tal orden de consideraciones, no se observa vicio alguno en lo tocante a la suscripción y tramitación del mencionado acuerdo. (Nexus, 2019)

De esta manera, es claro que cuando se realiza una consulta para verificar algún vicio en temas de tratados internacionales, la Sala Constitucional, per se, realiza un control de constitucionalidad, tutelando que no se haya violentado lo establecido en la Constitución Política, como en las normas conexas. Así, es procedente realizar el análisis de la resolución número 16583-15, que también hace referencia a la importancia del artículo 7 de la Constitución Política, la cual indica lo siguiente:

En esta resolución por parte de la Sala Constitucional, se indica la importancia del artículo 7 de la Constitución Política en cuanto al principio de supremacía constitucional, así como hace mención del papel tan importante en la aplicación del Derecho Internacional y su interpretación.

El artículo 7 de la Constitución Política y el artículo 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en conjunto, revelan un papel fundamental de la jurisdicción constitucional en establecer no solo el principio de supremacía de las normas y principios constitucionales, sino también la del Derecho Internacional, así como su uniforme interpretación y aplicación. Es por un acto, quizá reflejo, que la discusión de un asunto de esta naturaleza esté ligado el principio constitucional de la jerarquía normativa a la jurisdicción constitucional, pero sobre todo cuando debe resolverse con el universo de normas de derecho internacional vigentes en la República. En el caso de Costa Rica, por decisión del constituyente derivado en la reforma constitucional al artículo 7 en 1968, prevalecen los Tratados por encima de las normas ordinarias del sistema legal, lo que descarta toda discusión sobre la vigencia de esas normas con las leyes en el tiempo. Así, con base en la argumentación de los accionantes debe determinarse, cuáles son los derechos internacionalmente reconocidos por los sujetos de derecho internacional, que no se estarían aplicando directamente en el país, o no se estarían materializando en las normas nacionales, pese a que existe un compromiso libremente aceptado por el Estado costarricense. Si se invoca una determinada norma del

Derecho Internacional Público, éste, en efecto necesita estar señalado en el libelo de interposición, para lo cual el accionante, como interlocutor entre ese Tratado y el Estado costarricense, permita establecer claramente las consecuencias jurídicas, al dejarlo motivado y fundamentado en su libelo de interposición de la acción[...]" (Nexus, 2019)

En conclusión, según indica la resolución citada, el artículo 7 de la Constitución Política, es fundamental para lograr entender el orden jerárquico de las leyes. Asimismo, revela la intención del legislador en cuanto a su creación, en indicar que los tratados internacionales prevalecen sobre las normas regulares. En consecuencia, con lo anterior, cabe indicar que el Estado costarricense se ha adherido y aceptado algunos instrumentos del Derecho Internacional, por lo que resulta de importancia para esta investigación realizar un amplio abordaje de los mismos.

Tema 3

INTRUMENTOS INTERNACIONALES, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA OPINIÓN CONSULTIVA.

Para una mayor comprensión del tema en estudio y previo a realizar un análisis de los instrumentos internacionales, es importante ahondar sobre temas que posteriormente, generan un concepto más amplio de la vinculación que existe entre el Derecho Internacional y las normas jurídicas del ordenamiento costarricense.

De manera introductoria es menester mencionar que la Organización de las Naciones Unidas, fue creada el 01 de enero de 1942, esto con el fin de traer paz al mundo, en medio de la Segunda Guerra Mundial. Posterior a esta primera reunión, el 26 de junio de 1945 se firmó la Carta de las Naciones Unidas en San Francisco, en donde se menciona su principal objetivo.

Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz. (Naciones Unidas , 1945)

A raíz de lo anterior, en el entendido que la Carta de las Naciones Unidas busca respetar la paz entre los Estados y tratar de eliminar cualquier amenaza que busque interrumpirla, para la presente investigación, se considera importante desarrollar la Convención de Viena.

Convención de Viena

Después de haberse emitido la Carta de las Naciones Unidas, nace la Convención de Viena, la cual se encarga de tutelar y promover la relación entre Estados de una forma pacífica, con base en el Pacta Sunt Servanda, es decir, que los acuerdos entre los Estados firmantes, son ley entre los mismos.

Considerando la función fundamental de los tratados en la historia de las relaciones internacionales; Reconociendo la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las

naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales: Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma "pacta sunt servanda" están universalmente reconocidos Afirmando que las controversias relativas a los tratados, al igual que las demás controversias internacionales deben resolverse por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional. (Convención de Viena , 1969)

Esta Convención, promueve que las diferencias entre Estados deben de resolverse de forma pacífica y de buena fe, haciendo énfasis en que todos los Estados tienen la libertad y capacidad libre de ser parte o no de un tratado, por lo cual se enfoca de gran manera en el Pacta Sunt Servanda, el cual su concepto se define a continuación:

Como una derivación necesaria del concepto aportado de obligación, se consideraba tradicionalmente que el principio pacta sunt servanda requiriese a cada uno de los sujetos intervinientes una necesaria fidelidad a sus promesas, consecuencia de la exigencia de una actitud honrada, leal, limpia, recta, justa, sincera e íntegra, apoyada en la confianza del cumplimiento para dar y recibir cada parte lo que le corresponde. La actitud exigida era individual de calidad personal, valorada como capacidad de libertad y de responsabilidad frente a la contraparte en el seno de la convivencia colectiva debidamente organizada, estimada como comportamiento debido frente a las responsabilidades provenientes de las obligaciones nacidas del pacto concertado⁵. (Gómez M. I., 2011)

Si bien es cierto, se hace mención a acuerdos internacionales que no hablan específicamente de derechos humanos, sino de regulación entre Estados partes, se realiza con el fin de poder dar una introducción al lector, en cuanto a conocer la Convención de Viena, la cual es vinculante para el tema en investigación, toda vez que respeta el principio de Pacta Sunt Servanda, lo que es congruente a su vez en cuanto al desarrollo en la línea iuspositivista que mantiene la investigación. Dicha tesis, busca regular ordenamientos jurídicos a raíz de norma existente y acuerdo entre las partes, para la mejora continua y el restablecimiento de los derechos humanos. En consonancia con lo anterior mencionado, se realizará el análisis de cuatro instrumentos internacionales, los cuales versan sobre temas sobre derechos humanos.

Instrumentos Internacionales basados en derechos humanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, fue suscrita San José, Costa Rica y entró en rigor a partir del 18 de julio de 1978.

Este convenio internacional, es uno de los mecanismos mas importantes, siendo que el mismo, dio origen a la creación de la actual Corte Interamericana de los Derechos. Asimismo, este convenio tiene como propósito, consolidar las instituciones democráticas, los regímenes de libertad personal y aquellos que buscan la justicia social, es decir, todo aquello que respete los derechos del hombre: “Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1978)

Además, existe otro punto importante, debido a que esta convención tiene como objetivo principal reconocer los derechos esenciales del hombre, como un atributo a las personas, siendo así que busca una protección de los Estados suscritos.

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1978)

Este convenio está conformado por 11 capítulos en total, siendo de gran importancia para esta investigación el artículo 5 inciso 1, en cual tutela la integridad física, psíquica y moral de las personas, como un derecho.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1978)

Ahora bien, citado lo anterior, es importante indicar que en su articulado establece la protección a la honra y dignidad de las personas, la cual cito a continuación:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1978)

Es menester indicar que lo estipulado en este documento juega un papel muy importante en materia de Derechos Humanos a nivel local y dentro de una sociedad que es poco tolerante y que se permea de factores externos al ámbito legal que infieren en los derechos de las personas. Asimismo, al consagrarse la dignidad y honra de las personas dentro de la convención es una garantía a los Derechos Humanos, que, si realmente no se encuentran tutelados dentro de un marco jurídico de una sociedad, los Estados miembros deberán acatar lo indicado en este convenio.

Por otra parte, es indispensable para esta investigación, una vez que abarcado el tema en cuanto al derecho a la dignidad y honra, dar cabida a la referencia que hace este convenio en cuanto a la familia, ya que es un instituto que funge como pilar central de esta investigación, la cual se abarcará a continuación.

El artículo 17 de este convenio, establece la protección de la familia, definiéndola en primera instancia como un elemento natural y fundamental, que debe ser protegida por el Estado. Asimismo, reconoce la libertad de los cónyuges en contraer matrimonio. Además, para el autor de esta investigación, es de gran importancia indicar que en el inciso 2 de este artículo, la convención reconoce al hombre y a la mujer su derecho a formar una familia, siempre y cuando cuenten con la edad necesaria. En este mismo orden de ideas, este inciso expresa literalmente:

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1978)

Es decir, que con base en el principio de no discriminación que tutela este convenio, no se podría indicar que este artículo hace referencia únicamente al matrimonio entre personas heterosexuales debido a que es claro que menciona que el hombre y la mujer, tienen derecho a formar una familia, en igualdad de condiciones, a criterio del autor de esta investigación, es evidente que tal y como se ha analizado en este trabajo, las familias están compuestas diversamente, por lo que este numeral es amplio en indicar la tutela de la familia, sin discriminación

alguna, además de la aplicación de un principio general de “no hacer distingo donde la ley no lo hace”.

En concordancia con lo anterior mencionado, es importante citar la tutela o protección completa que establece este convenio a la familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1978)

En conclusión, así como se mencionó, en cuanto al derecho a formar una familia, según los lineamientos de esta convención, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, mantiene la siguiente posición:

En este sentido, con respecto al artículo 17.2 de la Convención, la Corte considera que, si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. Para esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2018)

A raíz de esto, es procedente conocer sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual establece la igualdad entre personas, sus libertades y derechos. Siempre en defensa de la dignidad humana.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos se creó en 1948 con un decreto aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas. Asimismo, Fue la primera vez en que se plasmó por escrito, temas sobre los derechos y libertades del ser humano. Además, cuenta con 30 artículos, en los cuales se encuentran contemplados derechos humanos básicos, que buscan la dignidad intrínseca y la igualdad entre los miembros de una familia.

Ahora bien, para efectos de la presente investigación, se considera de gran relevancia los artículos 1, 2, 7, 12, 16 y 28, pues refieren directamente a la dignidad humana a la dignidad humana, libertad, vida privada, la familia y la tutela de la misma, por parte del Estado.

El artículo primero de esta declaración, manifiesta que los seres humanos, desde su nacimiento son libres e iguales en dignidad y derechos. Asimismo, indica que debe haber una armonía de unos con otros en virtud de que son seres con razón y voluntad y por ello se debe respetar lo que en este numeral se tutela. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. (Declaración Universal de Derechos Humanos , 1948)

En el artículo segundo se establece que todas las personas gozan de los derechos y libertades que son plasmados en esta declaración, sin que sufran alguna distinción por raza, color, sexo, idioma, religión o por su opinión política. Asimismo, no puede existir distinción por su país de procedencia, independientemente del tipo de gobierno que la persona provenga.

Toda persona tiene 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. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía. (Declaración Universal de Derechos Humanos , 1948)

Asimismo, el artículo 7 establece que todas las personas son iguales ante la ley y que no puede existir distinción alguna para que sea protegida por las leyes. Asimismo, expresa que ninguna persona, sin distinción puede ser discriminada, o bien que realicen algún acto en su contra que infrinja lo tutelado en esta declaración. “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. (Declaración Universal de Derechos Humanos , 1948)

Además, en el artículo 12 se tutela la vida privada de las personas, así como las de su familia, domicilio y correspondencia, indica que toda persona tiene derecho a ser protegida ante cualquier ataque que atente en contra de su privacidad.

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. (Declaración Universal de Derechos Humanos , 1948)

En esta misma línea de pensamiento, el artículo 16 de la Declaración, establece en su inciso primero, que toda persona tiene derecho a formar una familia, sin distinción alguna. Asimismo, establece en su inciso tercero la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, otorgándole a los Estados el deber de protegerla.

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. (Declaración Universal de Derechos Humanos , 1948)

Por último, en el artículo número 28 establece que toda persona tiene derecho a que los derechos establecidos en esta Declaración sean tutelados tanto por la legislación interna de su Estado, como por medio de los mecanismos con que cuenta el Derecho Internacional. “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y

libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. (Declaración Universal de Derechos Humanos , 1948)

En conclusión, es evidente que, dentro de la Declaración de los Derechos Humanos, se busca tutelar todos aquellos derechos fundamentales, inherentes al ser humano y que deben de ser protegidos por los Estados, así como por todos los mecanismos de Derecho Internacional, por esta razón, considera el autor de esta tesis, que es importante conocer sobre los derechos civiles y políticos que cobijan al ser humano.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue aprobado mediante la resolución número 2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Asimismo, este pacto tiene como objeto principal, garantizar los derechos civiles y políticos de las personas, dentro del Estado en el que habitan, esto siempre en condiciones de no discriminación y en el entendido de que todos los ciudadanos son iguales ante la Ley. Ahora bien, es importante para el tema de esta investigación analizar los artículos 2, 3, 23 y 26.

En cuanto al artículo 2, inciso 1, hace referencia a que los Estados partes de este pacto se comprometen a respetar y garantizar a todos los individuos que habitan en su territorio, asimismo, se comprometen a que los derechos que se establecen en este pacto, estén sujetos a su jurisdicción.

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Sistema Costarricense de Información Jurídica, 1968)

Ahora bien, de acuerdo con la cita anterior, es importante indicar que todos estos derechos por parte del Estado miembro deben ser respetados sin distinción alguna, bajo los supuestos citados supra. Es decir, manifiesta que todos los derechos así consagrados, para la importancia de esta investigación, se consagran todos los derechos, independientemente de su sexo o cualquier otra condición social.

Es procedente conocer, además, lo que se estipula en el inciso segundo, de este artículo, cuando hace referencia a que cada Estado se compromete a crear las medidas oportunas para que legislativamente existan instrumentos que ayuden al cumplimiento de cada uno de los derechos aquí consagrados.

Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. (Sistema Costarricense de Información Jurídica, 1968)

De esta manera en el inciso tercero de este artículo, los Estados partes, se comprometen a que, si a una persona se le violentaron los derechos establecidos en este Pacto, pueda acudir a la vía correspondiente y utilizar el mecanismo jurídico para que su derecho sea restituido.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades del recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. (Sistema Costarricense de Información Jurídica, 1968)

Ahora bien, en concordancia con lo citado y a raíz de que se estableció la obligación de los Estados parte, en cuanto a facilitar el acceso a la justicia para que puedan hacer pleno goce de los derechos establecidos en el pacto, el artículo 3 de este mismo cuerpo normativo establece:

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. (Sistema Costarricense de Información Jurídica, 1968)

Este artículo es claro en cuanto a establecer los derechos del hombre y mujer, es decir, realizando un análisis minucioso del mismo, se logra determinar que este Pacto, busca tutelar los derechos civiles y políticos del hombre y mujer como ser humano, en igualdad de condiciones.

El artículo 23 en su inciso primero establece a la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad, la cual debe ser protegida por el Estado. Es decir, es congruente con los demás artículos establecidos dentro del mismo, siendo que su principal objeto, es tutelar derechos civiles y políticos.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (Sistema Costarricense de Información Jurídica, 1968)

Para estos efectos, se debe conocer el inciso segundo, el cual consagra el derecho que tiene todo hombre y mujer en contraer matrimonio, siempre y cuando su edad les permita celebrar este acto.

“2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello”. (Sistema Costarricense de Información Jurídica, 1968)

Por último, establece que, si se celebra el matrimonio, este debe de realizar de forma libre para cada uno de los contrayentes, es decir, cuando dos personas se disponen a contraer matrimonio, debe ser por la propia voluntad de cada uno y que no puede existir una tercera persona tomando una decisión arbitraria que los obligue: “3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”. (Sistema Costarricense de Información Jurídica, 1968)

En conclusión, este artículo con sus tres incisos, busca tutelar la familia, la libertad del hombre y la mujer para poder contraer fundar una familia y así también, optar por una familia, siempre y cuando ambos estén tomando su decisión de forma voluntaria y libre. En esta misma línea de pensamiento, se debe de conocer la regulación que contiene este pacto, en cuanto a temas que abarquen la discriminación.

El artículo 26, consagra que toda persona es igual ante ley, es decir, cuando se refiere al término persona, es importante aclarar que hace referencia al ser humano, sin distinción de género, color de piel, origen étnico o religión que practique.

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. (Sistema Costarricense de Información Jurídica, 1968)

A razón de lo anterior, es importante conocer el otro instrumento internacional con base en los derechos humanos y la regulación de aspectos económicos que realmente juegan un papel muy importante en la familia como en la persona como tal. Además, regula temas culturales, que en ocasiones son aspectos extrajurídicos con los que las personas tienen que aprender a desarrollarse en una comunidad.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este pacto entró en vigor el 3 de enero del año 1976, el cual se conforma por 31 artículos, los cuales buscan reconocer la dignidad inherente a todos los miembros que conforman una familia y la igualdad de los derechos de cada uno que lo conforman, así como sus derechos inalienables, para que cada uno pueda tener el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Para esta investigación, es de gran aporte, conocer los artículos 2, inciso segundo y el artículo 10.

En el artículo 2 inciso segundo del presente pacto, tutela la orientación sexual de la persona, así como los derechos en cuanto de índole económica y social.

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. (Naciones Unidas, 1976)

Una vez analizado el artículo anterior, en cuanto a la igualdad a la que se refiere, es de suma importancia conocer el artículo 10 que hace referencia a la familia y al matrimonio, como derecho de toda persona.

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. (Naciones Unidas, 1976)

De acuerdo con lo anterior, es importante indicar que el artículo 10 del presente pacto en su inciso primero establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Asimismo, indica que la familia como tal, debe tener una amplia protección, así como la libertad del matrimonio, es decir, que las personas que pueden contraer matrimonio deben de realizarlo con su único consentimiento, cerrando el portillo para que ninguna otra persona pueda intervenir en la voluntad de alguno de los contrayentes.

La postura del autor de esta investigación, es clara en cuanto, a que existe una amplia regulación a nivel internacional que tutelan los derechos humanos de las personas que viven en Estados que han suscrito este tipo de convenios. En el caso de nuestro país tienen una gran injerencia en el sistema jurídico, motivo por el cual, es de relevancia para esta investigación, conocer el procedimiento para que un tratado o convenio internacional sea aprobado en la legislación costarricense.

Procedimiento para la aprobación de instrumentos internacionales en la legislación costarricense.

A continuación, se realizará un breve análisis del procedimiento para la aprobación de instrumentos internacionales en el sistema jurídico costarricense.

En los casos en que Costa Rica quiera suscribir o adherirse a algún tratado internacional o convenio, lo realizará por medio de su representante, siendo este el que ostente el poder y tenga documento idóneo para la representación del Estado, es decir, el presidente de la República junto con el Ministro de Ramo.

De esta forma, la Asamblea Legislativa tiene una regulación específica en cuanto a los Tratados Internacionales. No solamente los que están por ratificarse, sino los que ya han sido ratificados y además deben de rendir informes de la aplicación de cada uno de ellos en el país.

En primera instancia, cabe indicar que, por Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, existe una comisión permanente llamada Comisión de relaciones Internacionales. Asimismo, esta comisión conoce sobre los temas que se citarán a continuación, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 85 inciso d, párrafo primero del mismo cuerpo legal:

Dictaminará los convenios internacionales, los tratados públicos y de comercio exterior, los concordatos, las resoluciones, las recomendaciones, los acuerdos legislativos externos y otros de similar naturaleza, presentados a la Asamblea Legislativa para su aprobación. (Reglamento de la Asamblea Legislativa, 1961)

Dentro de sus actividades a realizar está entregar informes al presidente de la Asamblea Legislativa, de los siguientes asuntos, según lo estipula en el párrafo segundo del inciso d: “2. Preparará los informes, de oficio o a solicitud del Presidente de la Asamblea, una Comisión Permanente o el Plenario, sobre asuntos de derecho internacional, política exterior de Costa Rica y relaciones internacionales.” (Reglamento de la Asamblea Legislativa, 1961)

Además, se considera que es el enlace oficial de la Asamblea en materia de Derecho Internacional, por lo que es la comisión encargada de llevar la agenda para la participación de la Asamblea en los foros de los convenios suscritos y demás parlamentos a nivel mundial. Por ende, deberá conocer sobre las recomendaciones y pronunciamientos de diferentes parlamentos y resoluciones vinculantes con el país.

3. Será el enlace oficial de la Asamblea en materia internacional, para lo cual, le corresponde coordinar y dar seguimiento a la participación de la Asamblea Legislativa en el Foro de los Presidentes de los Poderes Legislativos de Centroamérica y la Cuenca del Caribe, (FOPREL), la Unión Interparlamentaria, el Parlamento Latinoamericano y otros parlamentos del mundo, de conformidad con las actas constitutivas, los acuerdos y los convenios suscritos por la Asamblea Legislativa con dichos órganos. Por tanto, le corresponderá informar al Plenario Legislativo cada seis meses o cuando en forma extraordinaria lo requiera el Plenario Legislativo, de la labor que se realiza en las organizaciones interparlamentarias antes mencionadas, de la participación de la Asamblea Legislativa en dichos foros, así como de los lazos de cooperación y amistad establecidos con los Parlamentos del mundo. Asimismo, le corresponderá promover la adopción de las recomendaciones o los pronunciamientos de esas organizaciones e informar, a las Secretarías Generales de esos Parlamentos, de la labor que se efectúe”. (Reglamento de la Asamblea Legislativa, 1961)

Una vez descritas las tareas asignadas a la comisión especial, se deberá remitir al Poder Ejecutivo las solicitudes de información, así como notificar a los funcionarios públicos de los tratados ratificado por Costa Rica para el cumplimiento de los mismos. Además, la comisión está en la obligación de remitir al plenario legislativo el informe respectivo para la fiscalización, es decir, estos informes que se realizan solo serán para fiscalización, pero no para votación por parte del curul.

El seguimiento del estado de la aplicación de los tratados internacionales se hará mediante consultas periódicas y solicitudes de información al Poder Ejecutivo y organizaciones de la sociedad civil involucradas en dicha aplicación, y de audiencias de los ministros de gobierno u otros funcionarios públicos que apliquen los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica. Los informes que prepare la Comisión derivados de sus potestades se remitirán al Plenario Legislativo, los cuales deberán ser leídos en el Plenario Legislativo en la primera parte de la sesión, en el capítulo de asuntos de control, fiscalización y demás contenido político. Estos informes tendrán carácter informativo y no serán votados, sin perjuicio de que los diputados discutan su contenido. (Modificado este inciso por Acuerdo N° 6108, del 15 de mayo de 2003). (Reglamento de la Asamblea Legislativa, 1961)

Así, abarcado el procedimiento en el ordenamiento jurídico costarricense en cuanto a materia de Derecho Internacional, se puede indicar que existe un sistema estructurado para la regulación de esta materia.

Por otra parte, siendo que la postura del autor de esta investigación, es darle un auge a la tesis ius positivismo, que manejan los derechos humanos, así como los principios que regulan el

Derecho Internacional, es procedente mencionar dos, que contribuyen en gran parte con el tema en cuestión.

Principio Pro Libertatis

Este principio tiene como objetivo acudir siempre a la norma más protectora en cuanto a temas de derechos humanos. Asimismo, busca la interpretación más favorable para garantizar los derechos fundamentales de una persona.

El principio pro libertatis, tiene como fin acudir a la norma más protectora y/o a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer y garantizar el ejercicio de un derecho fundamental la libertad de la persona; o bien, en sentido complementario, aplicar la norma y/o interpretación más restringida al establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de los derechos humanos. (Chacón, 2014)

Este principio es aplicado con normalidad en el Derecho Internacional a favor de los Derechos Humanos, es decir, se define como el principio a seguir para acudir siempre a la norma mas amplia para reconocer derechos intrínsecos a las personas.

Este principio que tiene esencialmente su origen en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, ha sido definido como: un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. (Chacón, 2014)

De acuerdo con lo anterior, existe otro principio que se relaciona con la protección e interpretación de los derechos humanos, siendo que también trata de buscar la norma más favorable para la persona.

Principio Pro Homine

Este principio busca acudir de igual forma a la norma más amplia, para proteger los derechos humanos y coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, buscando favorecer al hombre.

El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e,

inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. (Pinto, s.f.)

Una vez analizados estos dos principios, que son importantes en la aplicación sobre materia de Derechos Humanos, buscan la norma más favorable para la persona, con el fin de restituir su derecho. A continuación, se tomarán en cuenta, países en los cuales, reconocen estos principios, así como la aplicación de instrumentos internacionales, con un mayor progreso en los derechos humanos.

Derecho comparado: Países que regulan el matrimonio igualitario.

A lo largo de este trabajo se ha tratado de demostrar si es viable o no la Reforma Constitucional 21385, con la que se busca establecer un cambio en el artículo 52. Asimismo, se ha demostrado desde el origen de la familia, como también el concepto de matrimonio. Además, se han explicado las formas de modificar la constitución, así también, organismos internacionales que regulan la familia. En virtud de esto, se analizará a través de la doctrina algunos otros Estados que tutelan el derecho al matrimonio en su Constitución Política, verificando si su sistema jurídico encasilla el instituto del matrimonio únicamente entre hombre y mujer o bien, permite según otros organismos internacionales el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En esta sección del apartado se expone un análisis del libro: “La Suprema Corte y el Matrimonio Igualitario en México”. El autor, Roberto Niembro Ortega, explica en su obra de una forma amplia, los criterios con los que la Suprema Corte de México, incorporan mediante una reforma constitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo. Es importante destacar que antes de esta constituyente el tema no se encontraba en la Constitución Política Mexicana regulando el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero tampoco el mismo cuerpo legal, lo prohibía.

En la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la Procuraduría General de la República impugnó el reconocimiento del derecho a las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio, previsto mediante reforma al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal.⁴⁴ La relevancia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 resuelta por el Tribunal Pleno el 16 de agosto de 2010 se debe a varias razones: es el primer asunto en el

que la Corte estudia la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y su derecho a adoptar, se fijan pautas que serán retomadas en los asuntos posteriores, y tiene la peculiaridad de tratarse de un caso de inclusión y no de exclusión de las parejas homosexuales, por la asamblea legislativa. Para la Corte, al tratarse de un caso de ampliación de derechos y no de restricción, y que el núcleo de los argumentos de invalidez se dirige a demostrar la falta de razonabilidad objetiva de la medida legislativa como tal, y no a impugnar un acto legislativo por violación al principio de igualdad y no discriminación, debía aplicar un *test* de razonabilidad y no de proporcionalidad reforzado. De acuerdo con la Corte, al estudiar la razonabilidad debe verificar que 1) la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, 2) si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual. En su argumentación, la Corte dice que en tanto el artículo 40. constitucional no define al matrimonio,⁴⁵ la definición queda en manos del legislador ordinario. Es decir, la Constitución no exige el acceso al matrimonio de las personas del mismo sexo, pero es una opción permitida por la misma. La inclusión de las personas del mismo sexo al matrimonio no trastoca su núcleo esencial, pues la diversidad sexual no es un elemento definitorio de la institución ni la finalidad del matrimonio es la procreación, además es compatible con la protección y desarrollo de la familia entendida como realidad social. (Ortega, 2017)

Además, indica la Suprema Corte Mexicana que el artículo cuarto de su Constitución, no define el instituto del matrimonio pues quedó en manos del legislador. Asimismo, manifiesta que el tutelar desde la Constitución el derecho al matrimonio para las personas del mismo sexo, hace referencia a un tema de inclusión y de protección a la familia en la realidad social.

Por otra parte, se realiza el análisis de la tesis: “Matrimonio Civil entre parejas del mismo sexo en Colombia. El autor, Jhaslen Ricardo Ramírez Lemus, en su tesis, desarrolla un tema de investigación, en la cual busca si existe alguna norma jurídica dentro del ordenamiento colombiano, que prohíba el matrimonio igualitario, a continuación, se cita un pequeño análisis del mismo:

Además de proclamar un Estado social de derecho como República democrática, participativa y pluralista basada en el respeto de la dignidad humana y promoción de la igualdad (artículos 1º y 13º), la Constitución Política de Colombia del año 1.991 se consagra a sí misma como “norma de normas” (artículo 4º), forzando su aplicación en todo caso de incompatibilidad con otra disposición legal. Sin hacer mayor detenimiento en la totalidad de valores contenidos en su normativa, la Carta Política estableció que “sin discriminación alguna” (donde se incluyen razones de sexo) primarán los derechos inalienables de la persona, amparando consigo a la familia “como institución básica de la sociedad” (artículo 5º). Además, dedica todo un artículo para reforzar su protección y describir las maneras por las cuales puede constituirse: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se

constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” (Artículo 42 - Negrita fuera de texto. (LEMUS, 2011)

Es decir, la Constitución Política Colombiana, impide el matrimonio entre personas del mismo sexo. Se tutela de forma expresa el matrimonio entre hombre y mujer, sin embargo, hasta el 2015, por una resolución la Corte Constitucional Colombiana, mediante resolución SU-214 de 2016, declaró legal el matrimonio entre personas del mismo sexo. Lo anterior debido a que los magistrados de la Corte Constitucional realizaron un estudio de constitucionalidad, basando el mismo en que un funcionario por omisión puede dejar de tutelar Derechos Humanos, en esta razón, llegaron a la conclusión de que es legal el matrimonio igualitario y declararon legales todos los matrimonios que se habían inscrito desde el 2013.

Por otra parte, se analiza la publicación: “Sobre la declaración de constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, homosexual o igualitario”. El autor Juan José Bonilla Sánchez, expresa que el artículo 32.1 de la Constitución Política Española establece el matrimonio entre hombre y mujer, lo cual se cita a continuación:

Ha habido que esperar siete años a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6-11-2012, que declaró la constitucionalidad de la Ley. Fue adoptada por una mayoría de ocho magistrados, siete de ellos progresistas y uno conservador, D. Francisco Pérez de los Cobos. Los tres conservadores que votaron en contra formularon votos particulares, que resumiremos al final. Se abstuvo de conocer el magistrado D. Francisco-José Hernando, por haber tomado decisiones sobre esa Ley en su anterior cargo de presidente del Consejo General del Poder Judicial. Fue Ponente el Magistrado D. Pablo Pérez Tremps. El Tribunal, con carácter previo, delimita el objeto del recurso al primer apartado del artículo único de la Ley, que añade un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil, en virtud del cual “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. (Sánchez, 2013)

Así, el Tribunal Constitucional Español, declara la inconstitucionalidad del artículo 32.1 siendo que en el artículo número 39 del mismo cuerpo legal, tutela la familia y el matrimonio como instituto jurídico distinto, pero protege diferentes tipos de familia.

Se considera que “el matrimonio” y “la familia” son dos bienes constitucionales diferentes y por ello, son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales y, sobre todo, los hijos a los que el artículo 39 de la Constitución Española salvaguarda con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio, de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio, o incluso, en fin, de que el

progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas. (Sánchez, 2013)

La postura del autor se basa en que diferentes países han logrado declarar el matrimonio igualitario legal, aún cuando su Constitución lo prohíbe expresamente. Sin embargo, es importante indicar que la doctrina de México presenta una situación muy similar a la costarricense pues su constitución no tenía impedimento algo para la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, pero regulaba los diferentes tipos de familia en la actualidad. Dicho lo anterior, para efectos de esta investigación es importante conocer la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la vinculación que existe entre sus resoluciones con el ordenamiento jurídico costarricense, por lo que a continuación se procederá a desarrollar con amplitud el tema para un mayor abundamiento del mismo.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la vinculación de su jurisprudencia en CR y la Opinión Consultiva OC-24/17.

Convención Americana de los Derechos Humanos.

La Convención Americana, se conoce también como el pacto de San José, el cual se firmó en Costa Rica, el día 22 de noviembre de 1969 y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Esta Convención tutela los derechos humanos de las personas de los Estados miembros que han ratificado el convenio. Asimismo, a raíz de la ratificación de esta Convención, se crearon dos órganos especializados para conocer y velar por su cumplimiento.

La Convención Americana, también llamada Pacto de San José de Costa Rica es un tratado internacional que prevé derechos y libertades que tienen que ser respetados por los Estados Partes. Asimismo, la Convención establece que la Comisión y la Corte son los órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención y regula su funcionamiento. (Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2019)

Los Estados que han firmado el convenio son:

Los Estados que han ratificado la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú,

República Dominicana, Surinam y Uruguay. (Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2019)

Es importante indicar que, a raíz de la Convención Americana de los Derechos Humanos, se creó el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

El sistema Interamericano de los Derechos Humanos, fue creado por los Estados Americanos de la OEA, los cuales crearon una serie de instrumentos internacionales para proteger los Derechos Humanos. Este sistema, mediante los consagra los mismos los derechos que se tutelan y establece el compromiso por cada uno de los Estados miembro de velar por el cumplimiento de los mismos.

A raíz de la creación de estos instrumentos surgen dos órganos encargados de regular el cumplimiento de todo lo consagrado per se, siendo estos: La comisión Interamericana de Derechos Humanos y para efectos de esta investigación quien tiene gran importancia es la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Los Estados Americanos, en ejercicio de su soberanía y en el marco de la Organización de Estados Americanos, adoptaron una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, conocido como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Dicho Sistema reconoce y define los derechos consagrados en esos instrumentos y establece obligaciones tendientes a su promoción y protección. Asimismo, a través de este Sistema se crearon dos órganos destinados a velar por su observancia: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2019)

Es importante indicar que el Sistema Interamericano, se creó a raíz de la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, es decir, fue este el que dio origen a lo que hoy se conoce como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Junto a esta Declaración, se crearon otros instrumentos internacionales que buscan de igual forma, la defensa de los Derechos Humanos.

El Sistema Interamericano se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en 1948. Adicionalmente, el Sistema cuenta con otros instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolos y Convenciones sobre temas especializados, como la Convención para Prevenir

y Sancionar la Tortura, la Convención sobre la Desaparición Forzada y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre otros; y los Reglamentos y Estatutos de sus órganos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2019)

En conclusión, se evidencia que a raíz de la de la creación de este sistema e instrumentos del Derecho Internacional, nace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de vigilar el cumplimiento de lo que se tutela en estos instrumentos. Para efectos de esta investigación, este órgano como tal, es de gran importancia, ya que es el que ha girado una resolución, después de que el Estado costarricense formuló una opinión consultiva en materia de derechos humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el tribunal encargado de velar por el cumplimiento de los Derechos Humanos que han sido consagrados en la Convención Americana de los Derechos Humanos. Es importante mencionar que Costa Rica, mediante sus representantes, de forma libre y voluntaria, ratificó este convenio. En esta misma línea de pensamiento, se evidencia que el Estado costarricense, según lo analizado por el autor de esta investigación, ya había suscrito la Convención de Viena, es decir, estaba sujeto al principio del Pacto Sunt Servanda, el cual, de una forma genérica, se puede interpretar que lo que se establece entre los Estados partes, es ley entre los mismos.

La Corte Interamericana es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales. (Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2019)

De acuerdo con lo anterior, la sede de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, se encuentra ubicada en la ciudad de San José, Costa Rica. Este órgano es también una institución judicial autónoma, siendo su función principal, interpretar y aplicar lo estipulado en la Convención Americana. Este órgano es el encargado de realizar una función consultiva, así como otras funciones que regula la misma convención por esta razón es procedente es importante ilustrar al lector con las funciones más importantes de la Corte.

Función consultiva

Esta función que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos es formulada por los Estados miembros de la OEA. Las opiniones consultivas que interponen los Estados miembros, versan sobre tres temas en específicos: la compatibilidad de las normas internas de un Estado en congruencia con la Convención Americana, interpretación de las normas establecidas en la Convención o bien, sobre otros tratados sobre los derechos humanos.

Por este medio la Corte responde consultas que formulan los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma acerca de: a) la compatibilidad de las normas internas con la Convención; y b) la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2019)

Dentro de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en el artículo 64, inciso primero y segundo, se establece la función consultiva que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La cual, se cita a continuación:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. (Convención Americana sobre Derechos Humanos , 1969)

Un ejemplo de este mecanismo jurídico, fue el que utilizó el Estado costarricense en el 2017, mediante la opinión consultiva OC-24/17 realizada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la interpretación y alcances de varios artículos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual se estará analizando mas adelante en esta investigación. Sin embargo, de previo a conocer esta opinión consultiva a fondo, es importante, analizar la naturaleza de la opinión consultiva y el carácter no obligatorio de la misma.

La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección

de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte. (OC-3/83, 1983)

Mediante la resolución citada, la Corte establece la naturaleza de la opinión consultiva, indicando con ello que es procedente siempre y cuando deba conocer aspectos o bien, seguir el propósito de la Convención Americana. Por esto es relevante establecer su diferencia con la función jurisdiccional que establece la Corte, misma que se tutela en los artículos 61, 62 y 63 de la Convención, los cuales establecen.

Artículo 61

1. Sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.
2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.
3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada.
2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén

sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. (Convención Americana sobre Derechos Humanos , 1969)

De conformidad con los artículos antes mencionados y realizando una interpretación de los mismos, la función jurisdiccional que realiza la Corte en comparación a la consultiva, se diferencia que, la opinión consultiva, la Corte realiza una opinión sobre la interpretación de las normas de la Convención y la compatibilidad de lo tutelado en la Convención con las normas internas de un Estado. En la función Jurisdiccional, la Corte puede no solo hacer interpretación de las normas citadas en la Convención, sino también, tiene competencia para ordenar la aplicación de las mismas en los Estados miembros. Asimismo, es importante indicar que en la función jurisdiccional que ejerce, mediante resolución fundada, podrá ordenar el cumplimiento de las normas de la Convención, como también, que se restituyan los derechos de quien sufrió un menoscabo. Es decir, si la Corte determina que existió ese menoscabo, no solamente ordena el cumplimiento, sino también, realiza una función de supervisión para verificar que el Estado parte, cumpla con lo ordenado.

En los casos que sean de suma urgencia o bien, si el tribunal considera que existen daños irreparables, puede dictar medidas provisionales, para resguardar la integridad del ser humano y así también, podrá ordenar la ejecución de sentencia para que la persona sea indemnizada. Dicho proceso de ejecución de sentencia, deberá realizarlo el interesado en la jurisdicción interna del Estado parte al que corresponde, bajo las normativas internas del mismo.

Para efectos de la investigación es importante conocer sobre la competencia de la Corte, es decir, cuando los Estados pueden acudir a la misma. En razón de lo anterior, se procede a ampliar el tema, en cuanto a su competencia.

Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En primera instancia la competencia de la Corte inicia cuando un Estado ratifica el Convenio, al hacerlo dentro del mismo se da la competencia a la Corte, es decir, media el principio de Pacta Sunt Servanda. Asimismo, es importante indicarlo que el Estado parte, deberá manifestar que reconoce la obligatoriedad de las normas al adherirse a la Convención.

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido su competencia contenciosa. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención Americana, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte. (Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2019)

Por otra parte, en el artículo 61 de la Convención se establece la competencia de la Corte, esta competencia se la otorga el Estado cuando mediante el instrumento de ratificación que entrega, expresa o manifiesta saber su obligación en el cumplimiento de lo consagrado en la Convención. Asimismo, es importante indicar que si bien es cierto, esta relación entre el Estado miembro y la corte da inicio desde que el Estado miembro ratifica o bien se adhiere a la Convención y como se ha indicado en esta investigación da gran cabida para indicar que nace de la voluntad libre y expresa del Estado parte y la Corte.

Para el autor de esta investigación, es relevante acotar, que si bien es cierto que el principio Pacta Sunt Servanda es ley entre las partes, no solo de ahí nace la competencia de este órgano creado para la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también, existe un control de convencionalidad que es consecuente con este principio y por lo tanto dota también de competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Control de convencionalidad.

El control de convencionalidad es un instrumento jurídico utilizado en el Derecho Internacional, en el caso que nos ocupa, se utiliza en temas que versan sobre los derechos humanos. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ha indicado que los Estados miembros, es decir, todos aquellos que hayan ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, están sujetos a realizar este control de convencionalidad, el cual tiene como objetivo, respetar las normas establecidas en la Convención, así como la jurisprudencia que ha

realiza la Corte. Además, es claro que uno de los objetivos principales de este control de convencionalidad, es que ninguna norma del ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, se sobreponga sobre las decisiones de la Corte, como lo consagrado en la Convención.

Es una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus Jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2019)

De acuerdo con la cita previas procedente conocer la vinculación que existe la jurisprudencia de la Corte Interamericana, así como el criterio emitido por la Sala Constitucional de Costa Rica.

Vinculación de la jurisprudencia emitida por la CIDH en Costa Rica y el Criterio de la Sala Constitucional.

En este apartado se indicará qué tan vinculantes son las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos en Costa Rica. Asimismo, se llevará al lector a conocer el criterio de la Sala Constitucional en cuanto dichas resoluciones.

Según se ha indicado en el desarrollo de esta investigación, se deben cumplir algunos presupuestos para que las sentencias u opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, sean vinculantes para los demás países. En este caso concreto, el análisis que se realizará, será sobre la vinculación que existe con Costa Rica. Asimismo, se debe hacer referencia a que Costa Rica es un Estado parte de la Convención Americana de los Derechos

Humanos y el Estado costarricense ratificó y se adhirió a la Convención, de forma expresa como se explicó en líneas anteriores. Así las cosas, de una forma más amplia, el Estado costarricense, siendo una República, libre, soberana e independiente, por su propia voluntad, aceptó la Convención Americana de los Derechos Humanos y con ello, su obligación en tutelar el cumplimiento de los derechos establecidos en la misma. En razón de lo anterior, la postura del autor de esta investigación es clara, en indicar que son vinculantes las resoluciones de la CIDH con Costa Rica al ser un Estado parte de la Convención.

Jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica

En este apartado de la investigación, se desarrollarán varias resoluciones emitidas por la Sala Constitucional, con el fin de lograr establecer en el presente trabajo, la postura que han mantenido los magistrados y magistradas en cuanto a la vinculación que existe en las resoluciones emitidas por las Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la legislación costarricense.

Es importante analizar la Resolución N° 04193 – 2003, emitida por la Sala Constitucional a las quince horas con veintiún minutos del veinte de mayo del dos mil tres, donde analiza el recurso de amparo interpuesto por Hugo León Bermúdez Bedoya, en cual presenta escrito, redactando su recurso con base en lo siguiente punto:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las catorce horas y cincuenta y un minutos del veinticuatro de marzo del dos mil tres (folio 1), el recurrente interpone recurso de amparo contra el Jefe de la Misión ACNUR-Costa Rica y manifiesta que el diecinueve de setiembre del dos mil dos presentó una gestión ante el recurrido sobre trámites que pueden aliviar la situación problemática de refugiados. En dicha gestión solicitó aclaraciones sobre el cumplimiento de acuerdos para reconocer la asociación que representa y permitir el ejercicio de su derecho a la organización, que es un derecho humano fundamental y convencional, según lo considera la Convención de Ginebra sobre Refugiados de mil novecientos cincuenta y uno. Sin embargo, a la fecha no ha recibido respuesta alguna, lo que estima viola lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución Política. Solicita se declare con lugar el recurso. (Nexus , 2003)

La Sala Consitucional analiza lo expuesto por el recurrente, de lo cual considera que al ser el ACNUR un organismo internacional, no tiene injerencia alguna o mecanismo para contradecir lo que resolvió este organismo internacional. Por esta razón se puede colegir que la Sala realizó una convencionalidad de las normas, respetó el principio Pacta Sunt Servanda e indicó que dicha resolución era vinculante. Ahora bien, el recurrente manifestó que se violentaba el artículo 27 de

la Constitución Política, pero aun así la Sala se refirió a la diferencia que existe entre la normativa interna con la Internacional en situaciones de Convenios.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) es un organismo internacional que tiene una misión en Costa Rica. Como tal, sus actuaciones están sustraídas al fuero y jurisdicción de los Tribunales internos de la República, de modo que no puede ser tenido como sujeto pasivo en un recurso de amparo. De manera que dicho organismo está sustraído de la tutela jurisdiccional que se ejerce en el territorio nacional, razón por la cual no puede esta Sala, por medio de ninguno de sus instrumentos, impedir que esa inmunidad se haga efectiva. En consecuencia, el recurso interpuesto ante este Tribunal Constitucional es improcedente y así se declara. (Nexus , 2003)

Resolución N° 02313 – 1995, de las dieciséis horas con dieciocho minutos del día nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco, donde se analiza la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Róger Ajún Blanco, la cual se tramitó bajo el expediente número 90-000421-0007-CO. Dentro de esta resolución el recurrente, interpone la acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 22 y 23 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, toda vez que dicha normativa la considera contraria a lo que tutela el numeral 7 de la Constitución Política.

El asunto principal de esta acción es la causa que se tramita en su contra ante el Juzgado de Instrucción de Nicoya, por el delito de ejercicio ilegal de una profesión. Agrega el señor Ajún que el fundamento jurídico utilizado para tratar de cobrarle un carácter del cual carece, no obstante lo cual viene realizando un trabajo legítimo, ha sido el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, en concordancia con el ordinal 23 del mismo cuerpo legal, con lo cual se le ha venido dando el carácter de periodista por sus labores de comentarista, lo que no se corresponde con la realidad, pues él se desempeña como locutor y comentarista, "jamás como periodista" (folio 4). Finalmente, solicita se declare con lugar la acción porque las normas dichas violan el artículo 7 de la Constitución Política, que otorga a los tratados internacionales (caso en el cual, afirma, está la Convención Americana Sobre Derechos Humanos) rango superior a la ley ordinaria. (Constitucional, Nexus , 1995)

De acuerdo con lo citado anteriormente y de conformidad con la opinión consultiva número OC-5-85, formulada por el Estado costarricense, en la cual la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, establece que se debe de declarar la inconstitucionalidad a los artículos citados del Ley del Colegio de Periodistas. La Sala Constitucional, resuelve mediante la sentencia lo siguiente:

Debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han

entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que **las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan[...]** **SENTENCIA 2313-95** (Constitucional, Nexus , 1995)

Queda claro así que mediante esta resolución que emitió la Sala Constitucional, en congruencia a la opinión consultiva OC-5-85, la postura de la Sala es diáfana en indicar que las opiniones consultivas realizadas a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, son vinculantes para Costa Rica, esto de conformidad con lo que establece la Convención Americana de los Derechos Humanos. Así las cosas, la jurisprudencia de la Sala, a partir de esa fecha ha indicado lo siguiente:

Hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los **“instrumentos internacionales”**, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento de tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no hay sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país. Así, la **Declaración Universal de Derechos Humanos** (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza normativa que le otorga la materia que regula. (...)Dentro de ese orden de ideas, ha dicho la jurisprudencia de la Sala que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor y que, en tratándose de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales **“tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”** **SENTENCIA 2313-95.** (Constitucional, Nexus , 1995)

De esta manera es evidente que la Sala Constitucional, reconoció las fuentes del Derecho Internacional y sus instrumentos, otorgándoles el nivel jerárquico correspondiente por el fondo. Además, ratificó de forma expresa que las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, son válidas plenamente e indicó que cuando las mismas versaran sobre temas de derechos humanos, por ejemplo; La Convención Americana de Derechos Humanos, no solamente tenían un rango o valor similar a la de la Constitución, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, tendrían prioridad ante la Constitución Política. En manera de conclusión, lo más relevante e importante que se puede sustraer de este tema, es que esta sentencia

fue dictada por el más alto Tribunal costarricense, convirtiéndose así esta resolución en normativa *erga omnes*.

Por otra parte, se considera importante citar jurisprudencia de años más cercanos a la actualidad, con la finalidad de fundamentar ante el lector que el criterio de la Sala Constitucional se ha mantenido a la actualidad, desde la opinión consultiva OC-5-85 realizada en 1985 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la Resolución N° 01692 - 2016, a las once horas y veintiuno minutos del tres de febrero de dos mil dieciséis se analiza la acción de inconstitucionalidad en contra de Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, denominado “Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria”, del 10 de setiembre de 2015. La Sala Constitucional declara con lugar la acción de inconstitucionalidad, ya que se consideró que dicha técnica debió haber sido aprobada por Ley de la República y no por decreto ejecutivo. Además, mediante la misma sentencia, la Sala Constitucional ordenó que la Asamblea creara la ley respectiva y ordenó una audiencia al cumplimiento de lo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, plasmó nuevamente en esta sentencia, caso conocido de Artavia Murillo y otros, que las resoluciones de la CIDH tienen la misma fuerza de ley que las dictadas por los tribunales.

[...] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27, de la Ley N° 6889 de 9 de setiembre de 1983, Ley Convenio para la Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las resoluciones de esa Corte, tienen la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses, pero, para ello, es necesario que el Congreso de la República emita una ley otorgándole, a la sentencia, esa eficacia. De igual modo, para la modificación del ordenamiento jurídico que implica el cumplimiento de la sentencia del 28 de noviembre de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica se requiere que se haga a través de los procedimientos y órganos constitucionales competentes. Lo anterior, dado que en virtud del principio democrático, es necesaria la intervención de los órganos de mayor legitimidad democrática, como la Asamblea Legislativa, cuando el cumplimiento de determinadas decisiones -como sucede en el caso de la sentencia del 29 de noviembre de 2012 de la CIDH- implique modificaciones al nivel de protección y ponderación de los derechos fundamentales. Se trata de la toma de decisiones que afectará la esfera de protección de los derechos fundamentales, lo que solo puede llevarse a cabo dentro del marco del sistema democrático y constitucional que contiene nuestra Carta Fundamental. El órgano central dentro del Estado democrático (artículo 1, de la Constitución Política), no puede ser otro que el legislativo, pues es allí únicamente donde puede darse un debate entre las fuerzas políticas y sociales, plurales y

heterogéneas, que lo conforman, para lograr una legitimación democrática de las decisiones que tome el poder público. **Sentencia 1692-16** (Constitucional, Nexus , 2016)

Se procederá al análisis de la resolución 19319-2018 en la cual se interpone un recurso de amparo, en contra de la resolución emitida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, debido a la opinión consultiva número OC-24/17. Asimismo, el recurrente alegó lo que a continuación se cita:

Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 14:43 horas del 23 de julio de 2018, el recurrente interpone recurso que denomina “de inconstitucionalidad” contra LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2017 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, y manifiesta lo siguiente, en resumen: que acciona contra la opinión consultiva de la Corte Americana de Derechos Humanos y requerimientos para su vigencia. Alega que los diputados constituyentes de 1949 establecieron que la nación que pretendían organizar desde su cúspide legal era una creyente en Dios y así lo invocaron en sus primeras líneas, estableciendo en el artículo 75 de la Carta Fundamental que la religión católica, apostólica y romana es la del Estado, el cual contribuye con su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la república de otros cultos que no se opongan a la moralidad universal ni a las buenas costumbres, aun cuando ahora un buen sector de la población entiende que el Estado es la persona jurídica por excelencia y por su naturaleza —representa a todos— no puede tener una religión oficial. Alega el accionante que a pesar de ello, aquella está vigente y los tratados, incluyendo el pacto de San José, están por debajo de ella. En este sentido, la religión católica no permite el matrimonio entre personas del mismo género. Aduce que la opinión consultiva hay que elevarla a una discusión constitucional porque mal haría en reformar leyes para permitir el matrimonio entre personas del mismo género mientras exista una prohibición indirecta en el artículo 75, al permanecer incólume el Estado confesional cuya religión oficial prohíbe esas uniones y por más rango que tena la opinión consultiva, está por debajo del citado numeral 75 de la Carta Fundamental. Esa es una de las grandes lagunas que no fueron consideradas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su resolución. Aduce que, aunado a ello, la opinión recaída afecta moralmente sus derechos humanos porque su familia y el país fueron divididos. Solicita el recurrente que se declare con lugar el recurso, con las consecuencias de ley. (Constitucional, Nexus , 2018)

De esta manera la Sala Constitucional rechazó el recurso, pues indicó que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, constituye un Tribunal Internacional y que todas las actuaciones que realice o resoluciones son vinculantes con el ordenamiento jurídico costarricense, debido a un control de constitucionalidad.

No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye un Tribunal Internacional cuyas actuaciones y resoluciones se encuentran sustraídas al control de

constitucionalidad, que ejerce esta Sala sobre las autoridades nacionales. Bajo esta inteligencia, de ningún modo, dicha autoridad puede ser tenida como sujeto pasivo en un recurso de amparo. Así las cosas, esta Cámara se encuentra impedida para referirse acerca de los reparos que plantea el recurrente o bien, como pretende, dejar sin efecto la citada resolución (ver en igual sentido, la sentencia No. 03-04193 de las 15:21 de 20 de mayo de 2003, No. 04-012410 de las 14:35 hrs. de 9 de noviembre de 2004 y No.04-012678 de las 9:13 hrs. de 12 de noviembre de 2004). Dadas las consideraciones vertidas, el presente recurso es inadmisibile y procede su rechazo de plano, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional”. Dado lo anterior, se reitera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye un Tribunal Internacional cuyas actuaciones y resoluciones se encuentran sustraídas al control de constitucionalidad, que ejerce esta Sala sobre las autoridades nacionales, de manera que el presente amparo es inadmisibile y así se declara”. (Constitucional, Nexus , 2018)

De esta manera, se logra llevar al lector a evidenciar, que el criterio que ha mantenido la Sala Constitucional, posterior a la opinión consultiva OC-5-85, hasta la actualidad, es el mismo. Así, se detalla que el más alto tribunal constitucional costarricense, respeta las decisiones que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto se logra confirmar desde el momento en que la CIDH resolvió la opinión consultiva de 1985, siendo que todas las resoluciones posteriores a esta fecha, la Sala Constitucional, en temas que versan sobre derechos humanos, aplican la norma más favorable para las personas, es decir aplicando los principios *pro libertatis y el pro homine*.

Es de relevancia para esta investigación, también indicar que la Sala Constitucional también en las resoluciones anteriormente citadas, se refirió no solo a la norma mas favorables, sino también, al principio *Pacta Sunt Servanda*, reconociendo su compromiso con la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, la Sala indicó que toda la normativa internacional adquiere según un sistema escalonado, el mismo rango de ley que la Constitución Política, sin embargo, realiza un amplio énfasis en indicar que cuando existe una controversia en la tutela de derechos humanos, estas normas del Derecho Internacional, adquieren mayor rango al momento de su aplicación.

Una vez realizada una amplia explicación de todo lo mencionado anteriormente se considera que es procedente realizar un análisis de la opinión consultiva realizada en el 2016 por parte del gobierno de Costa Rica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Siendo que se realizó el análisis anterior, así como el de varios artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que fuesen interpretados. Por lo que se procede a llevar al lector al análisis a continuación.

Opinión Consultiva OC-24/17

La opinión consultiva del 24 de noviembre del 2017, fue presentada ante la Corte Interamericana por parte del gobierno de Costa Rica el día 18 de mayo del año 2016. Asimismo, se presentó motivada en el artículo 64 inciso 1 y 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, esto con el fin de hacer uso de la función consultiva que tiene la CIDH, para la interpretación de los numerales 11.24 185 y 246 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El 18 de mayo de 2016 la República de Costa Rica (en adelante “Costa Rica” o el “Estado solicitante”), con fundamento en los artículos 64.1 y 64.2 de la Convención Americana¹ y de conformidad con lo establecido en los artículos 702 y 723 del Reglamento, presentó una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.24, 185 y 246 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 17 del mismo instrumento (en adelante “la solicitud” o “la consulta”). (Humanos, 2017)

El Estado costarricense formuló la presente consulta con el fin de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pronunciara sobre tres temas en específico, los cuales se citan a continuación:

- a. “[L]a protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”.
- b. “[L]a compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica⁹, Ley no 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención”.
- c. La protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”. (Humanos, 2017)

De acuerdo con los artículos citados, sobre los cuales la CIDH se refirió en la opinión consultiva, es de relevancia para este conocer que fue lo que motivó a que el gobierno de Costa Rica, decidiera hacer uso de este instrumento jurídico.

Origen de la opinión consultiva

Costa Rica expuso algunas consideraciones por las cuales el gobierno se vio motivado en formular la presente opinión consultiva, dentro del texto se fundamentó como se explica a continuación.

Como primer punto Costa Rica indicó que los Derechos Humanos en los Estados parte del Sistema Interamericano era disímil, hizo referencia a países que forman parte de este sistema, siendo que algunos ya habían declarado legal el matrimonio entre personas del mismo sexo, así como existían países que contenían ordenamientos jurídicos interno, donde había una prohibición expresa dentro de los mismos.

Reconocimiento de los derechos humanos derivados de la orientación sexual e identidad de género se ha caracterizado como un proceso disímil en los diferentes Estados integrantes del Sistema Interamericano”. Señaló que “[e]s posible vislumbrar un amplio espectro de casos, desde países que han reconocido de manera plena derechos a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex, hasta aquellos Estados miembros que, al día de hoy, mantienen vigentes leyes prohibitivas contra cualquier forma de vivencia y expresión contraria a la heteronormatividad o bien, han sido omisos en el reconocimiento de los derechos relativos a estas poblaciones. (Humanos, 2017)

Dentro de las consideraciones formuladas, el gobierno costarricense, hizo referencia a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó como discriminación el caso de Atala Riffo y Niñas.

Asimismo, “reconoció que la [...] Corte IDH en los casos Atala Riffo y Niñas vs. Chile y Duque vs. Colombia, determinó como una categoría de discriminación protegida por la Convención, las actuaciones que denigren a las personas en razón tanto de la identidad de género como, especialmente en esos casos, de la orientación sexual (Humanos, 2017)

De esta forma manifestó que existían algunas dudas en cuanto al tema de identidad de género, es decir, que el Estado costarricense, tenía dudas en cuanto a la regulación interna y la tutela para la no discriminación. Por esta razón, solicitan que la CIDH realice una interpretación al respecto, con el fin de poder adoptar la normativa interna del país y velar por los derechos humanos de los costarricense. Además, se verían beneficiados, otros Estados miembro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante lo anterior, indicó que “le surgen dudas, con respecto al contenido de prohibición de la discriminación en razón de la orientación sexual e identidad de género o,

en otras palabras, persisten retos para determinar si ciertas actuaciones se encuentran cubiertas por esta categoría de discriminación”. En este sentido, afirmó que “una interpretación de la Corte IDH respecto de los estándares señalados, sería un aporte fundamental para el Estado de Costa Rica y todos los países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, toda vez que permitiría adaptar el ordenamiento interno a los estándares interamericanos, en garantía de las personas y sus derechos. Es decir, permitiría fortalecer y dirigir el actuar de los Estados hacia un cumplimiento pleno de las obligaciones en relación con estos Derechos Humanos. (Humanos, 2017)

Otra consideración que se plasmó fue que se consultó sobre el trámite que se tutelaba en el numeral 54 del Código Civil costarricense, para el cambio de nombre por motivos de identidad de género. Así se indicó que este trámite hacía que el costarricense tuviese que realizar una gran inversión monetaria y conllevaba a una gran espera por no ser un trámite expedito.

Finalmente, “consider[ó] necesario que la [...] Corte emita su opinión con respecto a la convencionalidad de la práctica consistente en exigir a las personas que desean cambiar su nombre por motivos de identidad de género, seguir el procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica”. Al respecto, mencionó que “este proceso conlleva gastos para la persona solicitante e implica una espera demorada [...], [por lo que] consulta si la aplicación de esa norma a los casos en mención es contraria a los derechos de las personas. (Humanos, 2017)

Es de relevancia aclarar que el gobierno de Costa Rica, cumplió con los requisitos de forma y fondo, al presentar la consulta, realizando las preguntas exactas, de las cuales solicitaba la respuesta por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que se considera de relevancia citarlas a continuación para una mayor amplitud del tema y que se conozca lo que consultó textualmente el gobierno costarricense a la CIDH.

1. Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?;
2. En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?;
3. ¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al

proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?;

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

5. En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?. (Humanos, 2017)

En respuesta a los planteamientos del Estado costarricense, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, se refiere a cada una de las preguntas establecidas en la opinión, indicando lo que a continuación, se explicará.

En cuanto al cambio de nombre, según la identidad de género percibida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicó que el gobierno de Costa Rica, tenía la obligación de reconocer y crear los procedimientos correspondientes para que las personas tengan acceso poder a realizar dicho cambio.

2. El cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la identidad de género autopercebida constituye un derecho protegido por los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 y 24 del mismo instrumento, por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines, en los términos establecidos en los párrafos 85 a 116. (Humanos, 2017)

Es importante recalcar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que las personas costarricenses que desearan realizar un cambio de género en el registro, según su identidad de género percibida, debía contar con un procedimiento establecido en el fuese expedito, sin necesidad de que el mismo tuviese que presentar algún documento médico o psicológico, toda vez que esto atentaría en contra de su identidad de género auto percibida. Asimismo, indicó que el procedimiento que se debe de establecer, debía ser totalmente confidencial y no debe de revelar los cambios realizados. En este mismo orden de ideas, la CIDH indicó que el trámite debía ser gratuito, administrativo o notarial. De acuerdo con lo anterior, se procede a enunciar cada uno de los puntos específicos en que la CIDH hizo referencia a los puntos anteriormente mencionados.

3. Los Estados deben garantizar que las personas interesadas en la rectificación de la anotación del género o en su caso a las menciones del sexo, en cambiar su nombre, adecuar su imagen en los registros y/o en los documentos de identidad de conformidad con su identidad de género auto-percibida, puedan acudir a un procedimiento o un trámite: a) enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. El procedimiento que mejor se adecua a esos elementos es el procedimiento o trámite materialmente administrativo o notarial. Los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona, en los términos establecidos en los párrafos 117 a 161. (Humanos, 2017)

Ahora bien, la CIDH indicó que debía establecerse el procedimiento para el cambio sexo a nivel registral conforme a su identidad de género, es procedente conocer sobre la consulta realizada en cuanto al Código Civil, toda vez que en el artículo 54 del mismo cuerpo legal, regula el cambio de datos según su identidad de género percibida, pero no con la suficiente claridad como para que las personas acudan a la jurisdicción judicial, por esa razón se realizan los siguientes cambios:

4. El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto-percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos: a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales. En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171. (Humanos, 2017)

De acuerdo con lo citado, desde el punto al establecer los cambios a realizar por parte del Estado costarricense para adecuar el procedimiento de forma concreta con la regulación establecida en el Código Civil. Asimismo, todo lo anterior debe estar debidamente regulado según los parámetros establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por otra parte, se recomendó crear un reglamento específico para garantizar una vía ágil y efectiva para realizar los trámites anteriores.

De esta manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hizo una clara interpretación en cuanto al matrimonio igualitario, cuando afirmó en su opinión que el Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar, es decir indicó que la familia se encuentra tutelada en la Convención Americana de Derechos Humanos, razón por la cual, siendo que Costa Rica es un Estado parte, debe velar por la tutela de este instituto jurídico.

8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228. (Humanos, 2017)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicó en la opinión consultiva, que de acuerdo a los estatutos de la Convención Americana, los Estados miembros, que contaran con legislación vigente en cuanto al matrimonio, debían asegurarse de que ese acceso al matrimonio para las personas del mismo sexo, fuesen en las mismas condiciones de las parejas heterosexuales y que no podía existir discriminación alguna por razón de género ni algún otro tipo de discriminación que menoscabe los derechos humanos de las personas costarricenses.

A manera de conclusión, el autor considera pertinente citar la siguiente resolución.

Se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que, en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. En consecuencia, se mantiene la vigencia del inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia hasta por el citado plazo de 18 meses. (Constitucional, Nexus, 2019)

Es decir, el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia que establece el matrimonio únicamente entre hombre y mujer, se encuentra en un transitorio, ya que la Sala Constitucional, mediante el voto citado, acogió la recomendación de la CIDH y dio el plazo de 18 meses, el cual el cómputo del mismo inició una vez publicada la sentencia en la Gaceta, esto con el fin, de que la Asamblea Legislativa, siendo el Poder de la República, encargada la creación de las leyes, adapte la normativa interna vigente y amplíe el instituto del matrimonio civil, eliminando toda prohibición por razón de discriminación y creando el acceso para que parejas y familias conformadas por personas del mismo sexo, puedan contraer matrimonio.

Por último, el Tribunal Supremo de Elecciones, conoció la opinión consultiva y manifestó su compromiso en crear los procedimientos necesarios para poder llevar a cabo, cada uno de los procedimientos que se establecieron en la opinión consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta misma línea de pensamiento, el Tribunal Supremo de Elecciones, también se encuentra a la espera de la creación de la normativa por parte de la Asamblea Legislativa, con el fin de poder realizar las inscripciones respectivas que fueron recomendadas según la CIDH.

Sin embargo, la labor legislativa hasta el día de hoy se ha visto empañada por aspectos que trascienden a la esfera jurídica, tales como la oposición de ciertos sectores político-religiosos dentro de su misma conformación, y otros externos como la presión social que no tolera la diversidad sexual y mucho menos el reconocimiento de los derechos humanos reconocidos por los mecanismos internacionales en materia de derechos universales, por lo que será una labor que no se ejecutará fácilmente desde todo punto jurídico y social la creación de dicha normativa y su adaptación dentro del círculo social.

CAPÍTULO III. MARCO METODOLÓGICO.

Enfoque de la investigación

Teniendo claro el tema en estudio, así como la forma en la cual se estará desarrollando el mismo, y con base en los objetivos, se puede determinar que se necesita un claro desarrollo de la teoría en cuestión, con el fin de sustentar la pregunta de la presente investigación. Por esta razón, se determina que se utilizará un enfoque de tipo cualitativo.

Este tipo de enfoque se basa en la experiencia o la teoría observable, medible por medio de personas y sus cotidianidades, es un enfoque teórico y no tanto numérico, basado en la experiencia medible del observador. Según Palacios (2014) en su libro *Manual De Investigación Cualitativa*, es un método más subjetivo, alejado de los números y más a la percepción del autor que lo emplea, según la realidad pertinente, al contrario del cuantitativo que busca con realidades científicas y numéricas probar su tesis.

La simplicidad a la hora de expresar un concepto es el más alto grado de complejidad de toda teoría. Por esto y sin menoscabo de lo que venga más adelante, podemos definir la investigación cualitativa como el estudio de la gente a partir de lo que dicen y hacen las personas en el escenario social y cultural. El objetivo de la investigación cualitativa es el de proporcionar una metodología de investigación que permita comprender el complejo mundo de la experiencia vivida desde el punto de vista de las personas que la viven (Taylor y Bogdan, 1984). Las características básicas de los estudios cualitativos se pueden resumir en que son investigaciones centradas en los sujetos, que adoptan la perspectiva emic o del interior del fenómeno a estudiar de manera integral o completa. El proceso de indagación es inductivo y el investigador interactúa con los participantes y con los datos, busca respuestas a preguntas que se centran en la experiencia social, cómo se crea y cómo da significado a la vida humana. Taylor y Bogdan dicen que el investigador cualitativo pretende **COMPRENDER LO QUE LA GENTE DICE**. Hacer investigación cualitativa es muy sencillo. Hay un mito muy extendido según el cual se cree, sin fundamento, que la investigación cualitativa, comprender lo que la gente dice, es sencillo y fácil, cómodo, trivial. Incluso se cree que cualquier estudio cuantitativo es más complejo y difícil de ejecutar que una investigación cualitativa. (METODOLOGIA CUALITATIVA, 2018)

Diseño de la investigación

Una vez determinado que el enfoque utilizado será el cualitativo es importante señalar el tipo de abordaje que se dará para el desarrollo del tema, en este tipo de enfoque existen distintos diseños que pueden utilizarse:

- Teoría fundamentada
- Etnográfico
- Fenomenológico
- Investigación-Acción
- Narrativo

Debido a que el tema principal del presente proyecto es determinar si es viable el proyecto de Reforma Constitucional al artículo 52, es muy importante que se describa y explique de forma amplia en que consiste este proyecto de reforma y si es viable a la luz de la resolución por parte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Es en razón de ello que el diseño de investigación a utilizar será el etnográfico.

Diseño etnográfico

Este diseño sirve para estudiar de forma sistematizada el desarrollo cotidiano y las características culturales de los grupos sociales, sus actividades, las motivaciones que las impulsan, sus significados y la interpretación que se le otorga a cada aspecto dentro de la comunidad objeto de estudio.

La etnografía tiene sus orígenes en la antropología y la sociología. Anthony Giddens, sociólogo, la define como el estudio directo de personas o grupos durante un cierto período, utilizando la observación participante o las entrevistas para conocer su comportamiento social. La etnografía es uno de los métodos más relevantes que se utilizan en investigación cualitativa. Es un método de investigación por el que se aprende el modo de vida de una unidad social concreta, pudiendo ser ésta una familia, una clase social o una escuela. Permite interpretar el día a día del consumidor desde lo que hace y no sólo por lo que dice que hace, enfocados a comprender los códigos culturales que rodean a una marca o a un producto específico. (psyma, 2015)

Como punto importante del diseño etnográfico, debe destacarse que es gracias a la posibilidad de una percepción subjetivizada del autor que se presta para desarrollar teorías o soluciones a posibles conflictos, como lo explica Ramírez (1994)

Operacionalmente, la concepción y estructuración del diseño etnográfico, parte de la perspectiva teórica que tiene el investigador sobre su contribución para reconstruir el escenario cultural y lograr la interacción social en el medio real de estudio, considerando importantes los constructos de los participantes, a fin de llegar a un estudio integrado. En el diseño, el investigador considera la medida en que puede contribuir al perfeccionamiento o verificación de una teoría relevante referida al asunto investigado, y también si los constructos de esta teoría pueden aclarar o explicar los datos que presenta el diseño. (Ramírez, 1994)

Tipos de Diseño Etnográfico

Según Urrutia existen diversos diseños dentro del Etnográfico que se pueden desarrollar:

1. Diseños realistas o mixtos
2. Diseños críticos: estudian grupos marginados de la sociedad. Analizan conceptos vinculados con cuestiones sociales (poder, injusticia...) con fines de denuncia. Diferenciar la postura del investigador y de los participantes. Incluir todas las voces.
3. Diseños clásicos
4. Diseños microetnográficos
5. Diseños narrativos

(Ramírez, 1994)

Con base en los fines específicos que se tienen para esta investigación, se utilizará un enfoque cualitativo con un diseño etnográfico de tipo crítico. Esto con el fin de poder recabar toda la información posible que sea de beneficio para el desarrollo del documento. Siendo que el tema a tratar es sobre una viabilidad jurídica importante para una minoría, se encuentran elementos suficientes para determinar que este es el diseño correcto a emplear.

Fuentes de información

Las fuentes de información son aquellos documentos, personas, elementos, etc. que conozcan, contengan o desarrollen datos que satisfagan un determinado vacío de información.

Según Maranto y Rivera

Cuando realizamos revisión de la literatura esta debe de ser de forma selectiva y dinámica, debido a que continuamente están surgiendo publicaciones acerca de los avances en distintos campos del conocimiento humano en torno a un tema determinado. Una fuente de información es todo aquello que nos proporciona datos para reconstruir hechos y las bases del conocimiento. (Ramírez, 1994)

Además explican que existen tres fuentes de información:

1. Fuentes primarias: libros- publicaciones- expertos
 - a. Información de primera mano
 - b. Información original desarrollada a partir de Trabajo Intelectual.
2. Fuentes secundarias: fuente primaria procesada.
 - a. Contenido procesado de alguna fuente primaria.
 - b. Producto de interpretación del conocimiento de una fuente primaria.
3. Fuentes Terciarias: bibliografías- directorios.
 - a. Lo utilizado para tener una idea general.

(Ramírez, 1994)

En razón de lo anterior, es importante mencionar que como fuente de información principal se utilizará una fuente primaria, siendo la elegida: entrevistas a expertos. Para lo que se considere pertinente desarrollar, y debido al enfoque cualitativo que se eligió, con el fin de obtener los datos necesarios y recabar información de expertos en la rama de los derechos humanos, de los derechos de la población LGBTI y por supuesto especialistas en ciencias legales. Lo anterior se llevará a cabo por medio de una entrevista a dos expertos distintos.

Población de estudio

Es importante investigar de forma amplia, lo que realmente originó esta investigación, debido a que debe de conocerse en cuanto a la motivación por interponer un proceso de reforma constitucional, siendo que recientemente existe la resolución de una opinión consultiva, dando camino a los derechos humanos. Legislando a favor de una minoría, sin embargo, con ese proyecto en la Asamblea Legislativa, se busca restringir lo ya resuelto por un órgano jurisdiccional internacional.

Es por lo anterior, que el criterio de selección para las personas que se vayan a entrevistar, deben tener con amplio conocimiento en el campo del derecho y no solo ser practicante o estudiado en Derecho, sino también tener un amplio conocimiento en el derecho constitucional, con el fin de darle un sustento fuerte a esta investigación.

Tipo de muestra

El tipo de muestra se refiere a la población específica de donde se recolectarán los datos. En este caso y como se mencionó en los dos apartados supra, el muestreo del enfoque cualitativo a utilizar será el de entrevistas a expertos.

Los expertos que podrán participar de esta muestra deberán ser profesionales en Ciencias Sociales, preferiblemente en Derecho, deberán tener vasta experiencia en materia de Derechos Humanos y Derecho Constitucional, con el fin de que puedan aportar de forma amplia su conocimiento al tema en estudio.

Criterio de inclusión y de exclusión

Criterios de inclusión	Criterios de exclusión
Profesional en Derecho o Ciencias Sociales, con al menos 10 años de experiencia.	Que no sea profesional en Derecho o en alguna Ciencia social relacionada.
Experto en materia de Derechos Humanos.	No especialista en Derechos Humanos.
Experto en Derecho Constitucional.	No especialista en Derecho Constitucional.
Debe ser costarricense y sin distinción de género.	Ser extranjero.
Que haya tenido participación en la función pública, impulsado algún proyecto a reforma constitucional o bien, haya buscado la iniciativa en cuanto a la tutela de los Derechos Humanos.	Profesionales que, aunque cumplan todos los requisitos no hubieren participado en el desarrollo de algún proyecto constitucional, desconozca la materia de Derechos Humanos.

Tabla I.

Instrumento para la recolección de datos

Se hará la recolección de los datos por medio de una entrevista a los profesionales, esta forma en la que se llevará a cabo, no será de forma totalmente estructurada, es decir se llevará una línea de interés en la entrevista para el experto, en la cual el mismo pueda desarrollar o extenderse en temas de interés para la investigación.

En la entrevista semiestructurada también se decide de antemano qué tipo de información se requiere y en base a ello – de igual forma- se establece un guion de preguntas. No obstante, las cuestiones se elaboran de forma abierta lo que permite recoger información más rica y con más matices que en la entrevista estructurada. En la entrevista semiestructurada es esencial que el entrevistador tenga una actitud abierta y flexible para poder ir saltando de pregunta según las respuestas que se vayan dando o, inclusive, incorporar alguna nueva cuestión a partir de las respuestas dadas por la persona entrevistada. (Ramírez, 1994)

Recolección y análisis de datos

Recolección

En cuanto se determine quiénes serán los dos expertos, se concretará una cita, posteriormente, se abrirá al dialogo con los mismos en la entrevista, se desarrollarán algunas preguntas que se puedan realizar con respecto a la investigación, siempre de conformidad con las unidades de análisis, y los lineamientos que se hayan establecido en los objetivos generales y específicos.

Análisis de datos

Se realizará una organización de los datos. Asimismo, se realizará un análisis detallado con el fin de formar un criterio personal que permita dar un aporte amplio a la investigación. Además, esto con la finalidad de verificar si se puede dar una respuesta a la pregunta en cuestión, verificando la viabilidad jurídica de la reforma constitucional

Unidades de análisis

Objetivo específico

Determinar el espíritu del constituyente en la construcción del artículo 52 de la Constitución Política, origen de la familia, así como la línea jurisprudencia que se ha seguido hasta la actualidad y el derecho al matrimonio.

Primera Unidad de Análisis

Espíritu del constituyente en la creación del artículo 52 y la línea jurisprudencial en la actualidad en cuanto al matrimonio.

Categoría número 1

El espíritu del constituyente en la creación del artículo 52.

Categoría número 2

Línea jurisprudencial en la actualidad en cuanto al matrimonio

Objetivo específico

Detallar las tipologías de las reformas constitucionales en el ordenamiento jurídico costarricense, los objetivos del proyecto de Reforma Constitucional número 21385 al artículo 52 y la jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional.

Segunda Unidad de Análisis

Viabilidad del proyecto de Reforma Constitucional y la jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional.

Categoría número 1

Viabilidad del proyecto de reforma constitucional.

Categoría número 2

Jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional.

Objetivo específico:

Establecer los instrumentos internacionales basados en derechos humanos, la importancia de la opinión consultiva OC- 24/17 y la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, frente al matrimonio como un derecho fundamental.

Tercera Unidad de Análisis

Importancia de la opinión consultiva OC – 24/17 y la competencia de la CIDH.

Categoría número 1

Importancia de la opinión consultiva OC – 24/17.

Categoría número 2

La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS

PRIMERA UNIDAD DE ANÁLISIS

Espíritu del constituyente en la creación del artículo 52 y la línea jurisprudencial en la actualidad en cuanto al matrimonio.

Categoría número 1: El espíritu del constituyente en la creación del artículo 52

Espíritu del constituyente en la creación del artículo 52

Para efectos de esta investigación se hace imprescindible analizar el artículo 52 de la Constitución Política en cuanto al concepto de matrimonio, según el cual establece que el matrimonio es la base esencial de la familia, asimismo establece que descansa la igualdad de derecho de los cónyuges. Es importante indicar, que este numeral, consagra per se el derecho al matrimonio, mismo que es complementado con el numeral 11 del Código de Familia, el cual se analizará más adelante. A través del tiempo y debido al desconocimiento legal por falta de políticas de divulgación, las personas no conceptualizaban el término del matrimonio como un derecho fundamental, situación que hoy en día ha cambiado y evolucionado, pues el ciudadano tiene más acceso a conocer cuáles son sus derechos, por diferentes medios como redes sociales y otros de los cuales las instituciones han “echado mano”; así las cosas cuando se creó el artículo citado, el legislador estableció: “El matrimonio es la base legal de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”. En su momento, a esta moción el diputado Ortiz se opuso e indicó que al integrar el término “Legal” dentro del texto se hacía una exclusión a las familias de hecho, que, aunque no estuviesen reguladas por un marco jurídico, seguían siendo familias. Por dicha oposición, se aprobó el artículo 52 de la Constitución, que actualmente se mantiene de la siguiente forma: “El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges” (Legislativa, Constitución Política, 1949)

Por otra parte, en la Resolución N° 12758 – 2019, que dictó la Sala constitucional, cuando dicho órgano jurisdiccional conocía sobre un proceso de seguridad social, no omitió en mencionar lo siguiente, como fundamentación al tema mencionado:

“[...] si analizamos las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, se puede corroborar la intención del legislador de no excluir a las familias de hecho de la protección

constitucional. Como bien lo afirma la Procuraduría, la primera moción discutida en relación con la norma de comentario se redactó en los siguientes términos: “El matrimonio es la base legal de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”. A esta moción se opuso el Diputado Ortiz diciendo que: “...decir “legal” significa excluir a aquellas familias de hecho, que, sin tener origen en el matrimonio, son sin embargo familias”. Por esa oposición, se aprobó el artículo 52 en los términos actuales, eliminándose la frase “base legal” y sustituyéndose por la de “base esencial”, lo cual significa 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 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, aun cuando el legislador haya manifestado su preferencia por los constituidos por matrimonio” (Constitucional, Nexus, 2019)

DESCRIPCIÓN

Experta número 1, Licda. Larissa Arroyo Navarrete:

Lo primero, cuando se habla del espíritu del legislador, hay que tener cuidado, porque precisamente el espíritu del legislador debe de interpretarse en el marco histórico en el que se hizo, para que de alguna manera pueda aportar otros elementos, en que la historia o el marco científico hace que necesitamos incluir. ¿Por qué digo esto? Porque hace unos años cuando se legislaba por las mujeres, no se consideraba el ámbito cibernético, porque no había una difusión porque no había un acceso al internet, por eso es comprensible que en la Constitución se colocara de esa manera y en muchas ocasiones la Sala opina diferente e incorpora otros tipos de instrumentos para interpretar la norma.

Se ha progresado en temas de mujer, por ejemplo: un hombre que se casaba con una mujer le podía dar la nacionalidad, pero no la mujer al hombre. Es importante entender un Estado de derecho y cómo funciona el mismo. Considerando la jerarquía del Derecho y que dentro de los Estados hay instituciones que pueden hacer interpretaciones, en estos casos los tribunales en general, el control de convencionalidad y constitucionalidad cae en la Sala Constitucional.

Experto número 2, Lic. Marco Castillo Rojas:

Alguien decía que había que poner la base legal y dijeron que no, legal no porque no podían considerar que todas las familias fueran por matrimonio, si ahí lo vistes [sic] eso. Si bueno, en aquel momento nadie estaba pensando en matrimonio de personas del mismo sexo, porque no era claro ni siquiera para nosotros ni nosotras mismas que eso se pudiese pensar.

La mayoría de parejas que existían no vivían juntos, aunque tenemos noticias que, sí existían, fingían que eran hermanos y se cambiaban de barrio, pero sí existían las parejas, pero no vivían en la misma casa, por razones sociales, pero hay que tener que el constituyente no estaba pensando en el matrimonio de personas del mismo sexo, pero si se refería a un concepto amplio de familia.

Análisis

La diferencia más plausible entre lo indicado por el experto, la experta y lo obtenido en el estudio teórico; es el reconocimiento por parte de ambos, en que las normas deben de interpretarse en un marco histórico donde fueron creadas las mismas. En lo que indica la primera: se debe tener cuidado al manifestar el espíritu del legislador, pero al mismo se le pueden agregar otros instrumentos para interpretarla; el segundo: el constituyente es claro que pensaba en los diferentes tipos de familia. Esta caracterización separada ayuda a comprender el problema de una manera más específica. Por otro lado, no se encuentran diferencias mayores, pues en esencia las tres vertientes indican que **la interpretación del espíritu del legislador fue en ese momento defender los diferentes tipos de familia; se debe tener mayor cuidado en cuanto a la interpretación de una norma dentro de un marco histórico cuando se habla del espíritu del legislador, pero es clara la protección a la familia y el constituyente efectivamente pensó en la tutela de la familia dentro de la Constitución Política sin distingo del tipo de familia, a pesar de que en el momento histórico en el que se creó, el concepto de familia no era tan diverso como el actual.**

Categoría número 2: La línea jurisprudencial en la actualidad en cuanto al matrimonio.

la línea jurisprudencial en la actualidad en cuanto al matrimonio.

Ya que el concepto de familia tradicional e históricamente ha estado vinculado al concepto de matrimonio, conviene desarrollarlo para una mejor comprensión del tema que se investiga.

El origen de la palabra matrimonio proviene del latín, siendo que "matrimonium" es una palabra que se divide en dos, en la cual su matriz, que sería matri, hace referencia al feto que se puede llegar a desarrollar y monium, se refiere a una mujer que contrae matrimonio con el fin de ser madre. Asimismo, desde una perspectiva natural, se refiere a la procreación y desde un punto de vista legal y religioso, tiene un significado que conlleva a una práctica social y otra patrimonial.

La postura más aceptada indica que la palabra "matrimonio" viene del latín matrimonium, la cual está conformada por matris, que significa "madre", y monium, que significa "cargas"; por tanto, el significado etimológico de la palabra "matrimonio" implicaría las "cargas de la madre"⁸⁷. El Papa Gregorio IX en sus Decretales de 1227, realizó una compilación general del Derecho Canónico, estimando al matrimonio en función de la maternidad, la cual consideró que para la mujer era "onerosa antes del parto, dolorosa en el parto y gravosa después del parto" (Ibarra, 2003)

La historia del matrimonio en Costa Rica, es la forma o bien historia en cómo se ha regulado por vario tiempo un instrumento legal, por esto, es importante realizar un recuento de lo sucedido durante los años que han transcurrido, en cómo se regulaba el derecho al matrimonio, hasta la actualidad.

A mediados de los años 1974 en la legislación costarricense, el matrimonio era regulado mediante el Código Civil, es decir, que no existía el Código de Familia, en diciembre de 1973 a finales del mismo, se promulgó el Código de Familia, el cual entró a regir tiempo después.

Asimismo, al entrar después en vigencia el Código de Familia, es la nueva ley que empezó a regular el matrimonio como tal, hasta la actualidad.

El matrimonio civil en Costa Rica, actualmente se conoce bajo ciertos factores o bien, se describe como un acuerdo de voluntades, el cual se encamina en producir efectos jurídicos, sin embargo, no hace diferencia si el matrimonio es un contrato o bien, una institución.

El código costarricense guarda silencio sobre si el matrimonio civil es un contrato o una institución. Mucho se ha discutido sobre ese tema, entendemos por contrato, un acuerdo de voluntades encaminado a producir consecuencias jurídicas. El que el matrimonio sea un contrato es la teoría clásica de Pothier y Capitant, pero se ha discutido si por el contrario es una institución jurídica que según George Renard y Maurice Hauriou puede definirse como "una organización jurídica social es decir, determinada a un conjunto de individuos cuya autoridad es reconocida porque se ha establecido en correspondencia con el orden general de las cosas del momento y que presenta un carácter duradero, fundado en un equilibrio de fuerzas o en una separación de poderes. Al asegurar una manifestación ordenada de los intereses antagónicos enfrentados, asegura un estado de paz social que es la contrapartida de la constricción que impone a sus miembros. (CIJUL, 2006)

DESCRIPCIÓN

Experta número 1, Licda. Larissa Arroyo Navarrete

No existe razón alguna para negar el acceso al matrimonio, porque a pesar de que los alegatos que se dieron en cuanto a que el matrimonio, era para la reproducción lo que claramente no es así, porque no es uno de los requisitos, porque claramente es el reconocimiento de la protección a la familia o a las familias. Es decir, que además de todas formas ese proyecto debería estar leído ante un proyecto como Átala Rifo, que establece que no hay un solo tipo de familia, sino que hay tipos de familia y que hay una responsabilidad del Estado, que, si hay discriminación, no es culpa de las personas homosexuales, sino la falta de supervisión por parte del Estado. Así las cosas, un proyecto que busque retroceder en las garantías ya establecidas tanto por el derecho de la constitución como la CIDH a través de la O/C también en la comisión, ese proyecto podría ser viable políticamente, pero no significa que este proyecto esté en armonía con el ordenamiento jurídico, se podría decir que está en contra de la constitución.

Ahora, la discusión si puede haber otra figura que pueda garantizar derechos y libertades en esa unión, no es algo para nada descartable, siempre y cuando se pueda establecer que las figuras que estén en el país, estén disponibles para todas las personas sin discriminación. Si quisiéramos crear otra figura, tenemos la unión de hecho que fue criticada por la base religiosa por no ser matrimonio, pero la unión de hecho tiene otras semejanzas, pero no pueden ser equiparadas. La gran discusión aquí es que, si queremos tratar a las personas por igual, porque somos iguales en dignidad y en derechos, si queremos discriminar y no dar acceso a una persona que lo busca tutelar es la garantía en esas relaciones.

Experto número 2, Lic Marco Castillo Rojas

¿Mira cuando un gay va y alquila una casa, como se llama el contrato, o cuando compra algo? Podemos decir que el matrimonio es un contrato de adhesión, las personas que no tienen hijos no se podrían casar, los ancianos no se podrían casar, porque en las noticias sale que los ancianos se casan. Es claro que el fin de la familia no es la procreación legalmente, si es que eso, hablando de matrimonio civil, que es diferente al eclesiástico. Cada día que pasa, el matrimonio pierde importancia socialmente, hay menos matrimonios proporcionalmente, más divorcios, como que el matrimonio pierde dentro de una sociedad su sentido porque al fin y al cabo es un sentido muy patriarcal. Ahora que nosotros tengamos el derecho o no de casarnos es muy importante y por qué ha perdido mucho la importancia para los heterosexuales, porque después de que viven tres años tienen los mismos derechos patrimoniales, entonces si nosotros o nosotras personas del mismo sexo vamos a tener los mismos derechos para que nos vamos a casar, porque mucha podría no querer casarse.

Por lo que algunos nos vamos a querer casar, es porque tenemos el derecho y lo vamos a querer ejercer, porque es parte de la ciudadanía, aunque en el fondo el matrimonio como se encuentra estructurado tiene muchos vicios patriarcales, cuando este Código de Familia se editó, hubo un gran cambio porque protegió los derechos de la mujer. La ley anterior del Código de Familia, el adulterio no era causal de divorcio si era cometido por el hombre, solo si era por parte de la mujer. Entonces, solo si la mujer cometía adulterio y al hombre, solo si cometía adulterio escandaloso, es decir si tenía una casa con otras mujeres. En lo único que se diferencia, es que el hombre es el principal obligado a mantener la casa, pero cuando la mujer tenga recursos tiene la misma obligación. ¿Por qué eso es así? Porque en el sistema patriarcal, la mujer se queda en la casa, ahora todo es diferente, entonces modificar ese artículo que los dos son igual de obligados, no se podría, pero en las parejas del mismo sexo si se podría porque los dos trabajan juntos remunerada mente. Ahora hay aspectos que todavía la ley tiene que modificarse en cuanto al matrimonio igualitario. Ese mismo artículo 35 que dice que el hombre es el principal obligado. ¿Cuándo son dos mujeres como se hace? Tendría que hacerse por modificación, en buena ley hay que hacerlo.

Entonces, puedo decirle que con todo lo que le mencioné, el matrimonio ha tenido varios cambios, se regulaba de forma distinta y las familias también se conformaban diferente.

Actualmente, la legislación y la jurisprudencia tienen una corriente de pensamiento en la cual toman al matrimonio como un instituto jurídico del cual no se puede hacer discriminación a nadie, bueno esto fue con la última resolución de la CIDH.

ANÁLISIS

La diferencia más plausible entre lo indicado por el experto, la experta y lo obtenido en el estudio teórico; es el reconocimiento por parte de ambos, en que el matrimonio en Costa Rica a nivel histórico, ha apoyado la línea de pensamiento del patriarcado, pero ha tenido evoluciones, en un avance a la actualidad por la defensa de los derechos humanos. En lo que indica la primera: No existe razón alguna para negar el derecho al matrimonio; el segundo: Es claro que el fin de la familia no es la procreación legalmente, si es que eso, hablando de matrimonio civil, que es diferente al eclesiástico. Esta caracterización separada ayuda a comprender el problema de una manera más específica. Por otro lado, no se encuentran diferencias mayores, pues en esencia las tres vertientes indican que: **El derecho al matrimonio no se debe restringir a ninguna persona; el fin de la familia y el matrimonio no es procrear, siendo entonces que la familia y el matrimonio han evolucionado, así como la jurisprudencia desde sus inicios a la actualidad.**

Objetivo específico

Detallar las tipologías de las reformas constitucionales en el ordenamiento jurídico costarricense, los objetivos del proyecto de reforma constitucional número 21385 al artículo 52 y la jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional.

SEGUNDA UNIDAD DE ANÁLISIS

Viabilidad de la Reforma Constitucional 21385 y la jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional.

Categoría número 1: Viabilidad de la reforma constitucional y sus tipos.

Viabilidad de la reforma constitucional y sus tipos.

Reforma constitucional

Como punto de partida, se analizará el concepto genérico de reforma constitucional, según la cual es la forma en la que pueden realizarse modificaciones a la constitución política, ya sea de forma parcial o total.

Para ello se explicarán los tipos de reformas que tutela el ordenamiento jurídico costarricense y la categorización doctrinal de las constituciones.

Tipologías

Las constituciones, normalmente tienden a categorizarse, en el caso de Costa Rica, se tiene por entendido que es una constitución de tipo rígida, es decir, que la misma posee un procedimiento especial para que pueda modificarse, ya sea de forma parcial como de forma total.

La Constitución Política podría ser clasificada, tomando como parámetro la distinción clásica de Bryce (1988), como rígida, debido a que posee un procedimiento especial y agravado, dispuesto en su artículo 195, para efectuarle reformas parciales, distinto del procedimiento ordinario para la aprobación de las leyes establecido en el Capítulo III del Título IX de la propia Constitución. A su vez, esos dos procedimientos son diferentes del dispuesto en el artículo 196 de la Norma Fundamental, el cual regula la reforma total de la Constitución. (Leal, 2016)

En esta misma línea de pensamiento, es claro que la constitución costarricense al ser catalogada como rígida, posee dos procedimientos especiales para su reforma, los cuales se abarcarán a continuación.

Reforma parcial o total

El ordenamiento jurídico actual costarricense, establece dos formas de poder reformar la constitución, una de ellas es parcialmente o totalmente, siendo en el mismo cuerpo legal donde establece la regulación del procedimiento.

Ahora bien, lo cierto es que el ordenamiento costarricense dispone de dos posibilidades para reformar la Constitución parcialmente y un único procedimiento para efectuar su reforma total. En este sentido el Título XVII de la Constitución Política de la República regula en dos artículos los mecanismos para introducir enmiendas a la Constitución. (Leal, 2016)

De esta manera queda claro el tema que, aunque la reforma a la constitución sea parcial o total, ambos procedimientos son especiales, por lo cual posee un agravante. Por esta razón, es de suma importancia abarcar la regulación en cuanto es procedente utilizar esta herramienta jurídica.

Procedimiento parlamentario

Según Leal (2016) en el trámite inicial, cuando se presenta el proyecto bajo el procedimiento parlamentario, la regulación establece que el mismo debe ser leído por tres veces, en intervalos de seis días. Asimismo, en la última lectura que se realice, los diputados deben de votar, indicando si se aprueba o no dicha proyecto.

Una vez que el proyecto fue presentado, cumpliendo los requerimientos constitucionales, debe ser leído en el Plenario Legislativo por tres veces, con intervalos de seis días. Después de la última lectura, los diputados deben votar para decidir si admiten a discusión el proyecto de reforma, dicha votación debe contar con la aprobación de la mayoría simple de los diputados presentes en la respectiva sesión, según lo estipulado en el artículo 184.2) del Reglamento de la Asamblea Legislativa, Decreto Legislativo n.º 2883, en relación con el artículo 195.2) de la Constitución Política. (Leal, 2016)

Procedimiento refrendario

Este procedimiento para reformar la Constitución Política, es distinto al que ya se ha mencionado anteriormente, si bien es cierto, como lo indica su propio nombre “Refrendario” introduce la participación del pueblo, no puede ser de forma directa, es decir, debe de existir la participación de la Asamblea Legislativa, siendo que este sea quien trabaje con su criterio y la posición del pueblo.

De acuerdo con lo que se ha expuesto hasta ahora, el procedimiento de reforma parcial a la Constitución está regulado en el artículo 195, y es el numeral 195.8) que de manera expresa contempla la facultad que posee el pueblo de introducirle enmiendas parciales a través del referéndum. Sin embargo, para poder ejercitar esa facultad, es necesario que previamente se haya seguido la mayor parte del procedimiento de reforma en la sede legislativa. Es decir, no se trata de una posibilidad abierta de que el pueblo de forma autónoma modifique por su propia y exclusiva voluntad la Constitución, sino que es necesario que exista un concurso de voluntades con el Parlamento¹¹. (Leal, 2016)

DESCRIPCIÓN:

Experta número 1, Licda. Larissa Arroyo Navarrete

Entonces, ahora cuando tenemos un proyecto de ley que vaya en contra del derecho de la constitución, el derecho de la constitución se ve constituido, no solo por la constitución misma, sino justamente y a través de las resoluciones por parte de la Sala que toma en cuenta instrumentos internacionales del Derecho. Estos instrumentos también hacen parte del derecho de la Constitución. Es decir, si un proyecto va en contra, claramente no sería viable, independiente de su aprobación, en revisión en la Sala Constitucional, se declararía inconstitucional, en cara a la O/C, que establece que no puede haber discriminación basada en orientación sexual. Además, no existe razón alguna para negar el acceso al matrimonio, porque a pesar de que los alegatos que se dieron en cuanto a que el matrimonio, era para la reproducción lo que claramente no es así, porque no es uno de los requisitos, porque claramente es el reconocimiento de la protección a la familia o a las familias. Es decir, que además de todas formas ese proyecto debería estar leído ante un proyecto como Átala Rifo, que establece que no hay un solo tipo de familia, sino que hay tipos de familia y que hay una responsabilidad del Estado, que, si hay discriminación, no es culpa de las personas homosexuales, sino la falta de supervisión por parte del Estado. Así las cosas, un proyecto que

busque retroceder en las garantías ya establecidas tanto por el derecho de la constitución como la CIDH a través de la O/C también en la comisión, ese proyecto podría ser viable políticamente, pero no significa que este proyecto esté en armonía con el ordenamiento jurídico, se podría decir que está en contra de la constitución.

Experto número 2, Lic. Marco Castillo Rojas:

En primer lugar, toda Reforma Constitucional necesita una gran cantidad de votos, procedimiento de legislatura y de la aprobación del ejecutivo, parece que no es tan factible en el procedimiento que eso pase, necesitan 38 votos en una legislatura, necesitarían que el presidente la apruebe y volver a otra legislatura y es bastante que pase. Eso lo saben ellos, pero es una manera de ir socavando los derechos de la diversidad y tratando de ganar adeptos a las tesis en contra de nuestros derechos. Nosotros los único que hemos buscado es ser ciudadanos, la ciudadanía sabe que queremos y ellos han venido negándola, entonces yo lo veo desde el punto de vista de tramite interno, muy difícil que pase. Ahora, un proyecto como ese chocaría con la resolución de la CIDH, que ya definió no de ahora, sino de antes, que una pareja del mismo sexo es familia. Karen Atala Rifo y niñas contra Chile, Conde contra Colombia y hay otras mas por ahí donde se dijo que las relaciones del mismo sexo son familia y si el artículo de la Constitución Política dice que el matrimonio es la base fundamental de la familia, entonces es indudable que ya somos, ya se nos tenia que haber reconocido como familia. Cuando yo casé a la lai y la che, bueno casé y pasó porque una de ellas estaba inscrita como hombre, pero estaba pensando que ya estaban las resoluciones de la CIDH y que podíamos enfrentar un proceso, pero que ahí tenemos el respaldo, claro y después se da la Opinión Consultiva, es decir, la reforma no tiene validez, va en contra de los derechos humanos y es contrario a lo que decidió la CIDH. Indudablemente que una reforma de esas que fuera aprobada, esa u otra, en ese sentido que nosotros la llevaríamos a las últimas consecuencias e instancias judiciales internacionales, porque no es factible que eso suceda, es contra el Derecho Internacional y en contra de los derechos humanos.

ANÁLISIS

La diferencia más plausible entre lo indicado por el experto, la experta y lo obtenido en el estudio teórico; es que ambos reconocen que la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos no puede generar un retroceso, así también, reconocen el funcionamiento de una reforma y su procedimiento. En lo que indica la primera: Entonces, ahora cuando tenemos un proyecto de ley que vaya en contra del derecho de la constitución, el derecho de la constitución se ve constituido, no solo por la constitución misma, sino justamente y a través de las resoluciones por parte de la Sala que toma en cuenta instrumentos internacionales del Derecho; el segundo: en primer lugar, toda reforma constitucional necesita una gran cantidad de votos, procedimiento de legislatura y de la aprobación del ejecutivo, parece que no es tan factible en el procedimiento que eso pase, necesitan 38 votos en una legislatura, necesitarían que el presidente la apruebe y volver a otra legislatura y es bastante que pase. Esta caracterización separada ayuda a comprender el problema de una manera más específica. Por otro lado, no se encuentran diferencias mayores, pues en esencia las tres vertientes indican que: **se conoce cuál es el procedimiento para la reforma constitucional y su viabilidad; no es viable el proyecto porque prevalece el derecho a la Constitución, constituida por ella misma y legalmente no parece ser viable la reforma por ir en contra de los instrumentos del Derecho Internacional.**

Categoría número 2: Jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional.

Jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional.

Pirámide kelseniana

La pirámide de Kelsen es un método jurídico, por el cual se pretende analizar las fuentes del derecho y su jerarquía. Las bases provienen o bien, busca establecer como objetivo el ius positivismo. Es decir, su estructura como tal o método, tiene como finalidad eliminar influencias de tipo psicológica, sociológicas o teológicas. Lo anterior, buscando un estudio de las normas positivizadas. Por último, la pirámide kelseniana, tiene como fin, estructurar o categorizar los tipos de normas, con el fin de distinguir cual predomina sobre la otra.

La pirámide de Kelsen, es un método jurídico estricto, mediante el cual quiere eliminar toda influencia psicológica, sociológica y teológica en la construcción jurídica, y acotar la misión de la ciencia del derecho al estudio exclusivo de las formas normativas posibles y a las conexiones esenciales entre las mismas. La pirámide kelsiana, es categorizar las diferentes clases de normas ubicándolas en una forma fácil de distinguir cual predomina sobre las demás, ejemplo. Constitución, ley, decreto ley, ordenanza etc. (Lopez, 2018)

De acuerdo con lo anterior, dado que como objetivo principal del método de la pirámide de Kelsen es distinguir cual norma predomina sobre otra, basada en las normas positivizadas, a continuación, se analizará como llevar a cabo este método.

Fuentes que cita la Constitución Política costarricense en el artículo 7

El artículo 7 de la Constitución política de Costa Rica, indica literalmente, lo siguiente:

ARTÍCULO 7º.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. (Sistema Costarricense de Investigación Jurídica , 1949)

“Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán de la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto”. (Sistema Costarricense de Investigación Jurídica , 1949)

Es de suma importancia analizar el presente artículo, toda vez que dentro del mismo se encuentran estipulados cuales fuentes del derecho adquieren autoridad mayor a las leyes del

sistema jurídico costarricense. En el mismo orden de ideas, para la presente investigación, es de relevancia conocer el significado de ellos, siendo que generarán sustento con algunos de los temas que se analizarán con posterioridad.

Jurisprudencia

En la resolución Resolución N° 00239 – 2019, dictada por la Sala Constitucional, donde se analizaba el Convenio entre el gobierno de Costa Rica con Italia, el cual establecía un intercambio de información en materia tributaria, indicó que no había ninguna violación a lo establecido en el artículo 7 de la Constitución Política, así como a las demás normas, esto después de haber realizado el control de constitucionalidad.

A partir de lo dicho, es posible inferir que la aprobación del proyecto de Ley en consulta ha respetado todas las disposiciones procedimentales que la Constitución Política (artículos 7, 121 inciso 4), 124, 140 inciso 5) y 10) y el Reglamento de la Asamblea Legislativa (artículos 85 inciso c) y d), 113, 117, 118, 119, 122, 129, 132, 134 y 144). En este sentido, el proyecto de ley fue presentado para su tramitación legislativa por parte del Poder Ejecutivo, en ejercicio de su derecho de iniciativa, previsto en el artículo 140, inciso 5), de la Constitución Política con el fin de insertar el país en un acuerdo internacional para el intercambio de información en materia tributaria. Nótese, sobre el particular, que de la lectura del artículo 140, inciso 10) de la Constitución Política se desprende que la firma de los tratados internacionales es una atribución del Poder Ejecutivo. Más aún, de la documentación aportada a la Asamblea Legislativa, el acuerdo fue rubricado por el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, Sr. Manuel A. González Sáenz, lo cual, a la luz de los artículo 7.2 a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de relaciones exteriores, actúan en representación del Estado como funcionario plenipotenciario. En todo caso, el presidente de la República, Luis Guillermo Solís Rivera, y el ministro de Hacienda, Helio Fallas Venegas, impulsan el tratado al presentarlo para su aprobación legislativa, así como las subsiguientes actuaciones del presidente de la República y el correspondiente ministro de la Presidencia, a través de las diversas etapas del procedimiento legislativo. Bajo tal orden de consideraciones, no se observa vicio alguno en lo tocante a la suscripción y tramitación del mencionado acuerdo. (Nexus, 2019)

DESCRIPCIÓN

Experta número 1, Licda. Larissa Arroyo Navarrete

Son varias cosas, hay varios instrumentos internacionales de derechos humanos, unos, por ejemplo, son meramente políticos, Montevideo es una manifestación de voluntad política. Ahora, hay otros como los tratados que son jurídicos y vinculantes para Costa Rica, misma que a través de la Sala Constitucional, que es el encargado realizar el control de constitucionalidad, que ha metido criterio de forma reiterada, justamente en lo establecido que en la Constitución y que los tratados internacionales en derechos humanos tienen un rango de ley, es decir, que tiene el mismo rango que la Constitución o rango supraconstitucional. Ahora, hay que referirse a la pirámide de Kelsen, la Constitución, es la norma suprema, no obstante justamente en aras de crear una armonía, La Sala Constitucional, ha sido de incorporar el derecho del a constitución, es decir que la Constitución, reconoce estos tratados internacionales incorporándolos al bloque jurídico, que además se incorporan a través de la firma y ratificación, es decir que Costa Rica en plena soberanía, acepta que sean vinculantes para el país, son vinculantes porque de forma explícita son vinculantes para el país. Cuando hablamos de rango supraconstitucional, ya se ha dicho por la Sala Constitucional, que siempre y cuando se amplíe la garantía del derecho. Vemos que, por ejemplo, si tenemos un tratado que tiene una garantía de un derecho menor y una ley con una garantía mayor, lo que va a imperar es la ley porque lo que se busca en derechos humanos es una mayor garantía, en cuanto a la problemática de la soberanía de Costa Rica, es poder entender cómo funciona el derecho la jerarquía del derecho y entender que los tratados de se incorporan mediante su ratificación.

Experto número 2, Lic. Marco Castillo Rojas

Los mismos tratados internacionales que se han suscrito lo dicen, lo que ha hecho la Sala Constitucional, es darles la misma categoría de tratado internacional, siendo que el tratado está por encima de la constitución, en el fondo son superiores, las normas internas no pueden contradecir los convenios internacionales. Por eso, es que Fabricio en su campaña electoral dijo que Costa Rica, se iba a salir de la CIDH. Salirse de la convención, es un irrespeto total a los derechos humanos. Aquí hay una cosa importante, cuando dicen derechos humanos, la gente piensa en el derecho de los playos o de las tortilleras, putas o trans. ¿Verdad? Porque creen que eso son los derechos humanos, no toman que los derechos a la libertad, la vida, al juicio justo, a la inocencia,

ahí sigue, la vida no sé cuánto, el derecho a la salud, a la huelga, son derechos humanos, ellos no están pensando en eso, porque les han hecho creer que los derechos humanos son solo para playos y tortilleras, porque la misma democracia.

ANÁLISIS

La diferencia más plausible entre lo indicado por el experto, la experta y lo obtenido en el estudio teórico; es el reconocimiento por parte de ambos, en cuanto a la jerarquía de las normas. Es decir, reconocen de una forma escalonada, la aplicación de la norma interna como Internacional. En lo que indica la primera: Ahora, hay otros como los tratados que son jurídicos y vinculantes para Costa Rica, misma que a través de la Sala Constitucional, Tribunal encargado realizar el control de constitucionalidad, el cual de manera reiterada se ha pronunciado en el sentido de que los tratados internacionales en derechos humanos tienen un rango de ley, es decir, que tiene el mismo rango que la Constitución o rango supraconstitucional; el segundo: Los mismos tratados internacionales que se han suscrito lo dicen expresamente, lo que ha hecho la Sala Constitucional, es darles la misma categoría de tratado internacional, siendo que el tratado está por encima de la constitución, en el fondo son superiores, las normas internas no pueden contradecir los convenios internacionales. Esta caracterización separada ayuda a comprender el problema de una manera más específica. Por otro lado, no se encuentran diferencias mayores, pues en esencia las tres vertientes indican que: **La misma Constitución Política, mediante el derecho a la Constitución íntegra los instrumentos internacionales; Costa Rica de una forma soberana acepta y ratifica los convenios internacionales y la Sala Constitucional les ha otorgado a los Convenios internacionales en materia de derechos humanos, un rango supraconstitucional.**

Objetivo específico:

Establecer los instrumentos internacionales basados en derechos humanos, la importancia de la opinión consultiva OC- 24/17 y la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, frente al matrimonio como un derecho fundamental.

TERCERA UNIDAD DE ANALISIS.

Importancia de la opinión consultiva OC – 24/17 y la competencia de la CIDH.

Categoría número 1: Importancia de la opinión consultiva OC – 24/17.

Importancia de la opinión consultiva OC – 24/17.

Opinión Consultiva OC-24/17

La opinión consultiva del 24 de noviembre del 2017, fue presentada ante la Corte Interamericana por parte del gobierno de Costa Rica el día 18 de mayo del año 2016. Asimismo, se presentó motivada en el artículo 64 inciso 1 y 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, esto con el fin de hacer uso de la función consultiva que tiene la CIDH, para la interpretación de los numerales 11.24 185 y 246 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que, en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. En consecuencia, se mantiene la vigencia del inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia hasta por el citado plazo de 18 meses. (Constitucional, Nexus, 2019)

Por último, el Tribunal Supremo de Elecciones, conoció la opinión consultiva y manifestó su compromiso en crear los procedimientos necesarios para poder llevar a cabo, cada uno de los procedimientos que se establecieron en la opinión consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta misma línea de pensamiento, el Tribunal Supremo de Elecciones, también se encuentra a la espera de la creación de la normativa por parte de la Asamblea Legislativa, con el fin de poder realizar las inscripciones respectivas que fueron recomendadas según la CIDH.

Sin embargo, la labor legislativa hasta el día de hoy se ha visto empañada por aspectos que trascienden a la esfera jurídica, tales como la oposición de ciertos sectores político-religiosos dentro de su misma conformación, y otros externos como la presión social que no tolera la diversidad sexual y mucho menos el reconocimiento de los derechos humanos reconocidos por los mecanismos internacionales en materia de derechos universales, por lo que será una labor no fácilmente ejecutable desde todo punto jurídico y social la creación de dicha normativa y su adaptación dentro del círculo social.

DESCRIPCIÓN

Experta número 1, Licda. Larissa Arroyo Navarrete

Lo primero es recurrir al criterio de la Sala, en cuanto a las opiniones consultivas. Lo segundo, tiene que ver justamente con poder entender que la Opinión Consultiva, misma que deriva de un ente que es el intérprete legítimo, que tiene rango supraconstitucional, así establecido con la Sala. Eso significa como punto importante, que un Estado no hace una opinión consultiva sin el ánimo de acatar la opinión que se le vaya a indicar, porque la opinión es algo que brinda la CIDH a los Estados miembros para que realicen sus consultas y las puedan acatar. Los Derechos Humanos que tengan duda pueden pasarse a la CIDH para su interpretación que en nuestros casos tiene rango supraconstitucional, también se puede aplicar el Pacta Sunt Servanda cuando hacen la consulta y se adhieren al convenio.

Experto número 2. Lic, Marco Castillo Rojas:

Esta es una resolución que no obedece al concepto patriarcal, en alguna medida la gente fundamentalista se montó sobre eso y lo hicieron porque sus doctrinas habían venido siendo en contra de la diversidad, entonces encontraban una manera, porque eran público o notorio, se montaron sobre los prejuicios e ignorancia, por eso tuvo tanta importancia. El gobierno de Costa Rica lo hizo impulsado por nuestras actividades y luchas a favor de la diversidad sexual, las luchas ya habían llegado a un punto importante, la consulta no la hizo el presidente, lo hizo la vicepresidenta, la vicepresidenta tenía más tiempo o más conciencia para hacerla, pero la hicieron en la casa presidencial, lo cual implica que lo hizo por nuestra lucha, por los derechos, por la diversidad cada día eran más importantes, para esa fecha ya se habían presentado los recursos de inconstitucionalidad, porque no es la primera vez que se hacía, la sala antes la rechazaba.

ANÁLISIS:

La diferencia más plausible entre lo indicado por el experto, la experta y lo obtenido en el estudio teórico; Es el reconocimiento por parte de ambos, en que la opinión consultiva, deriva de un órgano supraconstitucional y que es un avance en materia en derechos humanos. En lo que indica la primera: Lo primero es recurrir al criterio de la Sala, en cuanto a las opiniones consultivas. Lo segundo, tiene que ver justamente con poder entender que la Opinión Consultiva, misma que deriva de un ente que es el intérprete legítimo, que tiene rango supraconstitucional, así establecido con la Sala. El segundo: esta es una resolución que no obedece al concepto patriarcal, en alguna medida la gente fundamentalista se montó sobre eso y lo hicieron porque sus doctrinas habían venido siendo en contra de la diversidad, entonces encontraban una manera, porque eran público o notorio, se montaron sobre los prejuicios e ignorancia, por eso tuvo tanta importancia.. Por otro lado, no se encuentran diferencias mayores, pues en esencia las tres vertientes indican que: **la opinión consultiva, según lo ha indicado la Sala Constitucional, tiene un orden supraconstitucional; Esta resolución no obedece a un sistema patriarcal y es de acatamiento obligatorio, por ser emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Categoría número 2: La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el tribunal encargado de velar por el cumplimiento de los Derechos Humanos, que han sido consagrados en la Convención Americana de los Derechos Humanos. En concordancia con lo anterior, es importante mencionar que Costa Rica, mediante sus representantes, de forma libre y voluntaria, ratificó este convenio. En esta misma línea de pensamiento, se evidencia que el Estado de Costa Rica, según lo analizado por el autor de esta investigación, ya había suscrito la Convención de Viena, es decir, estaba sujeto al principio del Pacto Sunt Servanda, el cual, de una forma genérica, se puede interpretar que lo que se establece entre los Estados partes, es ley entre los mismos.

La Corte Interamericana es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce

una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales. (Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2019)

Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En primera instancia la competencia de la Corte inicia cuando un Estado ratifica el Convenio, al hacerlo dentro del mismo se da la competencia a la Corte, es decir, media el principio de Pacta Sunt Servanda. Asimismo, es importante indicarlo que el Estado parte, deberá manifestar que reconoce la obligatoriedad de las normas al adherirse a la Convención.

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido su competencia contenciosa. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención Americana, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2019)

Por otra parte, en el artículo 61 de la Convención establece la competencia de la Corte, esta competencia se la otorga el Estado parte, cuando mediante el instrumento de ratificación que entrega, expresa o manifiesta su obligación en el cumplimiento de lo consagrado en la Convención. Asimismo, es importante indicar como corolario de lo anterior, que, si bien es cierto, esta relación entre el Estado miembro y la corte da inicio desde que el Estado miembro ratifica o bien se adhiere a la Convención y como se ha ya indicado en esta investigación, da gran cabida para indicar que nace de la voluntad libre y expresa del Estado parte y la Corte.

Para el autor de esta investigación, es relevante acotar, que si bien es cierto que el principio Pacta Sunt Servanda es ley entre las partes, no solo de ahí nace la competencia de este órgano creado para la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también, existe un control de convencionalidad, que es consecuente con este principio y per se, dota también de competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DESCRIPCIÓN

Experta número 1, Licda. Larissa Arroyo Navarrete

Los Derechos Humanos y las normativas que regulan los derechos humanos, surgieron debido a las atrocidades que cometieron los Estados, en contra de las personas porque tenían un poder absoluto e incuestionable. Al no haber mecanismo de vigilancia ni de garantía, por eso se desarrolla la parte normativa, es decir la Declaración de los Derechos Humanos. Tiene o realiza una especie de base para el resto de las normativas que se van especificando, así como los derechos de los niños y niñas, que en ese momento no se reconocía la especificidad de las niñas, solo se decía niño. Así con diferentes instrumentos, en el caso de la Convención Americana, viene a aterrizar las necesidades de la región. Esta convención, es algo que nos atañe a los Estados que aceptaron esa fuerza vinculante, haciéndola parte de nuestra normativa nacional. Haciendo un ejercicio de soberanía estatal, es que se aceptan justamente estas situaciones. Por otro lado, creo que, tendríamos que recordar, que la potestad para la CIDH deriva de normativa que Costa Rica aceptó, con lo cual la última interprete de este instrumento es la CIDH, así que en ejercicio de ese marco normativo como Estado ante una problemática que había sido histórica en negación al acceso a una normativa jurídica para proteger las relaciones de diferente sexo y habiendo una situación de que al órgano, es decir la Asamblea que era la encargada, ni la Sala había terminado de resolver, se pasaron los años sin resolver. Además, tenemos que recordar que la violación a los derechos humanos, no puede ser justificada por las barreras o impedimentos administrativos incluyendo la voluntad política, habría que preguntarle a quien ostentaba el poder cuales fueron las razones para hacerlas, pero es un mecanismo de hacerlo, de alguna manera vino a resolver violaciones de derechos humanos, por temas de orientación sexual y también con identidad de género, que reguló la parte de personas trans.

Experto número 2, Lic .Marco Castillo Rojas

Yo pienso que tutela los derechos humanos, los protege, los reafirma y desde ese punto de vista, da órdenes a los Estados de que deben de respetar. Muchas veces dicen que eso es político, porque, por ejemplo, ahora la CIDH, está en contra de Nicaragua y Venezuela, si hay política de por medio, pero para Costa Rica, los convenios son muy importantes como la OIT, UNICEF para lograr la libertad y democracia. Yo siempre resumo los derechos humanos de la siguiente forma: ¿Qué hacen los derechos humanos? Lo que hacen es respetar la dignidad de las personas, en la medida, el derecho humano es la dignidad de la persona. Todos aquellos intrínsecos a las personas.

ANÁLISIS:

La diferencia más plausible entre lo indicado por el experto, la experta y lo obtenido en el estudio teórico; Es el reconocimiento por parte de ambos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un organismo internacional, el cual es competente para conocer materia de derechos humanos vinculante a Costa Rica. En lo que indica la primera: Por otro lado, creo que, tendríamos que recordar, que la potestad para la CIDH deriva de normativa que Costa Rica aceptó, con lo cual la última interprete de este instrumento es la CIDH, así que en ejercicio de ese marco normativo como Estado ante una problemática que había sido histórica en negación al acceso a una normativa jurídica para proteger las relaciones de diferente sexo y habiendo una situación de que al órgano, es decir la Asamblea que era la encargada, ni la Sala había terminado de resolver, se pasaron los años sin resolver; el segundo: Yo pienso que tutela los derechos humanos, los protege, los reafirma y desde ese punto de vista, da órdenes a los Estados de que deben de respetar. Muchas veces dicen que eso es político, porque, por ejemplo, ahora la CIDH, está en contra de Nicaragua y Venezuela, si hay política de por medio, pero para Costa Rica, los convenios son muy importantes como la OIT, UNICEF para lograr la libertad y democracia. Por otro lado, no se encuentran diferencias mayores, pues en esencia las tres vertientes indican que: **la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es competente para conocer materia de derechos humanos vinculante para Costa Rica; el Estado costarricense, ratificó la Convención Americana y es un Estado parte, siendo la CIDH la encargada de dar seguimiento a la convención y que las sentencias u opiniones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son vinculantes para el Estado costarricense.**

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES.

Del primer objetivo específico, se puede concluir:

- Realizando un análisis desde la perspectiva de un marco histórico, se demostró que la familia desde su origen y en el proceso de evolución, ha tenido cambios que son notorios, es decir, nunca ha existido un único tipo de familia en la historia, sino diferentes tipos de familia. Los cuales, nos llevan a concluir, que las familias están conformadas por diversas personas, a las cuales los unen lazos consanguíneos, afectivos o intereses entre sí.
- Realizando un análisis minucioso de las actas, se determina que el espíritu del constituyente en la creación del artículo 52, que lo que buscaba era proteger los distintos tipos de familia, no buscó proteger un único modelo. Asimismo, se concluyó que efectivamente el constituyente, en esa época, no pensaba en las familias conformadas por personas del mismo sexo, pero su intención era clara, de tutelar los diversos tipos de familia y ampararlas al margen de la ley por el Estado costarricense.
- Como resultado del análisis del instituto jurídico del matrimonio en Costa Rica en el paso del tiempo y la jurisprudencia, es posible concluir que el Estado costarricense, antes de la opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 2017 y la acción de inconstitucionalidad interpuesta posteriormente a esta opinión, por el licenciado Marco Castillo Rojas, no cumplía con la tutela de este derecho humano, aún siendo Estado miembro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que discriminaba a una minoría por razones de orientación sexual. Asimismo, se expuso que hubo una omisión e inobservancia por parte del Estado costarricense, porque históricamente, la Asamblea Legislativa y La Sala Constitucional, no ampliaron el concepto de familia, para que ningún costarricense fuese discriminado, fue hasta entonces que un organismo internacional opinó y tuteló los distintos tipos de familia y ordenó no discriminar en razón de orientación sexual, para que los y las ciudadanas costarricense, tengan acceso a formar una familia y puedan ejercer su derecho al matrimonio o bien, al ius connubii.

Del segundo objetivo específico, se puede concluir:

- Se explicó las diferentes tipologías de las reformas constitucionales, así como la regulación para la aplicación de las mismas, los tipos de procedimiento que existen para aplicarlas, el control que ejerce la Asamblea Legislativa en las mismas, como la revisión de constitucionalidad que realiza la Sala Constitucional. Además, se demostró con claridad, mediante un análisis jurídico, la inviabilidad de la Reforma Constitucional 21385.
- Al enunciar cada uno de los objetivos de la Reforma Constitucional 21385, así como al analizar los siete capítulos que contiene el mismo, los cuales se basan en una línea de pensamiento ius naturalista, se concluye que es totalmente contraria a la teoría de los derechos humanos desarrollada, la cual busca esclarecer y brindarle un sentido iuspositivista a esta investigación. Asimismo, se argumentó mediante la teoría, que la mayoría de estos capítulos que propone la reforma constitucional, están basados en aspectos extrajurídicos religiosos, morales y psicosociales.
- Mediante la jerarquía de las fuentes, se comprobó que la reforma constitucional al artículo 52, no es viable, debido a que, mediante un estudio escalonado, que aporta Hans Kelsen, los tratados y convenios internacionales adquieren fuerza de ley. Asimismo, se evidenció que los instrumentos internacionales basados en derechos humanos, adquieren rango supraconstitucional, por medio del derecho a la constitución, el principio Pacta Sunt Servanda y las resoluciones de la Sala Constitucional, adquieren un rango supraconstitucional que los hace entrar en un control de convencionalidad con la legislación interna de Costa Rica.

Del tercer objetivo específico, se puede concluir:

- Al realizar un análisis de cada uno de los instrumentos internacionales basados en derechos humanos, garantizan a los y las costarricenses, todos aquellos derechos fundamentales, los cuales van intrínsecos al ser humano. Asimismo, y al exponer el procedimiento de ratificación de los mismos, así como los principios que regulan el Derecho Internacional, se concluye que se debe buscar siempre una aplicación siempre más favorable a la persona.
- Se expuso sobre la competencia que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y se interpretó la correcta aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, se explicaron las funciones que desarrolla este órgano, en relevancia con la opinión consultiva. Es decir, se logró demostrar que Costa Rica le otorgó competencia a la CIDH y que las opiniones consultivas que emita dicho órgano, son vinculantes con el Estado costarricense. Así también, se demostró que actualmente existe un control de convencionalidad que aplica la Sala Constitucional, con el fin de incorporar de una forma armónica las resoluciones de dicho órgano al ordenamiento jurídico costarricense, lo cual, al aplicarse este control de convencionalidad, se expone de forma clara que este instrumento favorece en un mayor grado a las personas. Además, se expuso con claridad el avance en materia de derechos humanos, posterior a haberse dictado la opinión consultiva 24/17, esto quiere decir, que Costa Rica ha tenido un cambio a nivel de su legislación interna a favor de los derechos humano. Por último, se realizó un análisis del criterio de la Sala Constitucional en cuanto a la vinculación que existe entre las opiniones consultivas emitidas por la CIDH a partir del año 1985 a la actualidad. Logrando evidenciar que el tribunal más alto costarricense, en materia de Derechos Humanos, ha indicado que todos aquellos instrumentos internacionales basados en derechos humanos, son de aplicación erga omnes
- Al exponerse sobre la importancia de la opinión consultiva 24/17 para Costa Rica, se concluye que este criterio emitido por la CIDH, ha generado un avance en materia de derechos humanos en la legislación costarricense; otorgándoles el derecho a las personas de un mismo sexo, poder contraer matrimonio y eliminar todo tipo de discriminación por orientación sexual. Además, es importante resaltar, que esta

opinión consultiva, generó que se eliminara la inobservancia y omisión que se mantuvo históricamente por la Asamblea Legislativa y la Sala Constitucional, en tutelar los derechos de una minoría, que únicamente busca igualdad de derechos como todo costarricense y se le tutele jurídicamente para que sus uniones tengan un mismo respaldo por el Estado que las personas heterosexuales.

Conclusión general

¿Cumple la Reforma Constitucional número 21385 al artículo 52 que actualmente se encuentra en la corriente legislativa, con la tutela de los derechos humanos y el respeto al matrimonio entre parejas del mismo sexo?

El proyecto de Reforma Constitucional número 21385, no es viable desde la perspectiva de derechos fundamentales y/o universales, esto debido a que si bien es cierto, que pueda existir una aprobación en votación en la Asamblea Legislativa, en cuanto se realice una revisión de constitucionalidad sobre esta reforma, no cumpliría con los criterios de la Sala Constitucional, ya que como se ha analizado en esta investigación, la misma mantiene una línea de pensamiento que favorece a todos los costarricenses, buscando una garantía a sus derechos fundamentales. En un análisis claro de la situación, para poder entender la inviabilidad del proyecto de reforma constitucional 21385, es importante hacer una comparación confrontando este proyecto, de cara a la resolución 19319-2018, toda vez que en esta sentencia, la Sala Constitucional rechazó la acción de inconstitucionalidad que se interpuso en contra de la Opinión Consultiva OC-24/17, de lo cual argumentó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un tribunal internacional y que todas las actuaciones que la misma emita, se encuentran sustraídas por un control de constitucionalidad. Es decir, si se analiza el proyecto de Reforma Constitucional 21385 a la luz de la Opinión Consultiva OC-24/17, se logra demostrar que la misma no es factible, debido a que ya la Sala Constitucional ha dicho que la CIDH también ejerce control de constitucionalidad. En el entendido de lo anterior, podría decir que la Sala Constitucional, está imposibilitada para pronunciarse a lo que se plantea en esta reforma, debido a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no puede fungir como sujeto pasivo, por el rango que mantiene este alto tribunal internacional.

Este proyecto de Reforma Constitucional, no cumple con la tutela de los Derechos Humanos. Para poder entenderlo, es necesario realizar un análisis de cara a la Opinión Consultiva OC-24/17, instrumentos internacionales basados en derechos humanos, principios que rigen el Derecho Internacional, el Derecho a la Constitución y el principio de Supremacía Constitucional.

De lo anterior, lo primero en indicar, es que esta reforma no tutela los Derechos Humanos relativos al ius cunnubis, no discriminación e igualdad ante la ley, porque su base principal se remonta en aspectos extrajurídicos religiosos y bajo una teoría que no es aplicable dentro de un marco histórico actual. Asimismo, considero que esta reforma violenta contra los derechos que consagran los instrumentos internacionales basados en derechos humanos. Uno de los más importantes que se vinculan a esta investigación, es la Convención Americana de los Derechos Humanos, especialmente los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 los cuales tutelan la no discriminación y la obligación de los Estados en cumplir que el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, no vaya en contra de los derechos humanos, específicamente en el tema de familias y matrimonios, manifestando la igualdad entre los seres humanos sin discriminación por orientación sexual, raza, color, sexo, idioma.

Asimismo, se concluye que esta reforma está en contra del ordenamiento jurídico costarricense, debido a que no respeta la jerarquía de las fuentes internacionales, es decir, la Constitución por sí misma, en el artículo 7, establece el rango de ley que le otorga a los instrumentos internacionales. Es decir, lo que se conoce como el Derecho a la Constitución, toda vez que lo que la reforma propone, es encasillar el matrimonio únicamente entre parejas heterosexuales. Además, proponer un proyecto de reforma constitucional como este, también violenta el principio de supremacía constitucional, siendo que el mayor Tribunal Constitucional costarricense, ha de manera reiterada indicado, que las normas de Derecho Internacional que se encuentran en los convenios que Costa Rica ha ratificado, están sobre la Constitución y si la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya hizo una interpretación y opinó que Costa Rica como Estado parte, debe garantizar que todas las figuras ya existentes en su ordenamiento jurídico, incluyendo el matrimonio, deben tener una protección a los diferentes tipos de familia conformadas por personas del mismo sexo y no debe haber discriminación con respecto a las que son conformadas por personas heterosexuales.

Por último, se concluye que, para poder entender toda esta explicación en cuanto a la aplicación de las normas, se debe comprender como funciona un Estado de Derecho. Así las cosas, bajo esta línea de pensamiento, se evidencia que la esta reforma no es viable y que atenta contra los parámetros de legalidad establecidos. Lo anterior, en razón de que, Costa Rica debe de respetar el matrimonio igualitario, debido a que así está establecido en la Opinión Consultiva OC – 24/17 y esta reforma no cumple con la no discriminación y cierra la posibilidad para que las familias constituidas por personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Como corolario de todo lo anterior, se concluye que la aprobación de esta reforma constitucional, sería un retroceso en materia de derechos humanos y un desacato al interprete legítimo, encargado de garantizar los derechos humanos de los y las costarricenses.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda al Estado costarricense, a través de la Asamblea Legislativa, para que al momento de designar la comisión especial que estará a cargo de la revisión del proyecto de Reforma Constitucional número (aquí poner el número del proyecto), se le ordene a la comisión realizar un amplio análisis del espíritu del constituyente que redactó el artículo 52, dentro de un marco histórico legal – actual, en aras de brindar una respuesta apegada a los derechos humanos, para ello y de manera simultánea deberán incorporar en el análisis instrumentos de derecho internacional basados en derechos humanos ratificados por nuestro país, garantizando con ello la obligación que tiene Costa Rica en garantizar la no discriminación para los diferentes tipos de familia.
- Siendo que en este trabajo de investigación, se ha logrado determinar que el proyecto de reforma constitucional al artículo 52 no es viable por ser violatorio a los derechos de igualdad y al derecho al matrimonio, esto debido a que expone un único tipo de familia, se recomienda a la comisión especial que estará a cargo de analizarla, incorporar el criterio de la Sala Constitucional en cuanto a los pronunciamientos que ha realizado, refiriéndose a la familia en la actualidad como diversa y conformada por lazos de consanguinidad, así como intereses en común, para ello deberá también incorporar un análisis del concepto de familia desde épocas primitivas, y a partir de dicho análisis ampliar el concepto de su conformación y de esta forma eliminar la errada definición que se establece en la reforma de “Familia Original”. Con el fin de que se resguarden los derechos fundamentales de la ciudadanía.
- Por último, se recomienda una mayor divulgación en temas de Derechos Humanos a nivel nacional por diferentes medios de comunicación a todos los costarricenses e implementar a partir de la educación primaria, el estudio de las jerarquías de las fuentes del derecho y su aplicación dentro de la legislación costarricense, promoviendo con ello la igualdad, el respeto y sobre todo para evitar la desinformación en la población, siendo este el canal principal para educar a todas las familias costarricenses.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Legislativa* . (29 de 11 de 1961). Obtenido de http://www.asamblea.go.cr/ca/Reglamentos%20de%20la%20Asamblea/Reglamento_de_la_Asamblea_Legislativa.pdf
- Botella, G. M. (2018). *Revistas Universidad Autónoma de Madrid*. Obtenido de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6228>
- Castellaro, S. B. (20 de julio de 2015). Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es> › descarga › articulo
- Castillo, V. L. (2013). *Revista Derecho Realidad*. Obtenido de <https://revistas.uptc.edu.co> › derecho_realidad › article › download
- Chacón, F. E. (06 de 2014). Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3937/1/T-UCE-0013-Ab-222.pdf>
- CIJUL*. (2006). Obtenido de <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>
- CIJUL*. (s.f.). *CIJUL*. Obtenido de file:///C:/Users/Dahuang%20Wu/Downloads/requisitos_de_forma_de_la_accion_de_inconstitucionalidad.pdf
- Comisión Nacional de los derechos humanos* . (s.f.). Obtenido de http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf_seccion/concepto_3_3_1.pdf
- Constitución Política*. (7 de 11 de 1949). Obtenido de <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/constitucion.pdf>
- Constitucional, S. (09 de 05 de 1995). *Nexus* . Obtenido de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-81561>
- Constitucional, S. (2007). Obtenido de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-372108>
- Constitucional, S. (03 de 02 de 2016). *Nexus* . Obtenido de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-658242>
- Constitucional, S. (20 de 11 de 2018). *Nexus* . Obtenido de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-894028>
- Constitucional, S. (2019). *Nexus*. Obtenido de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-929390>
- Constitucional, S. (15 de 03 de 2019). *Nexus*. Obtenido de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-909791>

- Convención Americana sobre Derechos Humanos* . (22 de 11 de 1969). Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (11 de 02 de 1978). Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Convención de Viena* . (23 de 05 de 1969). Obtenido de https://www.oas.org/xxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos* . (2018). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos* . (2019). Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/6/index.html>
- Declaración Universal de Derechos Humanos* . (10 de 12 de 1948). Obtenido de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Engels, F. (09 de 2006). Obtenido de https://www.fundacionfedericoengels.net/images/PDF/engels_origen_familia_interior_alta.pdf
- Franceschi, H. (2007). Obtenido de https://www.google.com/search?ei=3FYCXy7aKamd5wLkpYrgCw&q=ius+Connubii+que+es&oq=ius+Connubii+que+es&gs_l=psy-ab.3..0i22i30.352231.353693..354392...0.0..0.108.728.0j7.....0....1..gws-wiz.....0i71j0.0-a4UFbYn5Q
- Gamboa, N. (2016). *Revistas Jurídicas UCR*. Obtenido de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/27486/27659>
- Gómez, E. O., & Villa Guardiola , V. (06 de 2014). *Hacia un concepto interdisciplinario de la familia*.
- Gómez, M. I. (2011). Obtenido de <file:///C:/Users/Dahuang%20Wu/Downloads/Dialnet-LoQueQuedaDelPrincipioClasicoPactaSuntServanda-5497978.pdf>
- Guardarrama, J. G., & Jose Toro Alfonso. (2012). Obtenido de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2220-90262012000200004
- Hernández, P. R. (2005). Obtenido de https://ccp.ucr.ac.cr/bvp/pdf/familia/tfg_proses.pdf
- Humanos, C. I. (24 de 11 de 2017). Obtenido de <file:///C:/Users/Dahuang%20Wu/Desktop/Opinión%20Consultiva%20OC%2024-17.pdf>
- Ibarra, J. M. (2003). Obtenido de http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ldin/alvarez_e_r/capitulo2.pdf

Iturri, R. R. (1993). Obtenido de file:///C:/Users/Dahuang%20Wu/Downloads/Dialnet-OrigenesFuentesYPrincipiosJuridicosDelMatrimonioCi-5084713.pdf

Leal, A. J. (2016). Obtenido de <http://www.tse.go.cr/pdf/publicaciones/la-reforma-constitucional-por-la-via-referendaria-en-CR.pdf>

Legislativa, A. (1949). *Constitución Política*.

Legislativa, A. (7 de 11 de 1949). *Constitución Política* . Obtenido de <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/constitucion.pdf>

LEMUS, J. R. (21 de 10 de 2011). Obtenido de [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(1\)_3.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(1)_3.pdf)

López, G. S. (2008). Obtenido de <http://ij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/RECONOCIMIENTO-UNION-DE-HECHO-PAREJAS-MISMO-SEXO.pdf>

Lopez, I. L. (2018). *El Imperio del derecho*. Obtenido de https://sc.jalisco.gob.mx/sites/sc.jalisco.gob.mx/files/el_imperio_del_derecho_ponencia_0.pdf

Luna, R. M. (2016). Obtenido de <https://eprints.ucm.es/39597/1/T37601.pdf>

METODOLOGIA CUALITATIVA . (2018). Obtenido de http://www.ujaen.es/investiga/tics_tfg/enfo_cuali.html

Naciones Unidas . (26 de 06 de 1945). Obtenido de <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>

Naciones Unidas. (1976). Obtenido de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Nexus . (20 de 05 de 2003). Obtenido de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-240680>

Nexus. (09 de 01 de 2019). Obtenido de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-904841>

NINET, A. G. (30 de 03 de 2013). Obtenido de <https://laicismo.org/iglesia-catolica-y-homosexualidad/>

OC-3/83. (8 de 9 de 1983). *Corte Interamerica de Derechos Humanos* . Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf

Ordóñez, U. S. (2010). Obtenido de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32590/1/Doxa_33_01.pdf

Ortega, R. N. (2017). *La Suprema Corte y el Matrimonio Igualitario en México*. México : Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas . Obtenido de file:///C:/Users/Dahuang%20Wu/Desktop/mexico.pdf

- Peña, L. (27 de 02 de 2009). Obtenido de <http://www.plazayvaldes.es/libro/utilitarismo-y-derechos-humanos>
- PINO CANALES, C. E. (2006). *Temas de Derecho Internacional Público*. Habana, Cuba: Félix varela .
Obtenido de https://www.ecured.cu/Tratado_internacional
- Pinto, M. (s.f.). Obtenido de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-principio-pro-homine-criterios-de-hermeneutica-y-pautas-para-la-regulacion-de-los-derechos-humanos.doc>.
- Política, C. (7 de 11 de 1949). Obtenido de <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/constitucion.pdf>
- Prendas, J., Alpizar Castro , I., Acuña Cabrera, I., Cespedes Cisneros, N., Chan Mora, C., Vargas Viquez, O., . . . Villegas Álvarez, S. (08 de 05 de 2019). REFORMA AL ARTÍCULO 52 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA LA PROTECCIÓN DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA.
- psyma. (2015). Obtenido de <https://www.psyma.com/company/news/message/la-etnografia-como-herramienta-en-la-investigacion-cualitativa>
- Raffino, M. E. (04 de 01 de 2019). Obtenido de <https://concepto.de/familia/>
- Ramírez. (1994). Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es> › descarga › articulo
- Reglamento de la Asamblea Legislativa*. (23 de 11 de 1961). Obtenido de http://www.asamblea.go.cr/ca/Reglamentos%20de%20la%20Asamblea/Reglamento_de_la_Asamblea_Legislativa.pdf
- Religión*. (11 de 11 de 2013). Obtenido de http://www.teinteresa.es/religion/concordato-iglesia-estado-Santa_Sede_0_1027697843.html
- Rosado, A. V. (22 de 05 de 2006). Obtenido de <http://psicopediahoy.com/etica-y-homosexualidad/>
- Sánchez, J. J. (2013). Obtenido de <file:///C:/Users/Dahuang%20Wu/Downloads/Dialnet-SobreLaDeclaracionDeConstitucionalidadDelMatrimoni-4352018.pdf>
- Sistema Costarricense de Información Jurídica*. (11 de 12 de 1968). Obtenido de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC¶m2=1&nValor1=1&nValor2=20579&n
- Sistema Costarricense de Investigación Jurídica* . (1949). Obtenido de http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871¶m1=NRTC&strTipM=TC
- Sistema Costarriense de Información Jurídica* . (11 de 10 de 1989). Obtenido de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC

Tribunal Supremo de Elecciones. (7 de 11 de 1949). Obtenido de
<https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/constitucion.pdf>

Troyano, E. H. (01 de 2010). Obtenido de <https://www.feandalucia.ccoo.es/docu/p5sd6683.pdf>

Universidad Interamericana para el Desarrollo . (1980). Obtenido de
https://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md1/ejec/DE/DR/S05/DR05_Lectura.pdf