



Cita este libro

Solís Bastos, L. P., Gómez Martínez, D. L. y Molina Hincapié, S. (Coords. académicos). (2021). *El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica*. Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <https://dx.doi.org/10.35985/99789585134812>

Palabras Clave / Keywords

Derecho al amor, comunidad LGBTI, reconocimiento, derechos humanos, Colombia y Costa Rica, percepción social, discriminación de familias homoparentales, jurisprudencia constitucional, igualdad y respeto, Estado constitucional.

Right to love, LGBTI community, recognition, human rights, Colombia and Costa Rica, social perception, discrimination of same sex parent families, constitutional jurisprudence, equality and respect, constitutional state.

Contenido relacionado:

<https://investigaciones.usc.edu.co/>

EL DERECHO AL AMOR,
EL RECONOCIMIENTO
DE LAS UNIONES DIVERSAS EN
COLOMBIA Y COSTA RICA

© EL DERECHO AL AMOR, EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DIVERSAS
EN COLOMBIA Y COSTA RICA - 2021

© LAURA PAMELA SOLÍS BASTOS, *ET AL* - 2021

© EDITORIAL DIKÉ S.A.S. - 2021

EDITORIAL DIKÉ S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 / e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

BOGOTÁ D.C. LIBRERÍA

Calle 23 Sur # 27-41 Barrio Santander
Teléfono: 704 6822 - Cel.: 301 242 7399
e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

SAN JOSÉ DE COSTA RICA

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

CARACAS-VENEZUELA

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19,
Caracas 1010 / info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 /
563-55-90/06-04 RIF: J-30797099-5.

PANAMÁ

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón,
Ciudad de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

DISEÑO Y MONTAJE

Carlos Alberto Calderón
alfacomunications@gmail.com



La editorial de la Universidad Santiago de Cali se adhiere a la filosofía de acceso abierto. Este libro está licenciado bajo los términos de la Atribución 4.0 de Creative Commons (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>), que permite el uso, el intercambio, adaptación, distribución y reproducción en cualquier medio o formato, siempre y cuando se dé crédito al autor o autores originales y a la fuente <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

COORDINADORES ACADÉMICOS

Laura Pamela Solís Bastos

Diego León Gómez Martínez

Sergio Molina Hincapié

EL DERECHO AL AMOR,
EL RECONOCIMIENTO
DE LAS UNIONES DIVERSAS EN
COLOMBIA Y COSTA RICA

ED
EDITORIAL DIKÉ

VIGILADA
MINISTERIO DE
EDUCACIÓN
USC
UNIVERSIDAD
SANTIAGO
DE CALI
EDITORIAL



Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica / Laura Pamela Solís Bastos; Diego León Gómez Martínez y Sergio Molina Hincapié [Coordinadores académicos]. -- Santiago de Cali: Universidad Santiago de Cali, Editorial Diké, 2021.

214 páginas; 24 cm.

Aequitas. Colección de libros de la Facultad de Derecho

ISSN en línea 2744-8568

ISBN: 978-958-5134-80-5 ISBN (digital): 978-958-5134-81-2

Incluye referencias bibliográficas.

1. Culturas 2. Identidades 3. Estados 4. Población LGBTI - Costa Rica 5. Derecho a la igualdad I. Laura Pamela Solís Bastos. Universidad Santiago de Cali. Facultad de Derecho.

SCDD 323.42 ed. 23

CO-CaUSC

JRGB/2021

**Derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en
Colombia y Costa Rica**

© **Universidad Santiago de Cali.**

© **Editorial Diké.**

© **Coordinadores académicos:** Laura Pamela Solís Bastos, Diego León Martínez, Sergio Molina Hincapié.

© **Autores:** Laura Pamela Solís Bastos, Diego León Martínez, Sergio Molina Hincapié, José Andrés Díaz González y Valentina Marzola Bonilla.

1a. Edición 100 ejemplares.

Cali, Colombia-2021.

**Comité Editorial /
Editorial Board**

Claudia Liliana Zúñiga Cañón
Edward Javier Ordóñez
José Fabián Ríos
Herman Alberto Revelo
Mónica Carrillo Salazar
Santiago Vega Guerrero
Milton Orlando Sarria Paja
Sandro Javier Buitrago Parias
Claudia Fernanda Giraldo Jiménez

Proceso de arbitraje doble ciego / “Double blind” peer-review.

Recepción/Submission:

Mayo (May) de 2021.

**Evaluación de contenidos/
Peer-review outcome:**

Junio (June) de 2021.

Aprobación/Acceptance:

Julio (July) de 2021.

EDITORIAL DIKÉ S.A.S.

PRESIDENTE HONORARIO DEL COMITÉ EDITORIAL

Eduardo Quiceno Álvarez

DIRECTOR EDITORIAL

Sebastián Quintero Ocampo

AGRADECIMIENTOS

Desde la Facultad de Derecho agradecemos a la Universidad Santiago de Cali (USC) y a su rector Dr. Carlos Andrés Pérez Galindo por apoyar esta edición y por el respaldo a la investigación científica en nuestra alma mater. De la misma forma agradecemos al Dr. Eduardo Quiceno, director de la editorial Biblioteca Jurídica DIKE y al Dr. Edward Ordóñez, editor en jefe de la editorial USC, por su aquiescencia e impecable trabajo, el cual fue clave para que este libro pudiese ser una realidad para la comunidad académica.

Además, deseamos externar nuestro agradecimiento a la Universidad Nacional, Costa Rica, y en específico al Instituto de Estudios Sociales en Población IDESPO, así como al equipo de trabajo del Programa Umbral Político, por su gestión y apoyo para llevar a cabo este intercambio de conocimiento entre ambas universidades. También agradecemos, especialmente, a todos los autores de esta obra, quienes con su trabajo, inteligencia y esfuerzo la hicieron posible.

Los coordinadores.

LOS COORDINADORES

LAURA PAMELA SOLÍS BASTOS

Doctoranda en Demografía de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Máster en Estudios Latinoamericanos con énfasis en cultura y desarrollo, del Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional (Costa Rica). Licenciada en Sociología de la Universidad Nacional (UNA). Investigadora en el Programa Umbral Político, del Instituto de Estudios Sociales en Población de la Universidad Nacional, Costa Rica.

DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ

Doctorando en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Máster in Global Rule of Law and Constitutional Democracy de la Università degli Studi di Genova (Italia) y el Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto. Abogado y magíster en Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Profesor investigador de la Universidad Santiago de Cali (USC), Colombia. <https://orcid.org/0000-0002-4681-6625>

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

Doctorando Filosofía, licenciando de Filosofía de la Universidad del Valle. Abogado y magíster en Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali (USC), Colombia.

TABLA DE CONTENIDO

Prólogo	29
- Culturas, identidades, estados.....	30
- Tensiones inevitables.....	33
- Republicanismo y uniones diversas.....	34
- Conclusión.....	35

CONSTRUCCIÓN DE LAS PERCEPCIONES DE LA SOCIEDAD COSTARRICENSE Y COLOMBIANA: LECTURAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS **LGBTI DESDE EL DISCURSO EN PRENSA ESCRITA**

LAURA PAMELA SOLÍS BASTOS.....	37
- Introducción.....	37
- Metodología.....	38
- Luchas LGBTI en Contexto.....	41
- Los discursos en la prensa escrita en Colombia y Costa Rica en el marco de lucha por los derechos LGBTI	43
- Conclusiones.....	65
- Referencias	67

**¿IGUALITICOS? DE LA DIVERSIDAD Y OTROS PECADOS...
ESTADÍSTICAS SOBRE LA POBLACIÓN LGBTI EN COSTA RICA**

LAURA PAMELA SOLÍS BASTOS.....	69
- Introducción.....	69
- Metodología.....	71
- Estadísticas oficiales sobre los hogares conformados por parejas del mismo sexo en América Latina	73
- Caracterización de los hogares homoparentales, ¿finalmente cuentan?	75
- ¿Cuántos hogares homoparentales hay en Costa Rica?	75
- Ubicación espacio geográfico en el país	76
- Edad de los cónyuges	77
- Jefatura de hogar compartida	79
- Total de personas en el hogar	79
- Tipo de hogar	81
- Nivel Educativo.....	82
- Datos censales y derechos de las parejas del mismo sexo.....	83
- Matrimonio igualitario.....	83
- Adopción	84
- Acceso a vivienda	85
- Acceso a la salud.....	87

- Transiciones sociales y el reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo y la conformación de hogares..... 89
- Consideraciones finales..... 91
- Referencias 93

**DISCRIMINACIÓN HACIA LAS FAMILIAS CONFORMADAS POR
PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COSTA RICA, PERCEPCIONES
FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE LA IGUALDAD
DE DERECHOS HUMANOS**

Laura Pamela Solís Bastos.....95

- Introducción..... 95
- Método 96
- Los estudios de familia, en el caso de las familias conformadas por parejas del mismo sexo en América Latina 99
- El matrimonio igualitario como promesa de campaña presidencial en Costa Rica 102
- La discriminación existe y es reconocida por la población..... 103
- Consideraciones finales..... 111
- Referencias 115

**LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE IDH: SU IMPACTO EN LOS
MEDIOS Y LAS ELECCIONES COSTARRICENSES, 2018**

JOSÉ ANDRÉS DÍAZ GONZÁLEZ.....	117
- Antecedentes	119
- Descripción del corpus	121
- Análisis del contenido	123
- Impacto electoral de la resolución de la Corte IDH.	128
- Consideraciones finales.....	131
- Referencias	133

**LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL MARCO
DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ.....	137
- Introducción.....	137
1) Aproximación conceptual y doctrinaria al Derecho a la igualdad.....	138
2) El Derecho a la Igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la doctrina	148
2.1. El juicio de igualdad según la Corte Constitucional	155
2.2. El Test de igualdad europeo usado por la Corte	156

2.3. El test de igualdad norteamericano usado por la Corte	159
2.4. El juicio integrado de igualdad que aplica la Corte.....	163
3. Los derechos de las parejas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el derecho a la igualdad.....	165
3.1. Cuestión previa.....	165
3.2. La Sentencia C – 075 de 2007. La protección Unión Marital de Hecho de las parejas del mismo sexo y su régimen patrimonial.....	172
3.3. La Sentencia C – 811 de 2007. La protección del derecho a la salud de las parejas del mismo sexo	175
3.4. La Sentencia C – 336 de 2008. La protección del derecho a la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo	177
3.5. La Sentencia C – 798 de 2008. La protección penal de alimentos en las parejas del mismo sexo. El amparo al bien jurídico tutelado de la familia homoafectiva	179
3.6. La Sentencia C – 029 de 2009. La protección de las parejas del mismo	

sexo vía homologación constitucional. La equiparación de derechos entre las parejas homosexuales y heterosexuales.....	181
3.7. La Sentencia C – 577 de 2011. La protección de las parejas del mismo sexo en relación con el matrimonio y la familia. Primer tema de frontera: el matrimonio igualitario	183
3.7.1. La sentencia SU-214 de 2016. Ahora sí el matrimonio homosexual.....	188
3.8. La Sentencia C – 238 de 2012. La protección del derecho de sucesión de las parejas del mismo sexo	191
3.9. La protección del derecho a la adopción de las parejas del mismo sexo. Segundo tema de frontera: la adopción igualitaria	193
4. Los derechos de las parejas del mismo sexo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo: breve referencia al caso Atala.....	194
4.1. El caso Atala: breve referencia jurisprudencial internacional.	198
- Conclusiones.....	201
- Referencias	207

**RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE
CASARSE A PAREJAS DEL MISMO SEXO: CONSOLIDACIÓN
DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA Y COLOMBIA**

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

VALENTINA MARZOLA BONILLA.....211

- Introducción..... 212
- Del Estado legislativo al Estado constitucional..... 214
- ¿Activismo judicial en Costa Rica y Colombia?:
reconocimiento derecho a contraer matrimonio
de parejas del mismo sexo..... 217
- Conclusión..... 225
- Referencias 229

Pares evaluadores 233

CONTENTS

Foreword.....	29
- Cultures, identities, states	30
- Inevitable tensions.....	33
- Republicanism and diverse unions	34
- Conclusion.....	35
 CONSTRUCTION OF THE PERCEPTIONS OF COSTA RICAN AND COLOMBIAN SOCIETY: READINGS ON THE RIGHTS OF LGBTI PEOPLE FROM THE DISCOURSE IN THE WRITTEN PRESS	
LAURA PAMELA SOLÍS BASTOS.....	37
- Introduction	37
- Methodology.....	38
- LGBTI Struggles in Context.....	41
- The discourses in the written press in Colombia and Costa Rica in the context of the struggle for LGBTI rights.....	41
LGBTI rights	43
- Conclusions	65
- References	67

**IGUALITICOS? ABOUT DIVERSITY AND OTHER SINS... STATISTICS ON
THE LGBTI POPULATION IN COSTA RICA**

LAURA PAMELA SOLÍS BASTOS.....	69
- Introduction	69
- Methodology.....	71
- Official statistics on same-sex households in Latin America	73
- Characterization of same-parent households, do they finally count?	75
- How many same-parent households are there in Costa Rica?	75
- Geographical location in the country.....	76
- Age of spouses	77
- Shared head of household	79
- Total number of persons in the household.....	79
- Household type	81
- Educational Level	82
- Census data and rights of same-sex couples	83
- Equal Marriage	83
- Adoption	84
- Access to housing.....	85
- Access to health care	87

- Social transitions and the recognition of same-sex unions and the formation of households..... 89
- Final considerations 91
- References.....93

**DISCRIMINATION AGAINST SAME-SEX FAMILIES IN COSTA RICA,
PERCEPTIONS REGARDING THE RECOGNITION OF EQUAL HUMAN
RIGHTS**

LAURA PAMELA SOLÍS BASTOS.....95

- Introduction..... 95
- Method.....96
- Family studies in the case of families formed by same-sex couples in Latin America 99
- Equal marriage as a presidential campaign promise in Costa Rica..... 102
- Discrimination exists and is recognized by the population..... 103
- Final considerations 111
- References..... 115

THE IACHR COURT RULING: ITS IMPACT ON COSTA RICAN MEDIA AND ELECTIONS, 2018

JOSÉ ANDRÉS DÍAZ GONZÁLEZ.....	117
- Background information	119
- Description of the corpus	121
- Analysis of the content	123
- Electoral impact of the IACHR Court's decision	128
- Final considerations	131
- References.....	133

THE RIGHTS OF SAME-SEX COUPLES IN THE FRAMEWORK OF COLOMBIAN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ.....	137
- Introduction	137
1) Conceptual and doctrinal approach to the Right to equality.....	138
2) The Right to Equality in the jurisprudence of the Constitutional Court and in doctrine.....	148
2.1. The equality trial according to the Constitutional Court	155
2.2. The European Equality Test used by the Court.....	156

2.3.	The U.S. equality test used by the Court	159
2.4.	The integrated judgment of equality applied by the Court	163
3.	The rights of same-sex couples in the jurisprudence of the Constitutional Court and the right to equality.....	165
3.1.	Cuestión previa.....	165
3.2.	Decision C - 075 of 2007. The protection of same-sex couples and their patrimonial regime	172
3.3.	Decision C - 811 of 2007. The protection of the right to health of same-sex couples	175
3.4.	Decision C - 336 of 2008. The protection of the right to pension substitution or survivor's pension for same-sex couples	177
3.5.	Decision C - 798 of 2008. The criminal protection of alimony in same-sex couples. The protection of the protected legal right of the same-sex family	179
3.6.	Decision C - 029 of 2009. The protection of same-sex couples through constitutional approval. Equal rights between homosexual and heterosexual couples.	181
3.7.	Ruling C - 577 of 2011. The protection of same-sex couples in relation to marriage and	

family. First borderline issue: equal marriage.....	183
3.7.1. Ruling SU-214 of 2016. Same-sex marriage is now a reality.....	188
3.8. Decision C - 238 of 2012. The protection of inheritance rights of same-sex couples ...	191
3.9. Protection of the right to adoption for same-sex couples. Second borderline issue: equal adoption	193
4. The rights of same-sex couples in International Human Rights Law (IHRL) and the position of the Inter-American Court of Human Rights in relation to the right to equality of same-sex couples: brief reference to the Atala case.....	194
4.1.The Atala case: a brief reference international jurisprudence.....	198
- Conclusions.....	201
- References.....	207

**JURISPRUDENTIAL RECOGNITION OF THE RIGHT OF SAME-SEX
COUPLES TO MARRY: CONSOLIDATION OF THE CONSTITUTIONAL
STATUS IN COSTA RICA AND COLOMBIA**

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

VALENTINA MARZOLA BONILLA.....211

- Introduction..... 212
- From the Legislative State to the Constitutional
State..... 214
- Judicial activism in Costa Rica and Colombia:
recognition of same-sex couples' right to marry..... 217
- Conclusion..... 225
- References..... 229

Peer evaluators 233

PRÓLOGO

PEDRO A. CAMINOS¹

El libro que el lector tiene entre sus manos, es un homenaje a la diversidad porque en primer lugar, existen diversas formas de vincularse, construir relaciones de pareja, y de amarse; y también, por la variedad propia que poseen los trabajos interdisciplinarios. Aquí, será posible encontrar trabajos sobre análisis del discurso periodístico, estadísticas, estudios cuantitativos para identificar las percepciones sociales, el impacto de decisiones de tribunales internacionales en el ámbito interno de los estados, la filosofía política de la igualdad y la democracia y, por último, sobre el análisis jurisprudencial en perspectiva comparada. Finalmente, se trata de un libro diverso por su intención de realizar una reflexión comparativa entre dos países, Colombia y Costa Rica, sobre un mismo fenómeno que, por sus características, es global.

El tema del libro puede ser estudiado desde muchos enfoques, tanto los que son efectivamente utilizados por sus autores, como por otras disciplinas y acercamientos teóricos. Mi propia formación

1 Docente de derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

es la de un abogado con inclinaciones teóricas, de manera tal que estas palabras iniciales sólo procurarán ofrecer un marco muy general, de tipo normativo, que le permita al lector reconstruir el contexto dentro del cual se dan las discusiones contemporáneas sobre la identidad de género, la orientación sexual y las políticas de reconocimiento que los estados pueden llevar adelante.

CULTURAS, IDENTIDADES, ESTADOS

El punto de partida para esa reflexión general está dado por los siguientes conceptos: cultura, estado, identidades e individuos. Desde una perspectiva clásica, el centro del análisis jurídico era el estado, el cual era entendido como una institución que monopoliza la creación del derecho y, en principio, tenía la competencia para regular de manera completa la vida de los seres humanos. El constitucionalismo liberal postuló una cierta concepción sobre el estado que procuraba organizar a esa institución de un modo que se garantizara a los individuos un ámbito que quedara libre de la interferencia estatal.

El constitucionalismo liberal, sin embargo, pronto recibió críticas provenientes de la tradición socialista. Según esta perspectiva, el estado constitucional liberal era ciego a las desigualdades sociales y, sobre todo, a la explotación económica. De ese modo, la institución estatal no sería otra cosa que una herramienta superestructural a través de la cual una clase, la propietaria, preservaría su dominación social y económica a expensas de la otra clase, la no propietaria. El Estado permitiría la reproducción de ese sistema de organización social que permite la desigualdad y la explotación.

El constitucionalismo liberal reaccionó a la crítica socialista adoptando la idea de igualdad de oportunidades. En la célebre

fórmula de Rawls, el Estado debe garantizar igual libertad a todos los individuos, pero puede adoptar medidas diferenciadas que tiendan a colocar en una mejor posición a aquellos que están peor. Un estado constitucional liberal no tiene por qué ser necesariamente ciego a las desigualdades o a la explotación económica. El surgimiento del constitucionalismo social fue, así, una justificación a las políticas de reconocimiento de las diferencias socio-económicas.

Sin embargo, adoptando una estructura muy similar a la crítica esbozada desde la tradición socialista, nuevas reivindicaciones de reconocimiento emergieron para señalar la ceguera del estado constitucional liberal y social, entre ellas se encuentran la cultura y la identidad. Son fenómenos que en muchos casos pueden colapsar, pero que es conveniente diferenciarlos. La cultura consiste en una forma de identidad grupal que asocia la membresía al grupo con una historia común y, además con un lenguaje, religión, creencias y puntos de vista compartidos. Dado que la cultura es una forma de identidad grupal, es común que existan instituciones grupales relativamente formalizadas (escuelas, iglesias, editoriales, etc.) que cumplen la función de reproducir y preservar esa historia común, junto con los otros elementos antes mencionados. Cuando esas instituciones debilitan o desaparecen, probablemente la cultura irá perdiendo densidad hasta que, finalmente, no exista un grupo que esté en condiciones de reivindicarse como su encarnación.

Lo que aquí llamo identidades, son rasgos que un individuo asume, de manera más o menos articulada o consciente, y que constituye su propia personalidad. No requieren necesariamente de la membresía de un grupo. De ese modo, la pertenencia a una cultura es un rasgo de la personalidad, pero no tiene por qué ser el único. Un individuo puede poseer varias identidades, es decir, identificarse con rasgos diferentes. Esto es lo que explica la

posibilidad de tensiones entre un individuo y un grupo cultural: tal vez una persona pertenece a una cultura comunitaria muy tradicional, cuyos valores religiosos consideran pecaminosas las prácticas homosexuales pero, al mismo tiempo, su deseo sexual y su visión de sí mismo lo conduzcan a adoptar una orientación contraria a la de los preceptos comunitarios.

Las críticas basadas en la cultura y las identidades comenzaron a señalar que el estado, incluso el constitucional liberal y social, contribuye a la reproducción y preservación de una cierta cultura en particular y/o de un determinado modelo de identidad individual, dificultando o reprimiendo la preservación y/o emergencia de culturas minoritarias o de nuevas identidades. De ese modo, la pretensión estatal de monopolizar la regulación jurídica en todos sus ámbitos, incluyendo el familiar, supondría la adopción de regulaciones que podrían ser más liberales (io más conservadoras!) que las de ciertos grupos culturales.

Piénsese, por ejemplo, en el divorcio. Su legalización es resistida por católicos, pero aceptada por ciertas confesiones protestantes. Cuando el divorcio no es legal, hace una diferencia entre grupos según sus creencias religiosas. Y, cuando es legal, sigue siendo una política adoptada en nombre de toda la comunidad política, pero que es considerada como esencialmente perversa por una de sus partes.

Algo similar ocurre con las identidades. La regulación legal del matrimonio puede no tratar por igual a todas las identidades si ella reproduce un cierto modelo hegemónico respecto de cómo debería ser la institución, por ejemplo, si se estipulara que sólo pueden unirse un hombre y una mujer. De ese modo, aun cuando el matrimonio esté jurídicamente disponible para todos, lo cierto es que se trataría de una institución ciega a la diversidad

y, por ello, excluyente de quienes no se ajustan a dicho modelo hegemónico.

Las reivindicaciones de las culturas y de las identidades son uno de los principales desafíos contemporáneos. Hemos avanzado mucho en entender que se trata de problemas a los que debemos prestar atención. Todavía queda un largo camino para desentrañar cuáles son las mejores políticas para responder a tales reclamos.

TENSIONES INEVITABLES

Una de las razones por las que la solución de estos problemas es compleja radica en que existen tensiones entre todos los elementos que identificamos hasta este momento. El Estado funda su pretensión de regulación en la satisfacción del interés público, es decir, el de la comunidad a la que representa. Pero, al mismo tiempo, el constitucionalismo liberal insiste en que hay restricciones al modo en que el estado puede perseguir el interés público y las reivindicaciones de la cultura y de las identidades ponen en cuestión la propia existencia de la comunidad o, al menos, que sea lo bastante homogénea como para adoptar medidas generales.

Al mismo tiempo, los grupos culturales exigen autonomía frente al estado para ser ellos quienes regulen al menos una parte de la vida de sus integrantes. El ejemplo de los pueblos originarios es una muestra de ello. Sin embargo, el constitucionalismo liberal y las reivindicaciones identitarias protestan, alegando que tal autonomía no puede ir en desmedro de los derechos humanos básicos ni tampoco favorecer la represión o supresión de identidades nuevas o alternativas.

Por último, las identidades exigen el reconocimiento de diversidades cada vez más singulares, lo cual adoptaría la forma de asignación de prerrogativas *ad hoc*, particulares, al estilo de las

antiguas regulaciones medievales. Pero, por supuesto, los grupos culturales sostienen que ello pone en riesgo su propia homogeneidad cultural, el constitucionalismo liberal asegura que, de ese modo, se vuelve imposible la construcción de un estado de derecho que regule la actividad pública a través de leyes generales que eviten las decisiones *ad hoc* de los funcionarios y el estado dirá que esto impone costos prohibitivos para un desempeño mínimamente eficaz de sus instituciones.

Este panorama, que puede parecer desalentador, es el que marca cuál es el primer paso: reconocer que es imposible satisfacer todas estas pretensiones simultáneamente. Toda decisión que tome tendrá ganadores y perdedores. Dado que no podremos maximizar a todas las reivindicaciones, al menos sí podremos *optimizarlas*, teniendo en cuenta las circunstancias en las que se tome cada decisión.

REPUBLICANISMO Y UNIONES DIVERSAS

El procedimiento decisorio para establecer una relación óptima entre las diversas reivindicaciones deberá ajustarse a varias características. Requerirá que se asegure la participación de todos los involucrados. Esa participación no debe ser meramente formal, sino que sus intereses deben ser genuinamente tenidos en cuenta. Las decisiones deberán basadas en razones que resulten aceptables para todos. Esto no quiere decir que sean efectivamente aceptadas, pero sí que exista un esfuerzo en indicarle a quien sea el “perdedor” de qué modo su interés fue efectivamente considerado y por qué la decisión está justificada y no es un mero capricho o acto arbitrario de quien tiene el poder.

Un procedimiento de estas características coincide bastante bien con el núcleo de la concepción política republicana. En efecto, el

republicanismo sostiene que el ideal político más básico es el de la libertad, entendida como ausencia de dominación. Una persona ejerce dominación sobre otra si la segunda está sujeta a la voluntad arbitraria de la primera. Esto significa que el dominador tiene el poder de tomar decisiones que afecten a la otra persona sin tener en cuenta sus intereses ni deberle explicación alguna.

El republicanismo propone suprimir la dominación, es decir, que ninguna persona quede sujeta a la voluntad arbitraria de otra. Por ello, todas las personas afectadas por una decisión tienen derecho a participar en el procedimiento que la precede y a que sus intereses sean tenidos en cuenta, así como también a que se haga explícita su justificación. El ideal republicano de la no dominación ofrece un mecanismo para tomar decisiones óptimas en la resolución de los reclamos y reivindicaciones que provienen del estado, del constitucionalismo liberal, de las culturas y de las identidades.

Por lo demás, el procedimiento decisorio republicano presupone una comunidad de ciudadanos y ciudadanas libres e iguales. La regulación legal de las uniones entre personas importa una forma en la cual el estado establece las condiciones de acceso a un bien para sus ciudadanos. Si la regulación vigente está diseñada de un modo que no trata a los ciudadanos como iguales en el acceso a ese bien porque privilegia cierto modelo de unión que excluye a determinadas identidades, entonces existen razones, fundadas en el ideal republicano, para reemplazar a dicha regulación por otra.

CONCLUSIÓN

Es en este contexto, en el que repúblicas latinoamericanas lidian con las reivindicaciones identitarias de ciudadanos que exigen que se haga realidad la promesa de formar parte de una comunidad de personas libres e iguales, se inserta este libro. Como se dijo,

el lector encontrará aquí un análisis del modo en que los medios de prensa construyen la imagen de las identidades, así como también cuál es la percepción que algunos ciudadanos tienen de ellas. Asimismo, se analizará por qué el reconocimiento de las uniones diversas es consustancial a la democracia. Y, finalmente, será posible determinar de qué manera el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional constituyen herramientas de suma importancia para la construcción de una república más inclusiva. El lector ponderará por sí mismo si las evidencias y razones que exponen los autores de esta obra tan relevante están encaminadas en la dirección de alcanzar una solución óptima a las tensiones que son típicas de la política contemporánea. Por mi parte, creo que el aporte que han hecho es, a todas luces, iluminador para una mejor comprensión del fenómeno.

CONSTRUCCIÓN DE LAS PERCEPCIONES DE LA SOCIEDAD COSTARRICENSE Y COLOMBIANA: LECTURAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI DESDE EL DISCURSO EN PRENSA ESCRITA

Laura Pamela Solís Bastos*

 <https://orcid.org/0000-0002-7434-221X>

INTRODUCCIÓN

En general, cada sociedad concibe sus realidades sociales desde un sentido identitario, específicamente a partir de una serie de normas, formas sociales de organización, representaciones simbólicas, así como elementos subjetivos; los cuales evidentemente deben ser reconocidos como elementos relevantes para la comprensión epistemológica de las percepciones sociales.

* Universidad Nacional de Costa Rica.

✉ laura.solis.bastos@una.ac.cr

Cita este capítulo:

Solís Bastos, L. P. (2021). Construcción de las percepciones de la sociedad costarricense y colombiana: lecturas sobre los derechos de las personas LGBTI desde el discurso en prensa escrita. En: Solís Bastos, L. P., Gómez Martínez, D. L. y Molina Hincapié, S. (Coords. académicos). *El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica* (pp. 37-68). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <https://dx.doi.org/10.35985/99789585134812.1>

Recepción/Submission: Mayo (May) de 2021.

Aprobación/Acceptance: Julio (July) de 2021.



Pero la interrogante es ¿cómo se construyen las percepciones?, éstas son reconocidas como las interpretaciones que las personas realizan de una realidad o situación específica a partir de aspectos como la experiencia personal, la opinión, la vinculación y arraigo a aprendizajes recibidos mediante instituciones sociales como la familia, la iglesia, y los centros educativos, así como los medios y formas de información y comunicación; a partir de estos aspectos se generan distintos criterios de la realidad social.

De acuerdo con lo anterior, sí se piensa en la población LGBTI, las percepciones que se generan en torno a esto son múltiples, debido a la forma en la cual ha sido vista ante la sociedad, al traspasar los límites de una estructura socialmente impuesta por el patriarcado en la que las únicas posibilidades de identificación han sido el ser hombre o el ser mujer; según el mandato biológico aunado a un patrón social de crianza desde el nacimiento.

La forma en la que se reflejan las percepciones sobre esta población podría evidenciarse en espacios de relevancia como los medios de comunicación, es por ello que se pretende analizar el contenido de notas de prensa, publicadas en Costa Rica y en Colombia, referentes a la cobertura de hechos específicos vinculados a la lucha por los derechos de la población LGBTI.

METODOLOGÍA

Es así como surge el interés por realizar este estudio cualitativo, con el objetivo de identificar los discursos presentes en las percepciones tanto de la sociedad costarricense, como de la sociedad Colombiana en relación con los avances en materia de derechos humanos de la población LGBTI; a través del análisis de notas de prensa publicadas en diarios de publicación nacional en cada uno de estos países.

Para el caso de Costa Rica se trabajó con una base de datos conformada por notas de prensa de tres diarios de circulación nacional, publicadas durante el periodo 2012-2017:

NOMBRE DEL DIARIO	TIPO DE DIARIO	NÚMERO DE NOTAS DE PRENSA
La Nación	Digital e Impreso	21
crhoy.com	Digital	11
El Mundo.cr	Digital	19
Total		51

Fuente: Elaboración propia.

Para el caso de Colombia se trabajó con una base de datos conformada por notas de prensa de tres diarios de circulación nacional, publicadas durante el periodo 2012-2017:

NOMBRE DEL DIARIO	TIPO DE DIARIO	NÚMERO DE NOTAS DE PRENSA
El espectador	Digital e Impreso	6
El Tiempo	Digital e Impreso	11
El País	Digital e Impreso	29
Total		46

Fuente: Elaboración propia

Cada una de estas noticias fue seleccionada a partir de un criterio base: identificar un vínculo con casos de posible violación de derechos humanos hacia la población LGBTI.¹

1 La búsqueda de noticias y elaboración de la base de datos estuvo a cargo de Karla Hernández Hernández y José Andrés Betanco Pérez, estudiantes asistentes del Programa Umbral Político.

La palabra delito tiene diferentes acepciones, pero para la Real Academia Española este se define como: “*Culpa, quebrantamiento de la ley. Acción o cosa reprobable*”.

Pero desde el sentido de los derechos humanos, tanto las normas sociales institucionalizadas, así como los esquemas morales podrían ser contraproducentes para la población LGBTI; en el tanto desde las percepciones podría llegar a ser despectivas frente a las conductas asociadas tanto a la autodefinición genérica, así como a su preferencia sexual.

Y justamente desde el sentido jurídico existe el término delito diverso, pero no es lo mismo esto, a decir que ser diversa sea delito, de forma tal que la población LGBTI, por el hecho de ser persona no debe ser despojada de sus derechos humanos, ya que estos son inherentes per se, por tanto deben ser respetados como tal.

Hechos sociales en los que se muestra una evidente discriminación hacia este grupo poblacional, deben ser reconocidos como violencia, es importante que los Estados mantengan un monitoreo del avance de procesos sociales, institucionales y jurídicos direccionados al reconocimiento de la igualdad de derechos de estas personas con respecto al resto a la población, en procura de garantizar su legitimidad.

A su vez, debe también identificarse la existencia de violencia social, en el tanto no sólo el reconocimiento a nivel legal y normativo por parte de los Estados es suficiente, es necesario un proceso de reflexión, aceptación y convivencia pacífica en el que se reconozca al colectivo LGBTI como sujeto social, con los mismos derechos que la población heterosexual.

LUCHAS LGBTI EN CONTEXTO

El caso colombiano y el costarricense, muestran ciertas similitudes en el marco de los procesos de lucha por el reconocimiento de los derechos de la población LGBTI.

Colombia, tuvo una apertura a la discusión de los derechos de la población LGBTI más temprana que la costarricense, en tanto, según Colombia Diversa², en el 2005 ya se iniciaba la lucha por los derechos patrimoniales, en el 2007, La Corte Constitucional reconocía el derecho a conformar un patrimonio conjunto a parejas del mismo sexo, mediante la Sentencia C-075, para ese mismo año se lograba otro alcance por medio de la Sentencia C-811, se dio el reconocimiento del derecho a afiliación al sistema de seguridad social de parejas del mismo sexo, en 2008 reconoció el derecho de las parejas permanentes del mismo sexo a ser beneficiarias de pensión de sobrevivencia, a partir de la sentencia Sentencia C-336, en el año 2009, la Corte Constitucional extendió una serie de derechos civiles, penales, sociales, económicos y migratorios a las parejas del mismo sexo, mediante la Sentencia C-029.

De esta forma, el movimiento social y su lucha por los cambios, favoreció el reconocimiento, y de forma paulatina los derechos de la población LGBTI se fueron gestando, principalmente a través de un camino, la presentación de demandas ante la Sala Constitucional, a pesar de los alcances señalados y algunos otros más presentes en la historia, el matrimonio se tardó y fue hasta 2016 que Sala Plena de la Corte Constitucional avaló la figura de la unión entre parejas conformadas por personas del mismo sexo.

2 Revisión detallada de la línea del tiempo publicada en el sitio web <https://colombiadiversa.org/noticias/linea-tiempo-derechos-parejas-del-sexo/> para la identificación de hechos de mayor relevancia.

Por su parte, para el caso costarricense, hubo movimientos sociales que reconocían y procuraban visibilizar la desigualdad en el acceso a los derechos, pero la gestión de acciones legales concretas que procuraron su reconocimiento se dan de forma más tardía que en Colombia, algunos de los hechos más concretos se señalan en la Guía Corta Situación de derechos de las personas LGBTI en Costa Rica, donde Chinchilla, Valenciano y Hernández (2018) en el 2008 mediante el Decreto Ejecutivo N° 34399-S, se declaró el 17 de mayo como el “Día Nacional contra la Homofobia”, por otra parte en el año 2015 el Poder Ejecutivo por medio del Decreto N° 389995, establecía como responsabilidad que cada órgano del Poder Ejecutivo debía crear la “Comisión Institucional para la Igualdad y la no Discriminación hacia la Población Sexualmente Diversa”, esto refleja que el decreto ejecutivo fue uno de los primeros caminos que permitieron reformas en lo normativo para el reconocimiento de derechos en Costa Rica, una de las primeras acciones se dio en 2014, con la reforma al Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS) mediante el Acuerdo N° 8744, se permite el acceso al seguro social de parejas del mismo sexo por beneficio familiar, es así como posteriormente se van dando otras acciones, en el año 2015 basado en este decreto se dan reformas en la definición de compañero o compañera lo que dio el acceso a otorgamiento de licencias en caso de enfermedad grave o fallecimiento para las parejas del mismo sexo, a su vez en 2018 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, emitió la “Directriz N° MTSS-DMT-DR-5-2018: 12 de abril, 2018” para incorporar el beneficio de pensión por muerte a parejas del mismo sexo.

Los cambios más significativos, vienen partir de dos líneas en el caso costarricense, la primera de ellas a partir de la Opinión OC-24/17, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dada a conocer el 9 de enero de 2018, en la que se establece la

obligatoriedad del Estado Costarricense de reconocer los derechos tanto de identidad sexual, como de la unión de las parejas del mismo sexo, sin distinción de las parejas heterosexuales. La segunda de ellas a partir de la sentencia 2018-012782 de la Sala Constitucional mediante la cual se declara inconstitucional la prohibición del matrimonio.

Tanto en el caso de Colombia como de Costa Rica, dentro del proceso de reconocimiento se estableció un periodo para que el Congreso legislara al respecto, hecho que no ocurrió, debido a las distintas posturas dentro de los grupos políticos, por lo que al vencer el tiempo, entró en vigencia la posibilidad del reconocimiento de las uniones del mismo sexo. Sin embargo es necesario destacar que el matrimonio no concreta por sí mismo el reconocimiento de los todos los derechos que históricamente han sido negados a la población LGBTI, por lo cual la lucha continua.

- **LOS DISCURSOS EN LA PRENSA ESCRITA EN COLOMBIA Y COSTA RICA EN EL MARCO DE LUCHA POR LOS DERECHOS LGBTI**

Las notas de prensa seleccionadas en este estudio cubren parte de los hechos ocurridos en ambos países suscitados en el marco de la discusión en la agenda política en torno al reconocimiento de los derechos de la población LGBTI.

Es de suma relevancia identificar la forma en la que se construyen los discursos sobre esta población y sus derechos, y comprender las posturas que emergen del contenido de las notas de prensa, como reflejo de una realidad social que se entreteje a partir de los distintos actores y posturas frente a esta deuda histórica de su reconocimiento.

No es sino en los últimos años, cuando en nuestra región latinoamericana empieza a reducirse la tendencia a invisibilizar o minusvalorar todo lo referido a las personas y grupos de Gays, Lesbianas, Bisexuales, Transexuales y Travestís (GLBTT). Me refiero a ese otro concreto, desde sus organizaciones hasta sus pensamientos y sobre todo sus subordinaciones, humillaciones, reivindicaciones y luchas (Gómez Meza, 2011 p. 7).

Es válido preguntarse, ¿Por qué el reconocimiento de los derechos de la población LGBTI se convierten en noticia?, frente a la sociedad costarricense y colombiana este hecho se convierte en un tema de interés que reporta lo atípico, frente a un sector aún conservador que considera que este grupo poblacional tiene una conducta que va en contra de lo socialmente establecido; pero además, refleja que desde otra perspectiva se vienen gestando transformaciones sociales y políticas en las que la gestión de la visibilidad de este colectivo, y la lucha por sus derechos no debe ser una novedad, sino una realidad.

Es así como el caso de Colombia y Costa Rica, reflejan esta realidad fragmentada, con distintas aristas sobre el reconocimiento de los derechos de la población LGBTI, y que claramente se diferencian al observar sus titulares.

El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica

DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/99789585134812>

NUBE DE PALABRAS TITULARES NOTICIAS SELECCIONADAS DE COLOMBIA



Fuente: Elaboración propia, empleando el sitio web <https://www.nubedepalabras.es/>

Los titulares suelen ser de suma relevancia para generar atracción de parte de la persona lectora sobre el contenido de la noticia, dado que usualmente es lo que se lee primero, y que permite tomar la decisión de continuar con el resto de su contenido o descartarlo. Por lo cual, el titular debe ser representativo de su contenido, razón

por la cual al realizar un análisis mediante la herramienta de nube de palabras es posible visibilizar las palabras empleadas con mayor frecuencia en las notas de prensa en estudio, las cuales se representan a través del tamaño, acorde al número de veces de mención.

A partir de las nubes de palabras generadas, se observan similitudes en los titulares de las noticias en estudio correspondientes a ambos países, de tal forma, que la palabra que se muestra mayoritariamente es la de matrimonio, la cual no es casual, en tanto dentro de la lucha por los derechos LGBTI se ha tendido a considerar que este es el principal derecho por reconocer, sin embargo, es necesario señalar que si bien, la figura del matrimonio implica el acceso a una serie de derechos concomitantes, esto no implica que la lucha en si concluya con su aprobación, por el contrario persisten una serie de condicionantes a nivel institucional y normativo que implican la reivindicación de otros derechos que históricamente han sido negados.

Seguidamente, es posible determinar que otras de las palabras empleadas hacen alusión términos con los que se identifica a esta población, tales como: LGBTI, gay, parejas del mismo sexo, homosexuales, lo cual plantea que se convierten en el foco de atención de la noticia, generalmente condicionado a hechos en discusión, asociados al reconocimiento de la unión de las parejas del mismo sexo, tales como los posicionamientos de actores clave del Estado que son el presidente, las personas congresistas, y políticas; pero, además, se observan posiciones de otros actores de relevancia, tales como representantes de la iglesia católica, los cuales desde su criterio manifestaron un claro rechazo a estas uniones; asimismo se presenta principalmente para el caso de Colombia, instancias de relevancia como la Corte Constitucional y la Procuraduría, así como de actores vinculados como los jueces y notarios.

Finalmente, en torno a los derechos que se presentan en los titulares, tal como se mencionó anteriormente, el matrimonio se identifica como el derecho de mayor mención, sin embargo no es el único presente, en tanto aparecen otros tales como la adopción, la unión civil; asimismo se muestra un rechazo hacia acciones violentas contra personas de la comunidad LGBTI en Colombia específicamente, dado que se destaca de forma indirecta el derecho a la seguridad.

En cuanto al contenido de los textos de las notas de prensa seleccionadas, es posible identificar que en ambos países hay puntos de similitud, en la forma en la que se abordan las notas de prensa, por lo que para efectos del análisis de la información de han clasificado en tres categorías: discursos en alusión al aspecto normativo, conformación y reconocimiento de la familia, conservadurismo político desde el discurso religioso.

Discursos en alusión al aspecto normativo: es necesario señalar que la identidad de género se enmarca desde una visión tradicional y un sentido heteronormativo, como una lógica que responde al mandato social sobre el cómo ser hombre o el cómo ser mujer, es por ello que suele ser común identificar este tipo de discursos, donde se señala la necesidad de mantener el orden ya establecido, para ambos casos en estudio, el ejemplo más relevante respecto a esto, se observa en torno a la discusión sobre la posibilidad de cambios en normas establecidas en la constitución política, en códigos, y en leyes, sustentados en los cambios sociales que responden a la sociedad contemporánea.

Debe recordarse también que toda norma reguladora de este o cualquier otro problema, debe atemperarse a las verdaderas condiciones sociales existentes en el ámbito en el que va a regir, sin que sean suficientes calcos o traspolaciones que,

más que coadyuvar a un desenvolvimiento satisfactorio de la convivencia en sociedad, pueden propiciar, por el contrario, un inadecuado clima que desarrolle modelos de comportamiento ajenos a la fraternidad, la tolerancia, la justicia, el respeto a las diferencias y la defensa de la igualdad, como valores que el derecho debe siempre asegurar y defender (Valdés, 2007 p. 289)

En el caso de Colombia, fue frecuente el observar notas de prensa que señalaban argumentos sobre la interpretación de la Constitución Política, en torno a las uniones y a la figura del matrimonio, en la que actores de corte más conservador reiteraban que la única unión que debe reconocerse es la conformada por un hombre y una mujer; sin embargo, otros actores más progresistas apuntaron al reconocimiento de los derechos humanos, sin distinción de la preferencia sexual.

TABLA 1. EXTRACTOS DE NOTAS DE PRENSA QUE EJEMPLIFICAN DISCURSOS EN ALUSIÓN A ASPECTOS NORMATIVOS DE LA LUCHA POR LOS DERECHOS DE LA POBLACIÓN LGBTI EN COLOMBIA

NOTA DE PRENSA	EXTRACTO DE NOTA DE PRENSA
Dos miradas al fallo que aprobó el matrimonio igualitario. Abril 09, 2016 - 05:00 a.m. Por: Redacción de El País.	La Constitución dice claramente que las familias se constituyen por la unión de un hombre y una mujer o por la voluntad responsable de conformarla. Ellos no quieren leer la parte final de este artículo y en él se están las madres solteras, los padres solteros, las familias reconfiguradas y las familias sociales, por lo que esos argumentos son de miopía jurídica. <i>Germán Rincón, defensor LGBTI.</i>

El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica

DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/99789585134812>

NOTA DE PRENSA	EXTRACTO DE NOTA DE PRENSA
<p>Procuraduría gana tutela contra Juez que legalizó matrimonio gay en Colombia.</p> <p>Octubre 02, 2013 - 12:00 a.m. Por:</p> <p>Elpaís.com.co Colprensa.</p>	<p>No hay fundamento jurídico para establecer el matrimonio entre parejas homosexuales sino que el matrimonio sigue siendo exclusivo en Colombia entre el hombre y la mujer”. Al respecto, el director de esa Fundación, expresó que dicha determinación se profirió en derecho, en el marco de la Constitución y la Ley, “se ha sabido respetar en ese orden de ideas la institución familiar configurada por el hombre y la mujer”. <i>Javier Suárez, Director, Fundación Marido y Mujer.</i></p>
<p>El caleño que buscó la aprobación del matrimonio igualitario en Colombia.</p> <p>Agosto 16, 2015 - 12:00 a.m. Por:</p> <p>Jessica Villamil Muñoz / Reportera de El País.</p>	<p>El Congreso está sesgado, tiene posiciones muy conservadoras y así nunca va a haber un reconocimiento de los derechos de la población LGTB. Mientras que la Corte Constitucional ha aprobado 55 sentencias, entre esas, el derecho a la salud, a la pensión, derechos patrimoniales.</p> <p>Por eso le decimos al Gobierno Nacional que seguiremos insistiendo vía Corte Constitucional porque ha sido la única que ha estado en disposición de aprobar nuestros derechos. <i>Luis Felipe Rodríguez, Estudiante de derecho, Universidad Santiago de Cali, Presentó tutela para casarse.</i></p>
<p>Procuraduría gana tutela contra Juez que legalizó matrimonio gay en Colombia</p> <p>Octubre 02, 2013 - 12:00 a.m. Por:</p> <p>Elpaís.com.co Colprensa</p>	<p>Los jueces están obligados a sujetarse al principio de legalidad y no falsear la Constitución, ni extralimitarse en sus funciones”. Por estos motivos, la Fundación solicitó la destitución de los mencionados administradores de justicia, “es así como pedimos les sea destituidos de sus cargos como sanción disciplinaria, se revise la carga punitiva para una sanción penal y les sea retirada la tarjeta profesional” <i>Javier Suárez, Director, Fundación Marido y Mujer.</i></p>

Fuente: *Elaboración propia*

A su vez, otro aspecto que se observó en las notas de prensa referente a este aspecto normativo, que vale la pena destacar, es la dinámica que se presentó entre el ejercicio del poder legislativo y el poder constitucional, y los debates que en referencia al ma-

rimonio homosexual generaron debate sobre la competencia de cada cual, en puntos específicos como la creación pero además en la interpretación de la legislación.

Mientras que, para el caso de Costa Rica, las notas de prensa reflejan igualmente la gran relevancia que surge respecto a la interpretación de la constitución política, así como del Código de familia, como medio para abrir o cerrar la puerta al reconocimiento de las uniones y del matrimonio de personas del mismo sexo.

TABLA 2. EXTRACTOS DE NOTAS DE PRENSA QUE EJEMPLIFICAN DISCURSOS EN ALUSIÓN AL ASPECTO NORMATIVO DE LA LUCHA POR LOS DERECHOS DE LA POBLACIÓN LGBTI EN COSTA RICA

NOTA DE PRENSA	EXTRACTO DE NOTA DE PRENSA
<p>PUSC acepta como válidos derechos de las parejas del mismo sexo</p> <p>ACTUALIZADO EL 01 DE OCTUBRE DE 2016 A LAS 03:10 PM</p> <p>POR SOFÍA CHINCHILLA sofia.chinchilla@nacion.com</p>	<p>“Este es un reconocimiento de algo que está en todos los instrumentos de derechos humanos y en la Constitución Política, lo que pasa es que es una manifestación expresa para que no quede duda de cuál es la posición nuestra”, dijo Muñoz. <i>Pedro Muñoz, Partido Unidad Social Cristiana.</i></p>
<p>Epsy Campbell: Es hora de discutir y aprobar el matrimonio igualitario.</p> <p>Por Luis Manuel Madrigal -</p> <p>17 Mayo, 2016</p>	<p>Campbell Barr recordó que la Constitución Política garantiza la igualdad ante la ley de toda la población costarricense, por lo que resulta injustificable que una persona mayor de 18 años no posea el derecho a elegir como cónyuge a quien así escoja, sea o no de su propio sexo.</p> <p>“La cédula de identidad es del mismo tamaño para todos y todas. Ya es hora de dar un paso adelante en la historia y modificar las normas legales que prohíben a dos personas construir un proyecto de vida juntas, por una razón tan injusta como su sexo”, declaró la diputada oficialista.</p>

El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica

DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/99789585134812>

<p>Ligia Fallas: “Esta sociedad es demasiado conservadora y obstaculiza uniones de homosexuales”</p> <p>Por Miren Martínez de Muniain -</p> <p>26 Febrero, 2016</p>	<p>Respecto a la Constitución Política asegura que “tampoco dice que el matrimonio debe ser entre hombre y mujer, así que mi pareja y yo decidimos presentar la sentencia Artala Riffo contra Chile. Karen Atala Riffo demandó al Estado chileno ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por discriminación después de que la Corte Suprema de ese país le negara la tutela de sus 3 hijas producto de su convivencia con una pareja homosexual. Una de las consideraciones de la Corte Interamericana fue que una pareja del mismo sexo es familia, Si esto ya está declarado en América y el artículo 53 de la Constitución Política de nuestro país dice que la base esencial de la familia es el matrimonio, entonces no nos pueden negar el matrimonio desde el punto de vista de los derechos internacionales y de la convencionalidad”, relata con contundencia. Marco Castillo, dirigente del Movimiento Diversidad</p>
<p>Diputados proponen prohibir referendums en materia de derechos humanos</p> <p>Por Luis Manuel Madrigal -</p> <p>1 Diciembre, 2015</p> <p>Cuesta de Moras, 01 dic (elmundo.cr)</p>	<p>La diputada del Partido Liberación Nacional (PLN), Sandra Pizk junto con el apoyo de Epsy Campell, Ottón Solís (PAC) y Patricia Mora (FA) presentaron a la corriente legislativa un proyecto de Ley de Reforma Constitucional que plantea prohibir referendums en materia de derechos humanos.</p> <p>Se trata de una reforma al artículo 105 de la Constitución, que elevaría lo dispuesto por la Sala Constitucional en su sentencia 2010-13313 a la Constitución Política en el sentido de que las mayorías no pueden decidir sobre los derechos de las minorías.</p> <p>Un caso concreto de eso fue la idea de desarrollar un referéndum para decidir si se reconocía la unión entre personas del mismo sexo, denominado referéndum del odio por parte de las organizaciones en defensa de las personas sexualmente diversas. Si bien el Tribunal Supremo de Elecciones había dado luz verde para hacerlo, la Sala IV se lo trajo abajo.</p>

Fuente Elaboración propia

En este caso, además se visibiliza la lucha por los derechos de la población LGBTI, llevada a cabo ante distintas instancias con capacidad de incidencia en el plano normativo, como lo

es el poder Legislativo, el poder Ejecutivo, y el poder Judicial, entre otras, ante diferencias iniciativas que surgieron en pro del reconocimiento de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, pero además de iniciativas que pretendieron limitar el acceso a estos derechos.

Es relevante señalar que desde el poder Ejecutivo, en los últimos años, este tema tomó gran relevancia, y se llevaron a cabo distintas gestiones que favorecieron el camino en el reconocimiento de los derechos de esta población, dado que, incluso ante el escenario indiscutible señalado por la CIDH, referente a la deuda histórica con la comunidad LGBTI, y a la obligatoriedad del Estado costarricense de acatar lo indicado en la OC-24/17, surgieron iniciativas de parte de partidos políticos con ideología de corte religioso que incluso promovieron revivir dentro de la corriente legislativa proyectos de ley que reconocían la unión de hecho, y esto con tal de prever que no lograra entrar en vigencia el llamado matrimonio igualitario.

Por otra parte, para ambos países, en algunas notas de prensa, también se hizo alusión a los derechos de las llamadas “minorías”, en referencia a la comunidad LGBTI, por ejemplo, en Costa Rica en el año 2010 surgió la discusión sobre la posibilidad de llevar a cabo un referéndum, como consulta popular del proyecto de ley de unión civil entre personas del mismo sexo.

De acuerdo con lo anterior, se señala en la sentencia 2010-13313 de la Sala Constitucional de Costa Rica

Los derechos de las minorías, por su carácter irrenunciable, constituyen un asunto eminentemente técnico-jurídico, que debe estar en manos del legislador ordinario y no de las mayorías proclives a su negación”, dicta la sentencia de la Constitucional en el 2010.

Por otra parte, para el caso de Colombia, también hubo pronunciamientos al respecto de la consulta ciudadana, por ejemplo en la nota de prensa *Las otras batallas jurídicas por las que luchará la comunidad LGBTI*, publicada por *El País*, en el año 2015 se señala que “El expresidente Álvaro Uribe dijo, a su vez, que la justicia no puede imponer reglas de sociedad sin consultar al pueblo” (*El País*|Colprensa, 2015), pero por otra parte, en este mismo medio, se publica en 2016 la nota de prensa *Dos miradas al fallo que aprobó el matrimonio igualitario*, en la que se muestra una posición en la que esto sería contraproducente.

En cuanto a la idea de hacer una consulta ciudadana para resolver si matrimonios homosexuales pueden o no adoptar, propuesta por la congresista liberal Viviane Morales, dijo que los derechos humanos no pueden ser sometidos a estos mecanismos de participación ciudadana, porque las mayorías aplastarían a las minorías y solo existe la democracia cuando se les da garantía, reconocimiento y validación a las minorías políticas, étnicas, religiosas, sexuales y de pensamiento (*El País*, 2016).

En referencia a lo anterior, se destaca que desde el aspecto normativo, la sociedad establece el ideal del deber ser, en este caso, sin cabida para el reconocimiento de la figura de la familia conformada por parejas del mismo sexo, pero ciertamente los mismos cambios en las dinámicas sociales van planteando la necesidad de reconocer estos escenarios emergentes para revalorar lo establecido.

Conformación y reconocimiento de la familia: un tema que ha estado presente en el marco de la lucha por los derechos de la población LGBTI, es sin duda el reconocimiento de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, en tanto siempre ha estado presente el debate respecto a cómo se concibe la familia desde el aspecto normativo, pero además desde el aspecto social.

Tal como apunta Gómez (2011), la lucha por los derechos humanos de esta población ha marcado un camino de visibilidad del colectivo, en el marco de realidades concretas y cotidianas, sin embargo en esta materia se apunta a identificar que ha habido un proceso de inversión ideológica en el discurso jurídico, en tanto “La inversión ideológica consiste en que los grupos gays obtengan los derechos que han disfrutado otros grupos (los grupos heterosexuales mayoritarios que monopolizan las instituciones sociales), y que tradicionalmente se habían negado a los gays y lesbianas” (Gómez, 2011, p. 11).

Y es que la conformación de la familia tradicional, heterosexual, ha marcado las pautas normativas y sociales en seguimiento a un deber ser, que es reafirmado desde un sentido conservador de la visión de familia y que ha trascendido hasta los discursos presentes en las notas de prensa estudiadas.

En Colombia, se reconoce que en los discursos presentes en las notas de prensa estudiadas, hay dos posturas, una en defensa del modelo tradicional de familia, y otra defendiendo el reconocimiento de la familia conformada por parejas del mismo sexo, esto en concordancia a su vez con los discursos que señalan los distintos actores de esta coyuntura.

TABLA 3. EXTRACTOS DE NOTAS DE PRENSA QUE EJEMPLIFICAN DISCURSOS EN ALUSIÓN A LA CONFORMACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LA FAMILIA, EN LA LUCHA POR LOS DERECHOS DE LA POBLACIÓN LGBTI EN COLOMBIA

NOTA DE PRENSA	EXTRACTO DE NOTA DE PRENSA
<p>Los triunfos jurídicos de la comunidad gay en Colombia en los últimos años.</p> <p>Abril 07, 2016 - 12:00 a.m. Por:</p> <p>Elpais.com.co Colprensa.</p>	<p>La Corte Constitucional en el fallo de tutela T-716 de 2011, determinó por primera vez, de forma clara y taxativa, que las parejas del mismo sexo sí son familia. Esto por cuanto, la condición sexual no es un aspecto que defina esa institución. Luego, en el fallo C-577 de 2011, la Corte dio un plazo de dos años al Congreso para que legislara de manera integral un déficit de derechos evidenciado para la comunidad LGBTI y señaló que si eso no pasaba, las parejas del mismo sexo podían acudir a juez o notario para formalizar su unión.</p>
<p>Procuraduría gana tutela contra Juez que legalizó matrimonio gay en Colombia.</p> <p>Octubre 02, 2013 - 12:00 a.m. Por:</p> <p>Elpais.com.co Colprensa</p>	<p>Fundación Marido y Mujer aplaude la decisión Así lo confirmó la fundación Marido y Mujer que aseguró que la decisión se tomó tras admitir una tutela, “no hay fundamento jurídico para establecer el matrimonio entre parejas homosexuales sino que el matrimonio sigue siendo exclusivo en Colombia entre el hombre y la mujer”. Al respecto, el director de esa Fundación Javier Suárez, expresó que dicha determinación se profirió en derecho, en el marco de la Constitución y la Ley, “se ha sabido respetar en ese orden de ideas la institución familiar configurada por el hombre y la mujer”. Asimismo Suárez precisó que “es un antecedente sin precedentes en el país, establecer que lo que procede para las uniones entre homosexuales es un contrato civil que reconoce los derechos en salud, en pensión, a heredar el patrimonio de la pareja y a la pensión”.</p>

NOTA DE PRENSA	EXTRACTO DE NOTA DE PRENSA
<p>Parejas gay rechazan el contrato solemne y buscarán con tutela el derecho a casarse.</p> <p>Junio 20, 2013 - 12:00 a.m. Por: Elpais.com.co Resumen de Agencias</p>	<p>“Queremos un reconocimiento total frente a la sociedad y que somos familia y pareja... realmente el matrimonio civil es un reconocimiento social y de la existencia de lo que nosotros somos” como pareja, dijo Sandra Marcela Rojas, de 42 años, quien en los últimos ocho años ha convivido con Adriana González, de 43 años. Este nuevo contrato “es un invento de los notarios... ninguna ley lo respalda, no se sabe quién lo disuelve y a qué se tiene derecho” explicó en diálogo telefónico la abogada Marcela Sánchez, directiva de la organización no gubernamental Colombia Diversa que trabaja por los derechos de la comunidad gay. Ya antes de la decisión de la Corte y el fracaso legislativo las parejas gay en Colombia podían registrar ante un notario las llamadas uniones de hecho o uniones civiles sin que ello constituyera un matrimonio ni les permitiera disfrutar de todos los derechos. Por ello para Sánchez el nuevo contrato es un retroceso frente a la unión civil. “Yo no sé quién lo va a usar, primero porque le tengo miedo a los riesgos (legales) y segundo por dignidad; nosotros no estamos luchando por un ‘contratito’ sino por el derecho pleno al matrimonio”, aseguró la activista.</p>
<p>Corte Constitucional deja en firme el matrimonio igualitario en Colombia.</p> <p>Enero 26, 2017 - 12:00 a.m. Por: Elpais.com.co Colprensa</p>	<p>Para la Corte las parejas del mismo sexo tienen derecho a formar una familia, sin discriminación, en libertad y con dignidad, por lo cual las uniones celebradas por notarios y jueces son legítimas. En esa oportunidad, la Corte señaló que toda persona es libre y autónoma para formar una familia de forma natural, en una unión marital de hecho, en unión solemne y en matrimonio civil, acorde con su orientación sexual recibiendo igual trato de la constitución y la ley. La Corte estableció que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo debe tratarse en condiciones similares a como se adelanta una unión entre parejas heterosexuales.</p>

El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica

DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/99789585134812>

NOTA DE PRENSA	EXTRACTO DE NOTA DE PRENSA
<p>Cara a cara: senadores exponen posturas a favor y en contra del matrimonio igualitario.</p> <p>Abril 17, 2013 - 12:00 a.m. Por:</p> <p>Jessica Villamil Muñoz y Fenner Ortíz Reporteros de El País.</p>	<p>La Corte dice en su sentencia que la familia no es solo un hombre y una mujer como lo contempló el Artículo 42 de la Constitución, que puede ser conformada por una madre y su hijo o por una pareja homosexual, no habla de matrimonio sino de unión solemne, pero si no se legisla, la decisión de la Corte quedará a interpretación de los notarios y habrá un limbo jurídico. La Iglesia Católica dice que ese paso puede desestabilizar la familia...Los homosexuales han existido siempre y no han desestabilizado la familia ni la inherencia de la especie humana a procrear.</p>
<p>Gobierno y organizaciones defienden matrimonio igualitario en Colombia.</p> <p>Julio 30, 2015 - 12:00 a.m. Por:</p> <p>Elpaís.com.co Colprensa</p>	<p>“No existe ningún motivo que en este caso justifique un trato diferenciado entre las parejas heterosexuales y las homosexuales; desde el punto de vista estrictamente jurídico ambas constituyen familia en cuanto tienen un proyecto de vida común, con vocación de permanencia y basado en el afecto, el respeto y la solidaridad. Tanto las uniones homosexuales como las heterosexuales deben contar con los mismos instrumentos jurídicos para dotar de consecuencias legales a esa realidad social”, dijo el Ministro. <i>Yesid Reyes, ministro de Justicia</i></p>

Fuente: *Elaboración propia*

En torno a los discursos a favor de los derechos de la población LGBTI, se destacan argumentos que procuran recalcar que las parejas del mismo sexo sí son familia, y que por consiguiente deben tener todos los derechos que este reconocimiento conlleva, a su vez no hay razón por la que deban prevalecer formas de discriminación hacia estas parejas; por otra parte los opositores a esto, señalan que el matrimonio es exclusivo de la unión de hombre y mujer, que existe otra figura mediante un contrato civil que podría reconocer ciertos derechos a estas parejas.

Para el caso costarricense, los discursos igualmente se presentan en estas dos posturas de parte de diferentes actores, a favor

del reconocimiento de la figura de familia y de sus derechos, y en contra, con argumentos que destacan el contenido religioso que fundamenta las razones para proteger la figura de la familia tradicional.

TABLA 4. EXTRACTOS DE NOTAS DE PRENSA QUE EJEMPLIFICAN DISCURSOS EN ALUSIÓN A LA CONFORMACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LA FAMILIA, EN LA LUCHA POR LOS DERECHOS DE LA POBLACIÓN LGBTI EN COSTA RICA

NOTA DE PRENSA	EXTRACTO DE NOTA DE PRENSA
<p>Luis Guillermo Solís: ‘Me comprometí con sociedades de convivencia, no con matrimonio igualitario’.</p> <p>ACTUALIZADO EL 15 DE DICIEMBRE DE 2016 A LAS 12:19 PM</p> <p>POR NATASHA CAMBRONERO natasha.cambronero@nacion.com</p>	<p>“En el Movimiento Diversidad creemos que el proyecto de sociedades de convivencia es un proyecto que se justificó hace unos diez años, cuando las condiciones jurídicas y sociales era diferentes, ahora ya no se justifica. No se justifica porque internacionalmente, ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que las parejas del mismo sexo somos familia, al reconocernos como familia y siendo que nuestra Constitución (Política) dice que la base esencial de la familia es el matrimonio, no hay ninguna justificación para que no se los reconozca el matrimonio y en ese sentido, no estamos de acuerdo con la posición del señor presidente de la República”, afirmó Castillo. <i>Marco Castillo, Movimiento Diversidad.</i></p>
<p>Parejas del mismo sexo unidas legalmente.</p> <p>ACTUALIZADO EL 12 DE DICIEMBRE DE 2015 A LAS 11:50 PM</p>	<p>“Ahora, lo mío es de él y lo de él es mío, y nadie puede hablar nada”, manifestó Gerald.</p> <p>Sí, la unión de hecho entre una pareja gay ocurrió en Costa Rica, a pesar de que la iglesia Católica y los diputados del bloque cristiano aprovechaban cualquier espacio público para defender la “familia tradicional” y evitar que algo como lo que pasó se convirtiera en realidad.</p>

El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica

DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/99789585134812>

NOTA DE PRENSA	EXTRACTO DE NOTA DE PRENSA
<p>A solicitud de grupos LGBTI Gobierno sustituye proyecto para legalizar uniones gays.</p> <p>ACTUALIZADO EL 10 DE AGOSTO DE 2015 A LAS 07:05 PM</p> <p>Prioriza relaciones de hecho sobre sociedades de convivencia</p> <p>POR NATASHA CAMBRONERO natasha.cambronero@nacion.com</p>	<p>“El Gobierno de la República prefiere no regular por una figura específica a las parejas homosexuales, como serían las sociedades de convivencia y en su lugar, prefiere utilizar figuras ya reconocidas en el derecho de familia”, justificó el viceministro de la Presidencia, Luis Paulino Mora.</p>
<p>Proyecto de Ligia Fallas para matrimonio igualitario no fue consultado a organizaciones LGBT</p> <p>Por Luis Manuel Madrigal - 17 Marzo, 2015</p> <p>San José, 17 mar (elmundo.cr)</p>	<p>La propuesta de Ligia Fallas pretende reformar el Código de Familia, permitiendo así el matrimonio entre personas del mismo sexo y que estas puedan adoptar niños. Los diputados evangélicos ya anunciaron su completa oposición al proyecto y harán todo lo posible por obstaculizarlo.</p>

Fuente: Elaboración propia

Para el momento de publicación de las notas de prensa, en Costa Rica aún no era validada ninguna figura que representara la unión de las parejas del mismo sexo, las discusiones se centraban en el hecho del significado de la familia para la sociedad costarricense, sin trascender en un reconocimiento concreto. Esto generó que surgieran diversas propuestas, pero que desafortunadamente no alcanzaban el apoyo político requerido.

Un detalle de relevancia tanto para el caso de Colombia como el de Costa Rica, es que en ambos países se planteó la posibilidad de generar una figura alternativa, que permitiera la unión y acceder a ciertos derechos, esto con el fin de conceder cierto

reconocimiento, pero que no implicara llegar a permitir el matrimonio civil, en Colombia esta se denominó Contrato Civil, mientras que en Costa Rica fue Sociedades de Convivencia; sin embargo en ambos casos esta propuesta encontró una fuerte oposición desde el movimiento LGBTI, en tanto era claro que estas figuras no eran reconocidas en el derecho de familia, y por consiguiente representaban una forma de discriminación, en tanto marcaban una diferencia entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, al ser creadas únicamente para estas últimas.

Conservadurismo político desde el discurso religioso: El conservadurismo político en los últimos años se ha reflejado en la vida política de los países latinoamericanos, como una ola que va y viene, y que se reinventa.

El matrimonio heterosexual, el control de los padres sobre la educación de los hijos y el papel medular de la mujer como base de la estructura familiar están en el centro de las líneas de pensamiento de estos proyectos conservadores y los llevan a desarrollar acciones concretas en el espacio público, relacionadas con la oposición a las leyes de educación sexual, a la legalización del aborto y a la ampliación del derecho al matrimonio a las personas homosexuales. (Romero, Lozano, Burity, Mansilla, de la Torre, Toniol, Giménez Béliveau, 2019, p. 252).

En el marco de lo anterior, si bien esta tendencia se mantiene vigente, ha sido evidente que ante temas muy concretos hay posturas y pronunciamientos, y sin duda uno de ellos es el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI, en particular de sus uniones.

Tanto en el caso colombiano como en el costarricense, se observaron en las notas de prensa, el reforzamiento de ideas asociadas al imaginario social de un orden de género que se fundamenta en el discurso político-religioso.

En Colombia, se identifica que el conservadurismo político está presente a partir de hechos concretos como el pronunciamiento de la iglesia Católica sobre las uniones de personas del mismo sexo, a lo que aluden la única familia constituida y reconocida debe ser el modelo heterosexual, así como el señalamiento de la posibilidad de alegar a los notarios objeción de conciencia en contraposición el movimiento a favor de los derechos LGBTI manifestaba la necesidad de recordar que su propósito no es el reconocimiento de sus derechos por parte de la iglesia católica sino por parte del Estado; aludiendo a la separación que desde su punto de vista debe existir entre religión y política.

TABLA 5. EXTRACTOS DE NOTAS DE PRENSA QUE EJEMPLIFICAN DISCURSOS EN ALUSIÓN A CONSERVADURISMO POLÍTICO DESDE EL DISCURSO RELIGIOSO, EN LA LUCHA POR LOS DERECHOS DE LA POBLACIÓN LGBTI EN COLOMBIA

NOTA DE PRENSA	EXTRACTO DE NOTA DE PRENSA
<p>“Contrato de unión solemne es ilegal”: abogado de la comunidad LGBTI.</p> <p>Junio 23, 2013 - 05:00 a.m. Por:</p> <p>Redacción de El País, Bogotá.</p>	<p>¿Qué lectura le da usted a las palabras de la Iglesia Católica cuando asegura que la comunidad LGBTI no tiene derecho ni al matrimonio ni a la familia? Que los asuntos de la religión son de la religión y los asuntos civiles son asuntos civiles, eso no es un tema religioso. Si la Iglesia Católica no quiere hacer uniones de parejas está en su derecho, pero los notarios deben cumplir la Constitución porque es el libro sagrado que nos cubre a 45 millones de personas católicas y no católicas. Para usted, ¿cuál cree que es el fenómeno que existe en el país de no aceptar los matrimonios gays? Que estamos ante una resistencia frente a un fenómeno que se considera nuevo, pero igual ocurrió cuando la primera mujer fue a la universidad, la iglesia Católica dijo que se iba a acabar la familia; las resistencias que generaron cuando las comunidades indígenas comenzaron a pedir derechos; las resistencias cuando las comunidades afro han pedido espacios. Esto es un movimiento más que está llegando para decir que existimos, que cumplimos con nuestros deberes, también queremos nuestros derechos como los demás sectores han alcanzado en ámbitos de igualdad <i>Germán Rincón, defensor LGBTI.</i></p>

NOTA DE PRENSA	EXTRACTO DE NOTA DE PRENSA
<p>El caleño que buscó la aprobación del matrimonio igualitario en Colombia.</p> <p>Agosto 16, 2015 - 12:00 a.m. Por:</p> <p>Jessica Villamil Muñoz / Reportera de El País</p>	<p>Es decir, si la Constitución dice que no se debe discriminar por razones de raza, religión, sexo, por qué se va a crear un estado civil solo para parejas homosexuales. Nosotros no estamos pidiendo el reconocimiento de la Iglesia, estamos pidiéndole al Estado que nos reconozca, es un tema de garantías. <i>Luis Felipe Rodríguez, Estudiante de derecho, Universidad Santiago de Cali, Presentó tutela para casarse.</i></p>
<p>Dos miradas al fallo que aprobó el matrimonio igualitario.</p> <p>Abril 09, 2016 - 05:00 a.m. Por:</p> <p>Redacción de El País</p>	<p>Yo no creo que con esto pierda la Iglesia, quien pierde son las familias y la sociedad. Uno siente como si estuviéramos defendiendo algo particular y no, como Iglesia estamos por la generalidad de las personas y cuando violentamos las leyes naturales, violentamos a toda la humanidad. Por eso, quien pierde es la sociedad. <i>monseñor Daniel Falla, Conferencia Episcopal Colombia.</i></p>
<p>Parejas gay rechazan el contrato solemne y buscarán con tutela el derecho a casarse.</p> <p>Junio 20, 2013 - 12:00 a.m. Por:</p> <p>Elpais.com.co Resumen de Agencias</p>	<p>Cabe recordar que la iglesia católica se pronunció sobre el tema y a través de monseñor Rubén Salazar Gómez, presidente de la Conferencia Episcopal Colombiana, recalcó que la única familia constituida y reconocida debe ser entre un hombre y una mujer. Además Monseñor le hizo el llamado a los notarios para que alegaran objeción de conciencia para no realizar contratos de unión solmene entre parejas del mismo sexo.</p>

Fuente: Elaboración propia

Mientras que en Costa Rica, el enfoque de este punto radica en otro aspecto, ya que según el artículo 75 de la Constitución Política la religión católica es la oficial del Estado.

ARTÍCULO 75. - La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres.

Esta condición ha dado pie, a que desde el punto de vista religioso, puedan surgir argumentos sobre la relevancia de las normas y valores tradicionales en la conformación de la familia.

El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica

DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/99789585134812>

TABLA 6. EXTRACTOS DE NOTAS DE PRENSA QUE EJEMPLIFICAN DISCURSOS EN ALUSIÓN A CONSERVADURISMO POLÍTICO DESDE EL DISCURSO RELIGIOSO, EN LA LUCHA POR LOS DERECHOS DE LA POBLACIÓN LGBTI EN COSTA RICA

NOTA DE PRENSA	EXTRACTO DE NOTA DE PRENSA
<p>Presidente del TSE apoya el matrimonio gay.</p> <p>ACTUALIZADO EL 14 DE NOVIEMBRE DE 2015 A LAS 12:00 AM</p> <p>POR ÁLVARO MURILLO alvaromurillo@nacion.com</p>	<p>Consultado sobre si existe contradicción alguna entre la figura del matrimonio y el catolicismo del Estado dictado por el artículo 75 de la Constitución Política, Sobrado no ve problema.</p> <p>“En el tema de la confesionalidad del Estado, la misma Sala Constitucional ha dicho que el artículo 75 en realidad no crea un Estado confesional.</p> <p>”Lo que hay es un simple testimonio de una realidad sociológica, de suerte tal que la propia lectura permite que el matrimonio civil pueda ser viable, desde mi punto de vista, aunque no soy yo el que tomó la decisión sobre esa ley. Lo prevalente es el amor y no el sexo de las personas”, indicó. Luis Antonio Sobrado, presidente del Tribunal Supremo de Elecciones (TSE).</p>
<p>Gerald Murray se declara a favor del reconocimiento de derechos a parejas del mismo sexo.</p> <p>Por Fernanda Romero - 16 Febrero, 2017</p>	<p>“Nosotros somos un país de derecho y la constitución política dice que aquí hay libertad de muchas cosas hasta incluidas las de culto y no se debería de hacer diferencia por su preferencia sexual”, Murray.</p> <p>No obstante, el precandidato socialcristiano dijo que está a favor de un Estado Laico y que como la figura del matrimonio es “una figura religiosa”, por tanto, no está a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo.</p>
<p>Laura Fuentes, académica de la UNA: “Estado confesional frena avance de derechos humanos”</p> <p>Por Luis Manuel Madrigal - 23 Septiembre, 2016</p> <p>Heredia, 23 set (elmundo.cr)</p>	<p>El hecho de que Costa Rica tenga plasmada en su Constitución Política que la religión oficial es la Católica, Apostólica y Romana, frena el avance de los derechos humanos en el país.</p> <p>Para la académica, que además fue secretaria ejecutiva del Congreso, el Estado confesional “se convierte en justificación para exigir una legislación ‘acorde con los principios cristianos’, lo que le otorga a estos un peso considerable en las decisiones en el sistema jurídico y el sistema legislativo, en detrimento de derechos humanos sexuales y reproductivos, protegidos en convenciones internacionales”. académica de la Universidad Nacional (UNA), Laura Fuentes</p>

Fuente: Elaboración propia

Sin embargo, también se debe señalarse que también se encuentra presente posturas que señalan la necesidad de instaurar un estado laico, y que recalca cómo este vínculo del estado con una religión oficial ha perjudicado en el avance de las discusiones sobre derechos humanos, frente a una realidad cambiante que requiere que su marco jurídico responda a la sociedad actual, en toda su diversidad.

Es necesario señalar que en el caso costarricense, estas posturas fueron un reflejo de una realidad social en el país durante las elecciones presidenciales en el año 2018, dado que este tema se convirtió en un eje central no solo de la campaña política, sino también en un tema de discusión cotidiano dentro de los hogares costarricenses, como uno de los puntos a considerar para la toma de decisión de por quién emitir el voto.

Finalmente, en ambos casos hay que mencionar que la cultura e identidad se encuentra marcada por los valores y normas religiosas, que socialmente inciden en la construcción de las percepciones de una parte de la población, por lo que el conservadurismo político en ambos países tiene sus adeptos, tal como se observó en las notas de prensa en estudio.

CONCLUSIONES

El abordaje de la construcción de las percepciones de la población sobre los derechos humanos de la población LGBTI ha tomado gran relevancia en toda la población latinoamericana, en tanto, ha sido un tema de discusión, de desarrollo de política pública, y de convivencia social, que marca profundamente la necesidad justamente de deconstruir la forma en la que tradicionalmente ha sido visibilizada esta población.

Y es que tal pareciera que esto se retrata en la prensa como una lucha de una llamada minoría contra una mayoría, donde impera un criterio unificador del pensamiento, de forma tal que la heteronormatividad se impone frente a una realidad social que ya no puede estar retraída ni oculta.

La sociedad debe dar apertura a concebir múltiples realidades, representadas en la diversidad de su población, y comprender esto como un proceso que socialmente representa un avance en el reconocimiento de personas de carne y hueso, a las que históricamente se les han negado una serie de derechos, como si fueran ciudadanas de segunda categoría.

Es relevante señalar la importancia de que se dé una cobertura de prensa en materia de derechos humanos, pero desde una conciencia que aborde la equidad y la no discriminación, de forma tal que sea visibilizada la lucha que en la actualidad manifiesta una población que ya no está dispuesta a ceder sus derechos por el miedo al qué dirán, por salirse de la norma social, o por sentirse orgulloso de quién se es.

Sin embargo, es necesario a su vez que la población pueda cultivar la criticidad del contenido de prensa, para comprender las distintas posiciones que surgen en torno a temas sensibles como el abordado para construir y fortalecer percepciones informadas, consientes y libres de discriminación.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (1949). Constitución política de la República de Costa Rica. *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC#:~:text=ART%C3%8DCULO%2075.,ni%20a%20las%20buenas%20costumbres.&text=ART%C3%8DCULO%2076.,idioma%20oficial%20de%20la%20Naci%C3%B3n.
- Chinchilla Serrano, H., Valenciano Arrieta, L., Hernández Angulo, M.(2018). *Situación de derechos de las personas LGBTI en Costa Rica*. https://www.ministeriodesalud.go.cr/sobre_ministerio/DPEEAS/DPEEAS_informe_derechos_LGBTI_en_cr_2018.pdf
- Colombia diversa (sf). *Línea de tiempo: derechos de parejas del mismo sexo después de una sentencia histórica*. <https://colombiadiversa.org/noticias/linea-tiempo-derechos-parejas-del-sexo/>
- Gómez Meza, J. O. (2011). *Luchas maricas y derechos humanos en América Latina*. Heredia, Costa Rica: Editorial amo amo al sur.

Romero, C., Lozano, F., Burity, J. , Mansilla, M. ,de la Torre, R. , Toniol, R. y Giménez Béliveau, V. (2019). ¿Tradicionalismos, fundamentalismos, fascismos? El avance de los conservadurismos en América Latina. *Encartes*, 04, 252-283. <https://doi.org/10.29340/en.v2n4.114>.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica (2010) *Sentencia 2010-13313*. <https://www.tse.go.cr/juris/relevantes/SSC-10-013313.html>

Umbral Político, Idespo UNA. (2017) .Base de datos. Notas de prensa escrita sobre población LGBTI en Colombia-Costa Rica.

Valdés Díaz, C. (2007). ¿Son legítimos los matrimonios homosexuales ?. IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, (20), 285-290. [Fecha de Consulta 29 de Enero de 2021]. ISSN:. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=2932/293222932016>

¿IGUALITICOS? DE LA DIVERSIDAD Y OTROS PECADOS... ESTADÍSTICAS SOBRE LA POBLACIÓN LGBTI EN COSTA RICA

Laura Pamela Solís Bastos*

© <https://orcid.org/0000-0002-7434-221X>

INTRODUCCIÓN

Desde el título de este apartado se pretende hacer alusión al mito de la idiosincrasia costarricense “todos somos iguales”, “el costarricense es caracterizado por ser ejemplo de democracia, el ser pacífico, y altos valores familiares, morales y religiosos”; mediante el empleo de la palabra igualiticos, en la jerga popular, que suele emplearse regularmente para manifestar la similitud comparativa.

Por otra parte, si bien se indica que la sociedad costarricense se ha fundamentado en esta serie de nociones como parte de la identidad nacional, no pueden ser obviadas las manifestaciones

* Universidad Nacional de Costa Rica.

✉ laura.solis.bastos@una.ac.cr

Cita este capítulo:

Solís Bastos, L. P. (2021). ¿Igualiticos? De la diversidad y otros pecados... estadísticas sobre la población LGBTI en Costa Rica. En: Solís Bastos, L. P., Gómez Martínez, D. L. y Molina Hincapié, S. (Coords. académicos). *El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica* (pp. 69-94). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <https://dx.doi.org/10.35985/99789585134812.2>

Recepción/Submission: Mayo (May) de 2021.

Aprobación/Acceptance: Julio (July) de 2021.



de discriminación e intolerancia cotidianas tanto a nivel estructural y político como en el marco de las relaciones sociales.

En Costa Rica, el ser diverso no es delito, pero sí es considerado pecado para algunas personas; máxime en una sociedad en la cual la religión oficial es el catolicismo, declarado de esta forma en la Constitución Política desde 1949; la apertura al reconocimiento de la diversidad de la población, así como de sus derechos se ha vuelto un hito en la lucha desde la perspectiva de género.

Desde el punto de vista sociológico, para las sociedades globales contemporáneas, incluyendo la costarricense, la diversidad poblacional, reconocida en este caso por la ruptura de la visión tradicional dicotómica del ser hombre o ser mujer, aceptando la existencia de otras posibilidades de autodefinición, desde el punto de vista poblacional ha representado un cambio epistemológico de la disciplina que aún se encuentra en discusión; lo cual evidentemente no sólo corresponde a variaciones metodológicas sino a la necesidad de mirar de otras formas a las poblaciones.

Los censos nacionales de población y vivienda son instrumentos para la recolección de las estadísticas nacionales, con los cuales se emplean para el desarrollo de políticas públicas; de ahí la importancia de que estos datos reflejen la realidad de todas las poblaciones.

Sin embargo, cuando se habla de las poblaciones LGBTI, las estadísticas de población presentan dificultades metodológicas tanto para su recolección como para su publicación y disponibilidad, para el caso costarricense hasta el Censo Nacional de Población 2011 se logra obtener el dato correspondiente del número de hogares homoparentales en el país.

El conservadurismo de la sociedad costarricense ha marcado de forma significativa la construcción de las percepciones respecto a esta población, y por consiguiente los espacios políticos se encuentran impregnados matices de esta forma de pensamiento. Actualmente, la sociedad costarricense se muestra claramente dividida entre quienes apoyan el reconocimiento de derechos de la población LGBTI y quienes consideran que éstos deben ser limitados; lo cual pesa en el marco de la construcción del concepto de familia de la sociedad contemporánea del siglo XXI.

METODOLOGÍA

Objetivo general: caracterizar los derechos a matrimonio, adopción, acceso a vivienda, y acceso a la salud de los hogares conformados por parejas del mismo sexo en Costa Rica, desde los datos censales 2011.

Este estudio es de tipo cuantitativo, de carácter descriptivo, se llevó a cabo la revisión de las siguientes fuentes de información:

- Censo Nacional de Población Costa Rica 2011, INEC.
- Encuesta “Percepción sobre aspectos de los derechos de las personas en Costa Rica”, IDESPO, 2017.

Lo anterior permitió, a través de los datos censales, calcular el número de hogares conformados por parejas del mismo sexo en Costa Rica para el año 2011, así como sus características generales, pero además desde los datos de la encuesta de percepción se visualizarán las principales percepciones que surgen en la población costarricense referentes a derechos de la población LGBTI y a las uniones del mismo sexo.

El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica

DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/99789585134812>

Se realizaron a cabo los procesamientos correspondientes, a través del uso del software estadístico SPSS. Para obtener los cálculos correspondientes del Censo Nacional de Población 2011, en la sección III, pregunta 3, correspondiente a la caracterización de los miembros del hogar por sexo.

Con lo cual se identifica que mediante la información recopilada en el instrumento a pesar de no existir una pregunta específica dirigida a la conformación de hogares por parejas del mismo sexo es posible obtener este dato de forma indirecta, a partir de la elaboración de una tabla en la que se cruza el sexo del jefe de hogar, con el sexo de la persona conyugue, para identificar los casos en los que el hogar se compone por una pareja del mismo sexo.

IMAGEN 1. CUESTIONARIO DEL CENSO NACIONAL DE POBLACIÓN COSTA RICA 2011

BLOQUE III: IDENTIFICACIÓN DEL TOTAL DE PERSONAS Y HOGARES

1. ¿Cuántas personas viven aquí, en esta vivienda?

Total de personas **CENSISTA:** Indague si todas las personas tienen seis meses o más de vivir aquí, o si teniendo menos tiempo, piensan quedarse a vivir en esta vivienda.

2. ¿Todas las personas que viven aquí comparten un mismo presupuesto y elaboran en común los alimentos?

Sí ... 1 sólo hogar → Pase a 3

No ... → Entonces, ¿cuántos hogares hay en la vivienda? **CENSISTA:** cuando termine la entrevista del Hogar 1, abra una nueva boleta por cada hogar adicional, transcriba el Bloque I, cambiando el número de hogar según corresponda [2,3, ...] y pase al Bloque III pregunta 3.

2 3 4 5 6 ó más

LISTA DE PERSONAS DEL HOGAR

3. ¿Cuáles son los nombres y apellidos de cada persona de este HOGAR, comenzando por la jefa, jefe o persona de referencia?

Persona N°	Nombre y apellidos	Sexo	
		Hombre	Mujer
01			
02			
03			
04			
05			
06			
07			
08			
09			
10			
11			
12			

CENSISTA: Continúe con las demás personas, según la relación de parentesco con la persona 01, en el siguiente orden:

- esposa(o) o compañera(o),
- hijas(os) solteras(os),
- hijas(os) casadas(os), su pareja e hijos(as),
- otros familiares,
- servicio doméstico y sus familiares,
- otros no familiares.

Fuente: Censo Nacional de Población Costa Rica 2011.

- **ESTADÍSTICAS OFICIALES SOBRE LOS HOGARES CONFORMADOS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO EN AMÉRICA LATINA**

La producción de estadísticas oficiales sobre las parejas del mismo sexo en América Latina es un acontecimiento reciente, en tanto este hecho social, mediante el cual se reconoce no sólo la existencia de la unión de la pareja, pero además, la necesidad de visibilizar aspectos que son de relevancia en materia de derechos.

Desde el punto de vista de los estudios de la población, Ruíz Delgado y Rodríguez Vignoli (2011) mediante una publicación de CEPAL “Familia y nupcialidad en los censos latinoamericanos recientes: una realidad que desborda los datos”; recomendaban realizar los cambios pertinentes para ampliar las posibilidades de captación de las familias de forma tal que se posibilitara obtener los datos de núcleos conformados por parejas del mismo sexo.

Para la región, una de las principales fuentes de información para el desarrollo de estadísticas de población es el censo nacional de población y vivienda; sin embargo, en muchos de los países no fue posible sino hasta la última ronda censal obtener datos específicos sobre los hogares conformados por parejas del mismo sexo, lo cual sin duda representa una limitación importante en la construcción de los datos para la caracterización del perfil de esta población en específico.

Además de los datos que podrían haberse obtenido a través del censo, o inclusive actualmente desde las encuestas nacionales de hogares; se han ejecutado otros esfuerzos relevantes; para los casos latinoamericanos destacan países como pioneros en el desarrollo de estadísticas oficiales en esta línea: Ecuador a través de la ejecución de “Primera Investigación (estudio de caso) sobre Condiciones de

Vida, Inclusión Social y Derechos Humanos de la población LGBTI en Ecuador”, la cual se realizó mediante una metodología de bola de nieve completando 2805 entrevistas a mayores personas LGBTI mayores de 18 años, en el año 2013; esta Investigación tuvo como propósito conocer las condiciones de vida e inclusión social de la población LGBTI. Por otra parte, dando seguimiento a la iniciativa de Ecuador, en Perú se ejecutó la primera encuesta especializada a las personas LGBTI, realizada de forma virtual, a través de la página web de INEI-Perú en el año 2017.

Es necesario considerar que en el caso costarricense el principal instrumento vinculado a estadísticas oficiales que podría brindar información es el Censo Nacional de Población; sin embargo, hasta el Censo 2011 se registra la información correspondiente a los hogares conformados por parejas del mismo sexo; razón por la cual es imposible el desarrollo de una investigación de tipo histórica anterior a ese año.

Se les abstrae de las realidades de carne y hueso, ocultando las prácticas y mostrando solo entidades ficticias, o alineándose precisamente con las instituciones que desconocen y atropellan a esos otros necesarios. Al contrario, por tanto, La función social del conocimiento exige reconocer al otro en su cotidianidad, en su vida, tanto pública como privada, en su hacer y no solo en su pensar (...) Los derechos de los individuos no solo se reducen a las libertades de pensamiento, sino que se extienden necesariamente a las condiciones sociales, económicas políticas y culturales desde, y en, las que nos relacionamos. Debemos, pues, partir de una reflexión que comience desde el “otro concreto”, desde seres humanos de carne y hueso que luchan diariamente por satisfacer sus necesidades y colmar sus carencias. (Herrera Flores, 2004, p. 105) (Gómez, 2012, p.8)

El dato tiene valor, el dato habla de la población, el dato reconoce su existencia, por tanto, el aporte que podría darse al obtenerlo es incalculable, tal como reflexiona Gómez (2012) en torno a la población LGBTI.

- CARACTERIZACIÓN DE LOS HOGARES HOMOPARENTALES, ¿FINALMENTE CUENTAN?

Los hogares homoparentales son parte de la estructura de la población costarricense; hasta el censo del año 2011 fue posible por primera vez registrar este dato.

Sin embargo, dentro de la clasificación de tipo de hogares empleada por el INEC no se registra una categoría específica, ya que esto es una característica del hogar; sin embargo el registro de la estadística oficial en el censo 2011, es un avance en el reconocimiento per se; que amerita la necesidad futura de un mayor análisis y uso de estas estadísticas para el desarrollo de políticas públicas.

¿CUÁNTOS HOGARES HOMOPARENTALES HAY EN COSTA RICA?

Una vez aplicado el procedimiento dicho anteriormente con la información recopilada a través del Censo Nacional de Población del año 2011, se obtuvo como dato general que en Costa Rica para ese año existían 1114 hogares homoparentales, tal como se muestra en la siguiente tabla.

TABLA 1. CANTIDAD DE HOGARES HOMOPARENTALES EN COSTA RICA

		SEXO CÓNYUGUE		
		HOMBRE	MUJER	TOTAL
Sexo jefatura hogar	Hombre	560	0	560
	Mujer	0	554	554
Total		560	554	1114

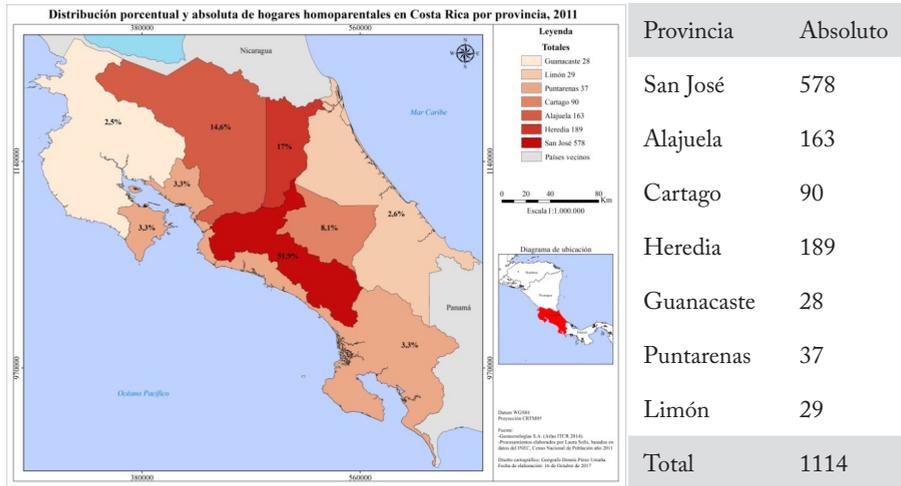
Fuente: *Elaboración propia.*

A continuación, se presentarán una serie de características socio-demográficas como: la ubicación en el espacio geográfico, la edad de los cónyuges, jefatura de hogar compartida, total de personas en el hogar, el nivel educativo de los conyugues.

UBICACIÓN ESPACIO GEOGRÁFICO EN EL PAÍS

La ubicación de los hogares homoparentales en el país tiene por característica concentrarse en zonas mayoritariamente urbanas, exactamente un 87,6%; mientras que para el caso de los hogares nacionales esto representa un porcentaje menor de 71,3%.

TABLA 2. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL Y ABSOLUTA DE LOS HOGARES HOMOPARENTALES EN COSTA RICA, SEGÚN PROVINCIA



Fuente: Elaboración propia.

Al determinar los datos desde la clasificación de las regiones socioeconómicas del país, se observa que un 78,5% de los hogares homoparentales se ubica en el Gran Área Metropolitana; lo cual podría estar asociado tanto a las actividades productivas, fuentes de empleo y oportunidades educativas que se vinculan a la población adulta joven; que mayoritariamente conforman estas parejas.

EDAD DE LOS CÓNYUGUES

Las parejas que conforman estos hogares homoparentales se encuentran en rangos de edad que van desde menores de 15 hasta los 94 años, a nivel general; la edad promedio para las personas que conforman las parejas del el sexo femenino es de 32,5 años, mientras que la edad promedio para las personas que conforman las parejas del sexo masculino es de 32,9 años.

El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica

DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/99789585134812>

TABLA 3. EDAD QUINQUENAL DECLARADA POR INTEGRANTES DE PAREJAS DEL MISMO SEXO 2011

EDAD QUINQUENAL DECLARADA POR INTEGRANTES DE PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMBRES) n=1120			EDAD QUINQUENAL DECLARADA POR INTEGRANTES DE PAREJAS DEL MISMO SEXO (MUJERES) n=1108		
RANGO DE EDAD	JEFE DE HOGAR	CÓNYUGUE	RANGO DE EDAD	JEFE DE HOGAR	CÓNYUGUE
Menores de 15	0	1	Menores de 15	0	6
de 15 a 19	5	11	de 15 a 19	11	32
de 20 a 24	47	75	de 20 a 24	46	84
de 25 a 29	63	108	de 25 a 29	93	126
de 30 a 34	105	115	de 30 a 34	107	72
de 35 a 39	87	65	de 35 a 39	80	81
de 40 a 44	90	75	de 40 a 44	90	64
de 45 a 49	74	58	de 45 a 49	53	38
de 50 a 54	39	26	de 50 a 54	28	16
de 55 a 59	23	11	de 55 a 59	17	20
de 60 a 64	12	8	de 60 a 64	8	4
de 65 a 69	4	3	de 65 a 69	6	3
de 70 a 74	9	3	de 70 a 74	1	3
de 75 a 79	1	0	de 75 a 79	9	3
de 80 a 84	0	0	de 80 a 84	4	2
de 85 a 89	0	1	de 85 a 89	1	0
de 90 a 94	1	0	de 90 a 94	0	0
Total	560	560	Total	554	554

Fuente: *Elaboración propia, basada en Censo Nacional de Población 2011.*

JEFATURA DE HOGAR COMPARTIDA

Por hogar con jefatura compartida se comprende desde el INEC:

Esta variable tiene como fin captar los hogares en que la jefatura de hogar es ejercida por ambos cónyuges, por tanto, incluye los casos en los que se declaró que dos personas que conforman una pareja, ya sea casadas o en unión libre, eran reconocidas ambas como jefatura del hogar. (INEC 2012, p. 27).

En cuanto a la jefatura de hogar compartida se observa que el valor porcentual para el caso de los hogares homoparentales es mayor al registrado en los hogares a nivel nacional.

TABLA 4. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE JEFATURA DE HOGAR COMPARTIDA HOGARES HOMOPARENTALES

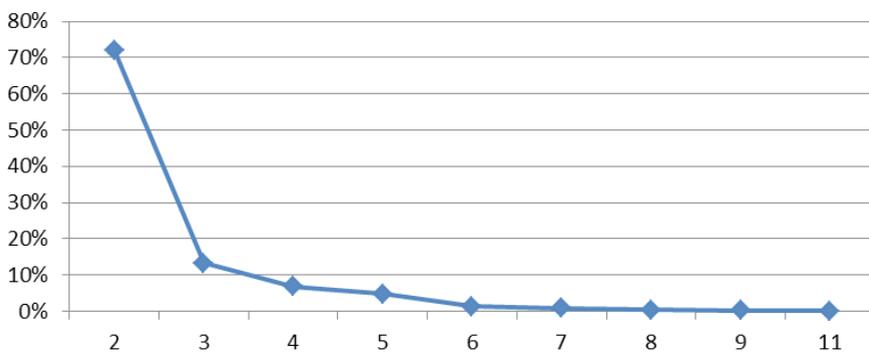
	Número absoluto	Porcentaje
Jefatura de hogar compartida	Hogares homoparentales	24.8
	Hogares a nivel nacional	7.7

Fuente: Elaboración propia, basada en Censo Nacional de Población 2011.

TOTAL DE PERSONAS EN EL HOGAR

En cuanto a la conformación de los hogares por número de personas, se identifica que el 70% de los hogares declarados homoparentales se encuentran conformados por un número de dos personas; para el resto de los casos en los cuales habita un número mayor de personas en el hogar, el porcentaje desciende al 13% para 3 miembros y hasta menos del 1% para 11 miembros.

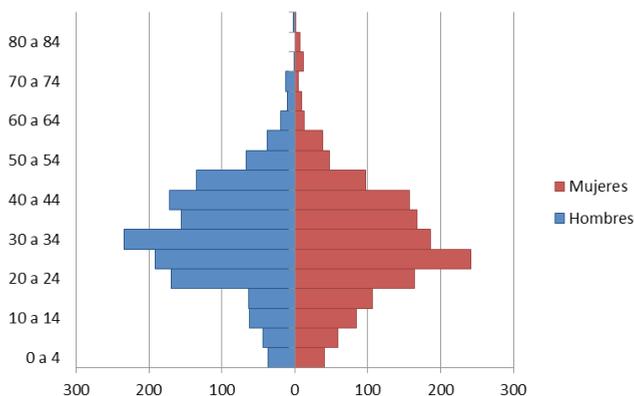
GRÁFICO 1. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DEL NÚMERO DE HABITANTES DEL HOGAR, SEGÚN HOGARES HOMOPARENTALES



Fuente: *Elaboración propia, basada en Censo Nacional de Población 2011.*

En cuanto a la estructura poblacional de los hogares homoparentales, al dibujar la pirámide se observa un ensanchamiento en la parte central de la misma, acorde con las edades promedio de las parejas; así como con el número de miembros del hogar identificando una base y cúspide reducidas.

GRÁFICO 2. ESTRUCTURA DE LA POBLACIÓN RESIDENTE EN HOGARES HOMOPARENTALES EN COSTA RICA, CENSO 2011



Fuente: *Elaboración propia*

TIPO DE HOGAR

El tipo de hogar es clasificado a partir de la relación de parentesco que cada miembro de hogar tiene con la persona jefa de hogar; a partir de esto se han determinado una clasificación acorde a las posibles categorías creadas; en la siguiente tabla se muestra la comparación de la distribución porcentual obtenida en el Censo 2011, para la totalidad de hogares en el país, y para los hogares homoparentales.

TABLA 5. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE TIPO DE HOGARES HOMOPARENTALES Y HOGARES PAÍS.

TIPO DE HOGAR	TOTAL DE HOGARES	HOGARES HOMOPARENTALES
Hogar nuclear conyugal sin hijos	6.1	72.5
Hogar nuclear conyugal con hijos	48.4	16.2
Hogar nuclear monoparental	11.5	-
Hogar extenso conyugal sin hijos y otros familiares	1.5	4.1
Hogar extenso conyugal con hijos y otros familiares	14.0	2.2
Hogar extenso monoparental y otros familiares	8.3	-
Hogar extenso jefe(a) y otros familiares	2.5	-
Hogar compuesto nuclear y no familiares	1.7	4.1
Hogar compuesto extenso y no familiares	1.4	.8
Hogar compuesto jefe(a) familiares y no familiares	.3	-
Otros hogares unipersonales	3.2	-
Otros hogares no familiares	.5	-
Hogares colectivos y personas sin vivienda	.4	-
Servicio doméstico	.2	-
TOTAL	100.0	100.0

Fuente: *Elaboración propia, basada en Censo Nacional de Población 2011.*

Acorde con los datos mostrados en la tabla anterior, se identifica que para el caso de los hogares homoparentales, estos se clasifican en seis tipos de hogar; de los cuales los mayores porcentajes se concentran en hogar nuclear conyugal sin hijos (72,5%) y hogar nuclear conyugal con hijos (16,2%), desde el punto de vista comparativo se muestran diferencias con la distribución porcentual de la totalidad de hogares del país siendo los tipos de hogares de mayor porcentaje: Hogar nuclear conyugal con hijos (48,4%), hogar extenso conyugal con hijos y otros familiares (14,0%), y hogar nuclear monoparental (11,5%).

NIVEL EDUCATIVO

En cuanto al nivel educativo de las personas que conforman la pareja del hogar homoparental; se muestra que hay una concentración de los valores en la educación universitaria, seguido de la educación secundaria, tal como se muestra en la siguiente tabla.

TABLA 6. DISTRIBUCIÓN ABSOLUTA DEL NIVEL EDUCATIVO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO. 2011

n=2228

NIVEL EDUCATIVO	JEFE DE HOGAR	ESPOSO(A) O COMPAÑERO(A)
Ninguna	14	9
Primaria	183	197
Secundaria	309	352
Universitaria	608	556
Total	1114	1114

Fuente: *Elaboración propia, basada en Censo Nacional de Población 2011.*

Al comparar las declaraciones emitidas por las personas informantes respecto a las edades y el nivel educativo, se observa que este grupo poblacional al concentrarse en edades activas, esta podría ser la razón para explicar por qué se concentran en niveles educativos mayores.

- **DATOS CENSALES Y DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO**

Para el caso costarricense, es importante señalar que en los últimos años, en la coyuntura política del país ha estado presente en la agenda de discusión los derechos de las parejas del mismo sexo, por lo cual se presentará información censal vinculada a derechos específicos; matrimonio igualitario, adopción, acceso a vivienda, y acceso a la salud.

Todos estos derechos se asocian al reconocimiento legal de las uniones de las parejas del mismo sexo, como una limitante en cuestión que ha dificultado históricamente en el acceso y cumplimiento de los derechos ya otorgados para todas las personas en el país.

MATRIMONIO IGUALITARIO

En Costa Rica el matrimonio entre personas del mismo sexo fue aprobado en el año 2020; pero anterior a esto, la inscripción de las uniones por medio de matrimonio o unión de hecho no eran permitidas, por lo cual estos hogares homoparentales, regularmente han sido conformados a partir de la voluntad y bajo la figura denominada comúnmente como unión libre de los conyugues.

TABLA 7. ESTADO CONYUGAL DE LOS HOGARES HOMOPARENTALES

ESTADO CONYUGAL	ABSOLUTO	PORCENTUAL
Unión libre o juntado(a)	1034	92.8
Casado(a)	80	7.2
Total	1114	100.0

Fuente: *Elaboración propia, basada en Censo Nacional de Población 2011.*

A pesar de no estar permitido el matrimonio en el país, el 7,2% de los hogares homoparentales declara su estado conyugal como casado; lo que puede ser asociado a haber contraído matrimonio fuera del país; o en su efecto la imposibilidad de inscribir la unión podría estar dando pie a la resignificación del uso del término, en tanto el hecho no de estar legalizado no impide que la unión sea concebida como matrimonio por los conyugues desde su autodefinición.

Por otra parte, dado que para 2011 únicamente 1114 hogares se determinan como homoparentales, lo que representa menos del 1% de los hogares conyugales en el país, por lo que el posible impacto de una eventual aprobación del matrimonio igualitario no debería ser considerado un hecho cuantitativo sino cualitativo para la sociedad costarricense.

ADOPCIÓN

Al igual que el matrimonio igualitario, la adopción no está reconocida como una opción tangible para las parejas que conforman los hogares homoparentales; lo cual se denota en los datos obtenidos mediante el censo 2011, en el que se observan los distintos tipos de hogares con hijos, identificando que regularmente en aquellos conformados por dos mujeres es mayor su presencia que en los conformados por dos hombres.

TABLA 8. DISTRIBUCIÓN ABSOLUTA DE HIJAS E HIJOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO, SEGÚN TIPO DE HOGAR

n=455

TIPO DE HOGAR	NÚMERO HIJO(A) O HIJASTRO(A) DE PAREJAS DE HOMBRES	NÚMERO HIJO(A) O HIJASTRO(A) DE PAREJAS DE MUJERES	TOTAL
Hogar nuclear conyugal con hijos	167	200	367
Hogar extenso conyugal con hijos y otros familiares	19	32	51
Hogar compuesto nuclear y no familiares	8	25	33
Hogar compuesto extenso y no familiares	2	2	4
Total	196	259	455

Fuente: *Elaboración propia, basada en Censo Nacional de Población 2011.*

La presencia de hijos en los hogares conformados por parejas del mismo sexo podría asociarse a distintas razones, ya que algunos pueden ser hijos biológicos concebidos en el marco de esta unión, mientras que otros podrían ser hijos producto de relaciones heterosexuales anteriores, y en menor caso podrían corresponder a procesos de adopción concretos.

Lo anterior se concibe de esta manera dada la imposibilidad que existió antes del año 2020, de que parejas del mismo sexo adopten niños y niñas, y que genera menor presencia de menores en condición de adopción, en estos hogares en el país.

ACCESO A VIVIENDA

En cuanto al acceso a la vivienda digna, para el periodo censal, si bien no hay aparente impedimento para este derecho más que

el plano económico; el hecho de no poder inscribir la unión libre o el matrimonio, imposibilita el reconocimiento de la figura del concepto de familia; por lo que ante trámites de créditos al solicitar el ingreso familiar a pesar de la convivencia de los conyugues del mismo sexo, este no es reconocido como tal debido a la inexistencia de un vínculo familiar consanguíneo o legal.

Ante este panorama, solamente un 30,4% de los hogares homoparentales habitan casa propia totalmente pagada, y un 17,7% tiene casa propia pagando a plazos; y casi un 50% se encuentra alquilando casa.

TABLA 12. TIPO DE OCUPACIÓN DE VIVIENDA, SEGÚN HOGARES HOMOPARENTALES

TIPO DE OCUPACIÓN	ABSOLUTO	PORCENTAJE
Propia totalmente pagada	339	30.4
Propia pagando a plazos	197	17.7
Alquilada	521	46.8
Está en precario	16	1.4
Prestada por otro motivo (no paga)	20	1.8
Prestada por motivo de trabajo	17	1.5
Otra	4	.4
Total	1114	100.0

Fuente: *Elaboración propia.*

Adicional a esto se debe considerar que sí la mayoría de los hogares se ubican en la Gran Área Metropolitana, los costos para adquirir una vivienda se incrementan, debido a la valoración al alza del mercado inmobiliario en esta región del país.

ACCESO A LA SALUD

El acceso a la salud es uno de los principales derechos, para el caso costarricense a nivel internacional se reconoce la amplia cobertura que existe en el país del servicio público de salud, brindado por la Caja Costarricense del Seguro Social.

En los datos recolectados mediante el Censo 2011, se consulta sobre la condición de seguro social de las personas miembros del hogar, los hogares homoparentales no son la excepción, por lo que es posible identificar el tipo de seguro que cubre a esta población.

TABLA 13. TIPO DE ASEGURAMIENTO, SEGÚN JEFATURA DE HOGARES HOMOPARENTALES

TIPO DE ASEGURAMIENTO	ABSOLUTO	PORCENTAJE
Asalariado(a)	534	47.9
Cuenta propia, voluntario o convenio	167	15.0
Régimen no contributivo (recibe pensión)	3	.3
Pensionado(a) de la CCSS, magisterio u otro	14	1.3
Asegurado(a) familiar	122	11.0
Asegurado(a) por el estado	28	2.5
Otras formas	19	1.7
No tiene seguro social de la CCSS	227	20.4
Total	1114	100.0

Fuente: *Elaboración propia.*

Es importante señalar como desde INEC es concebido este término para su valoración:

Asegurado(a) familiar: Este tipo de seguro lo obtienen las personas familiares del asegurado directo ya sea que tenga seguro de asalariado, pensionado, por cuenta propia o por

convenio. Todos los asegurados directos generan beneficios para sus familiares y dependientes, los cuales se incluyen en esta categoría. Como familiares de asegurado directo se consideran: • Su esposa(o) o compañera(o) • Hijas e hijos menores de 18 años, dependientes del asegurado(a), solteros(as) y sin salario. • Hijas e hijos y dependientes entre 18 y 25 años que sean estudiantes. • Hermanos y hermanas menores entre 18 y 22 años que sean estudiantes, siempre que estén debidamente inscritos(as) o sean solteros(as) o mayores de esas edades con discapacidad permanente. • Hijas e hijos y dependientes con discapacidad permanente. • Madres, padres u otros familiares dependientes. En el caso de las madres se incluye también a las adoptivas o las que hayan realizado los cuidados como madre. (INEC 2012, p. 27).

Para el momento del censo 2011, aún no era posible que en los hogares homoparentales se diera el aseguramiento de la pareja, en tanto esta no era reconocida como familiar directo o dependiente, acorde a los datos se observa un 11% de las personas jefas de hogar estaban asegurados mediante este tipo, sin embargo, esto corresponde a otro tipo de vínculo familiar; por otra parte, destaca que un 20% de las personas jefas de hogar no cuenta con seguro social, y que este aseguramiento podría haber sido cubierto por sus parejas.

En noviembre de 2014 entró a regir una reforma del reglamento de la Caja Costarricense del Seguro Social que permite este aseguramiento de parejas del mismo sexo; con lo cual es de esperar que esto favorezca la cobertura de la población en cuanto acceso a la salud, así como el cumplimiento de este derecho.

- **TRANSICIONES SOCIALES Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y LA CONFORMACIÓN DE HOGARES**

En general, cada sociedad concibe sus realidades sociales desde un sentido identitario, específicamente a partir de una serie de normas sociales, formas sociales de organización, representaciones simbólicas, así como elementos subjetivos; los cuales evidentemente deben ser reconocidos como elementos relevantes para la comprensión epistemológica de las percepciones sociales.

Pero la interrogante es ¿cómo se construyen las percepciones?, estas son reconocidas como las interpretaciones que las personas realizan de una realidad o situación específica a partir de aspectos como la experiencia personal; la opinión personal; la vinculación y arraigo a aprendizajes recibidos mediante instituciones sociales como la familia, la iglesia, los centros educativos; así como los medios y formas de información y comunicación; a partir de estos aspectos se generan distintos criterios de los hechos sociales.

De acuerdo con lo anterior, si se piensa en la población LGBTI, las percepciones que se generan en torno a esto son múltiples, debido a la forma en la cual ha sido vista ante la sociedad al traspasar los límites de una estructura socialmente impuesta por el patriarcado en la que las únicas posibilidades de identificación han sido el ser hombre o el ser mujer; según el mandato biológico aunado a un patrón de crianza desde el nacimiento, pero la sociedad no es estática y surgen rupturas en la estructura tradicional, tal como lo menciona Gallego (2017):

La ampliación y la flexibilización de las opciones sexoafectivas de los sujetos, que ha cobrado fuerza durante las últimas cinco décadas en la cultura occidental, ha conducido a la emergencia y visibilización de nuevas formas de organización

de la vida familiar, caracterizadas por un desplazamiento de la heterosexualidad como forma vinculante única ligada al matrimonio y la descendencia; hoy proliferan arreglos domésticos donde las parejas de manera consciente no desean tener hijos, familias homoparentales, parejas del mismo sexo corresidentes, hogares unipersonales, diadas corresidentes sin vínculo, parejas tipo LAT, entre otros muchas formas de tramar la vida cotidiana en lo que conocemos como hogares y/o familias (p. 1).

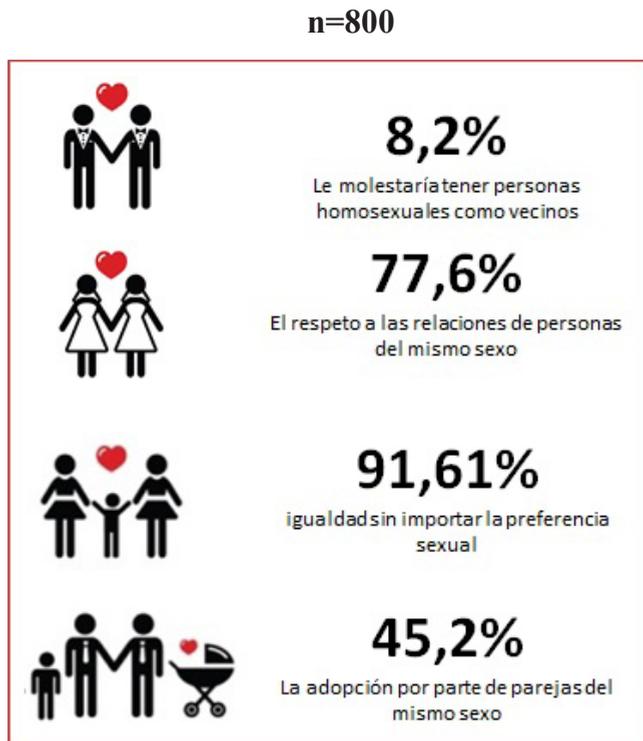
Es así como surgen tendencias de nuevas percepciones dentro de la sociedad, que se construyen en el marco de procesos de cambios, en este caso de la visión tradicional de la familia nuclear.

Para el caso costarricense a pesar de ser pocos los datos referentes a estudios cuantitativos a nivel nacional con un alto nivel de confianza, es posible constatar las percepciones recientes de la población costarricense al respecto, mediante encuestas realizadas por IDESPO-UNA, los cuales se detallarán a continuación.

Los datos presentados anteriormente identifican como hay una variación en el tiempo respecto al nivel de aceptación de la población costarricense con respecto a las uniones del mismo sexo, en tanto para el año 2015 un 40,5% tenía una opinión favorable en el nivel de acuerdo, mientras que para el año 2017 asciende a un 77,6%; sin embargo, persiste cierto recelo respecto a los derechos de esta población, en casos como la adopción principalmente con un 45,2% de acuerdo, mientras que para el caso de aseguramiento en la Caja Costarricense del seguro social asciende a 64,13%; a pesar de esto en las percepciones de la población persiste la idea de que una de las formas de mayor discriminación hacia las personas jóvenes se da en razón de su orientación sexual, donde en 2015 el 75,9% considera esto.

La importancia de las percepciones radica en que éstas pueden llegar a ser determinantes para la toma de decisiones en el marco de las subjetividades, considerando cómo estas pueden llegar a tener un gran peso ante la opinión pública.

IMAGEN 4. PERCEPCIONES SOBRE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COSTA RICA, MARZO 2017



Fuente: Programa Umbral Político, IDESPO.UNA, Encuesta “Percepción sobre aspectos de los derechos de las personas en Costa Rica”2017.

CONSIDERACIONES FINALES

La producción de datos sobre la población LGBTI es un reto metodológico, pues implica la necesidad de una ruptura episte-

mológica, primeramente de cómo se ha concebido la sociedad, pero además, de cómo se captura esta información.

A pesar de las evidentes dificultades en procesos de recolección de datos sobre esta población, ante circunstancias como el temor a dar información, a ser víctima de discriminación, a someterse a burlas o críticas, entre otras; estos datos son fundamentales para el conocimiento sobre el perfil de esta población, y el grado de aceptación de la sociedad en general, insumos como estos, significan un aporte invaluable, en tanto visibilizan una realidad que cotidianamente había estado en silencio, oculta, pero que hoy es reconocida legalmente en el país como familia.

El desarrollo de datos es un aporte para generar políticas públicas específicas que favorezcan el avance en el reconocimiento de derechos de la población LGBTI, lo que significa progreso para el país, en tanto procura la equidad de derechos de todas las personas habitantes.

REFERENCIAS

- Canales I, A. (2004). «Retos Teóricos de la demografía en la sociedad contemporánea». *Papeles de Población* abril-mayo, número 040, Universidad Autónoma del Estado de México.
- Gallego Montes, G. (2017). «Diversidad familiar en parejas del mismo sexo corresidentes: el caso de México y Colombia. Temática: nupcialidad, hogares y familias». *Colegio de México*. Disponible en https://xiiiireuniondemografica.colmex.mx/images/resumen-extenso/RE_9.4.1.pdf.
- Gómez Meza, J. O. (2012). «*Luchas Maricas y Derechos Humanos en América Latina*». Disponible en: www.free-ebooks.net/ebook/Luchas-Maricas-y-Derechos.Humanos-en-Am-rica-Latina
- IDESPO-UNA. (2017). Encuesta “Percepción sobre aspectos de los derechos de las personas en Costa Rica”, *Programa Umbral Político IDESPO*, Universidad Nacional de Costa Rica. Disponible en <http://www.inec.go.cr/metodologias/cuestionarios>.
- INEC. (2011). Cuestionario censal. Censo Nacional de Población 2011. *Instituto Nacional de Estadística y Censo, Costa Rica*. Disponible en <http://www.inec.go.cr/metodologias/cuestionarios>.

INEC. (2011). Censo Nacional de Población 2011. *Instituto Nacional de Estadística y Censo, Costa Rica.*

INEC-Ecuador. (2013). *Primera Investigación (estudio de caso) sobre Condiciones de Vida, Inclusión Social y Derechos Humanos de la población LGBTI en Ecuador.* Disponible en http://www.ecuadorencifras.gob.ec//documentos/webinec/Estadisticas_Sociales/LGBTI/Presentacion-LGBTI.pdf.

Perú21. (2017). *Todo lo que debes saber sobre la encuesta del INEI a personas gays, lesbianas, bisexuales y transexuales.* Publicado el día 17 de mayo de 2017 en el diario Perú21. Disponible en <https://peru21.pe/lima/debes-encuesta-inei-personas-gays-lesbianas-bisexuales-transexuales-76724>.

DISCRIMINACIÓN HACIA LAS FAMILIAS CONFORMADAS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COSTA RICA, PERCEPCIONES FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE LA IGUALDAD DE DERECHOS HUMANOS

LAURA PAMELA SOLÍS BASTOS*

© <https://orcid.org/0000-0002-7434-221X>

INTRODUCCIÓN

En este apartado, se profundizará en la construcción de las percepciones acerca de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, en el contexto de la actual coyuntura política de Costa Rica; a partir de los resultados obtenidos mediante una encuesta telefónica nacional, realizada por el Instituto de Estudios Sociales en Población de la Universidad Nacional de Costa Rica en el año 2018, en la que se aborda la percepción de la población sobre la discriminación hacia estas familias.

* Universidad Nacional de Costa Rica.

✉ laura.solis.bastos@una.ac.cr

Cita este capítulo:

Solís Bastos, L. P. (2021). Discriminación hacia las familias conformadas por parejas del mismo sexo en Costa Rica, percepciones frente al reconocimiento de la igualdad de derechos humanos. En: Solís Bastos, L. P., Gómez Martínez, D. L. y Molina Hincapié, S. (Coords. académicos). *El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica* (pp. 95-116). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <https://dx.doi.org/10.35985/99789585134812.3>

Recepción/Submission: Mayo (May) de 2021.

Aprobación/Acceptance: Julio (July) de 2021.



El conservadurismo de la sociedad costarricense ha marcado de forma significativa la construcción de las percepciones respecto a esta población, y por consiguiente los espacios políticos se encuentran impregnados de matices de esta forma de pensamiento. Actualmente, la sociedad costarricense se muestra claramente dividida entre quienes apoyan el reconocimiento de derechos de la población LGBTI y quienes consideran que éstos deben ser limitados; lo cual pesa en el marco de la construcción del concepto de familia de la sociedad contemporánea del siglo XXI.

MÉTODO

La encuesta se realizó vía telefónica, a personas costarricenses con 18 años o más, que contaran con un servicio de telefonía celular brindado por las empresas Kölbi, Claro, Movistar, Fullmovil y Tuyo. La selección de los números fue aleatoria, se generaron al azar a partir de las secuencias de los números asignados por la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) a cada una de las empresas indicadas.

La encuesta se aplicó del 19 al 27 de mayo del 2018. Para llevarse a cabo, se calculó una muestra de 800 personas, mayores de edad, costarricenses. Los resultados cuentan con un nivel de confianza del 95% y un margen de error de + 3,5%.

La encuesta se realizó en el Centro Tecnológico de Investigación Social (CETIS) del IDESPO, bajo la supervisión del personal del CETIS y del equipo investigador del Programa Umbral Político.

CUADRO 1. SÍNTESIS METODOLÓGICA

Fecha de encuesta:	Del 14 al 22 de abril del 2018
Horario de trabajo:	De lunes a viernes de 14:00 a 20:00 Sábados de 9:00 a 19:00 Domingos de 9:00 a 16:00
Modalidad de la entrevista:	Telefónica
Población de interés:	Costarricenses de 18 años o más, con servicio de telefonía celular en todo el territorio nacional.
Tamaño de la muestra:	800 personas
Tipo de muestreo de teléfonos:	Aleatoria, número generado al azar a partir de las secuencias numéricas asignadas por al SUTEL a las compañías que brindan telefonía móvil.
Selección de personas:	Al azar
Error de muestreo:	±3,5%.
Nivel de confianza:	95%

Fuente: *Elaboración propia. IDESPO-UNA Encuesta: Percepción de la población costarricense sobre el nuevo gobierno, 2018.*

El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica

DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/99789585134812>

CUADRO 2. CARACTERÍSTICAS SOCIODEMOGRÁFICAS DE LA POBLACIÓN ENCUESTADA, N=1004

Sexo	Hombre	47,5
	Mujer	52,5
	Total	100,0
Edad	18 a 24 años	16,5
	25 a 34 años	21,3
	35 a 44 años	18,1
	45 a 54 años	17,1
	55 y más	27,0
	Total	100,0
Nivel Educativo	Ninguna / Primaria incompleta	15,1
	Primaria Completa/ Secundaria incompleta	44,7
	Secundaria completa/ Parauniversitaria	17,5
	Universitaria	22,7
	Total	100,0
Provincia de residencia	San José	32,4
	Alajuela	18,9
	Cartago	11,4
	Heredia	9,0
	Guanacaste	7,1
	Puntarenas	10,1
	Limón	10,5
	NS/NR	0,5
	Total	100,0
Nivel Económico	Alto	21,7
	Medio	45,8
	Bajo	24,5
	Muy Bajo	8,0
	Total	100,0
Religión	Si pertenece a una religión	80,0
	No pertenece a una religión	20,0
	Total	100,0

Fuente: *Elaboración propia. IDESPO-UNA Encuesta: Percepción de la población costarricense sobre el nuevo gobierno, 2018.*

- **LOS ESTUDIOS DE FAMILIA, EN EL CASO DE LAS FAMILIAS CONFORMADAS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO EN AMÉRICA LATINA**

Los estudios sobre familia ha sido una rama de interés para distintas disciplinas, la familia y el hogar se conforman así como un claro objeto de estudio, el cual debe estar vinculado a los cambios sociales en el tanto, “como unidad de análisis o como ámbito contextual que reelabora los condicionantes de la estructura social e influye sobre el comportamiento de sus miembros” (Acosta, 2003, p. 10).

Tal como se señaló anteriormente, en América Latina ha habido resistencia en cuanto a los cambios progresivos de la visión tradicional de familia, principalmente de forma contemporánea para el caso de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, tanto en aspectos sociales como normativos.

A pesar de una cultura política tradicionalmente caracterizada por el machismo y el conservadurismo religioso, en las últimas tres décadas y desde el retorno de la democracia a América Latina, la región ha avanzado mucho en la adopción de nuevas leyes sociales. Como resultado, y a pesar de la fuerte oposición, muchos países latinoamericanos han adoptado políticas para parejas del mismo sexo, incluyendo uniones civiles y matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel nacional y subnacional. Estas políticas están destinadas a remediar las desigualdades persistentes en el derecho civil para las parejas del mismo sexo en la región. (Schulenberg, Piatti-Crocker y Pierceson, 2013, p. 3).

En América Latina se ha aprobado el matrimonio entre parejas del mismo sexo en cinco países, específicamente México en 2007, Argentina en 2010, Uruguay en 2013, Brasil 2013 y recientemente

en Colombia en 2016 y en Costa Rica en el año 2020; además en algunos otros países de la región se ha reconocido únicamente la unión civil como es el caso de Ecuador 2008, y Chile en 2015.

Sin embargo, es necesario recalcar que sí bien se debe reconocer los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, para inscribir sus uniones o contraer matrimonio; los avances de la región estuvieron marcados por importantes movimientos sociales de lucha para obtener estos derechos; siendo la ciudad de Buenos Aires según Schulenberg, Piatti-Crocker, y Pierceson (2013) la primera localidad de América Latina en adoptar una ley de unión civil en 2002; posteriormente se aprobó el matrimonio en el año 2010, hecho que luego ha acontecido en otros de los países de la región como se señaló anteriormente.

La relevancia de estos cambios sociales es interesante desde el análisis de la coyuntura de la aprobación de estos derechos para las familias conformadas por parejas del mismo sexo en la región, principalmente en lo referente a modificaciones desde el plano normativo.

“...han sido introducidos ya sea por reformas constitucionales, nueva legislación o decisiones judiciales. Estos fenómenos recientes pueden interpretarse como un proceso de fusión regional, conformado por desarrollos internos y externos. En el primer caso, el rol de los modelos de Europa Occidental y, más particularmente, el de España, la influencia de las normas y organizaciones internacionales, y la adopción de políticas similares en otros países de la región, ayudaron a formar modelos similares de adopción de políticas nacionales. Internamente, varias han sido experiencias de organizaciones de base, decisiones judiciales y el papel clave de los líderes políticos, incluidos los miembros de los legisladores ejecutivos. Finalmente, los procesos que con-

ducen a la adopción de políticas sobre personas del mismo sexo y particularmente las leyes acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo han sido relativamente engorrosas, debido a la fuerte oposición de la Iglesia Católica, otros grupos religiosos y fuerzas conservadoras. (Schulenberg, Piatti-Crocker y Pierceson, 2013, pp. 3-4).

De forma concordante, autores como Diez (2015), con su trabajo *The Politics of Gay Marriage in Latin America: Argentina, Chile, and Mexico*, reseñado por López-Araújo (2016), quien apunta a que “históricamente la visión de la familia tradicional ha prevalecido como el faro moral que orienta a las sociedades latinoamericanas. Por este motivo, los factores que permitieron que esta transformación se llevara a cabo son múltiples y sus maneras de interactuar con el Estado muy diversas” (López-Araújo 2016¶3), en referencia a estos factores se señala primeramente los movimientos sociales a favor de la aceptación del matrimonio igualitario, “este derecho no se concede de manera automática, sino que se reconoce tras años de lucha” (López-Araújo 2016¶3); en segundo lugar se plantea la capacidad de incidir en la planeación de las políticas públicas y la estructura institucional, “La capacidad de influir en el proceso legislativo así como las alianzas en las que entran los activistas con sus representantes políticos resultan indispensables para explicar por qué se adoptó el matrimonio igualitario” (López-Araújo 2016¶4); y el tercer elemento es el ángulo desde el cual se defiende el matrimonio igualitario, “se presentó como una lucha para defender y ampliar los derechos de los ciudadanos, con lo que se asimiló a una larga tradición de movimientos sociales” (López-Araújo 2016¶5).

Además de la lucha y alcance para la aprobación de derechos como la unión de hecho y el matrimonio civil de las parejas conformadas por personas del mismo sexo; surge la interrogante, ¿Qué

ocurre con esta población después de la aprobación (reconocimiento) de estos derechos? Algunas investigaciones han apuntado a la necesidad del estudio de este nuevo escenario, como *When Gay People Get Married: What Happens When Societies Legalize Same-Sex Marriage*, escrito por Badgett, M. V. Lee (2009); que vislumbran nuevos planteamientos de investigación en los contextos en los que ya ha ocurrido.

- EL MATRIMONIO IGUALITARIO COMO PROMESA DE CAMPAÑA PRESIDENCIAL EN COSTA RICA

El 9 de enero de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió un pronunciamiento respecto a la consulta realizada por la República de Costa Rica sobre la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo; en el cuál se señala que el Estado debe garantizar de la manera más efectiva la protección de los derechos humanos.

Este hecho dio un giro al panorama electoral en el marco de la campaña presidencial; en tanto la postura del partido oficialista ante este tema claramente se inclinaba hacia la aprobación del matrimonio igualitario; así como el reconocimiento de otros derechos subsecuentes; mientras que en el caso de otros partidos políticos se mostraba una postura mucho más conservadora al respecto; en la cual existía una evidente oposición a las intenciones del partido oficialista.

Es así como la campaña electoral se polarizó en torno a estas dos posturas frente al llamado “matrimonio igualitario”; y el tema se ubicó en el eje central de discusión en el ámbito político, en medios de comunicación, redes sociales y población en general.

El 04 de febrero de 2018 se realiza la primera ronda electoral por la presidencia del país, resultando en primer lugar en el re-

cuento de votos el partido Restauración Nacional (PRN); partido minoritario, que aprovechó el contexto político para posicionar su agenda conservadora con el fin de ganar adeptos; mientras que en segundo lugar se colocó el oficialista, Partido Acción Ciudadana (PAC).

Finalmente, el 01 de abril se llevó a cabo la segunda ronda electoral; resultando electo como presidente el candidato Carlos Alvarado, del PAC; quién logró con un discurso que aglutinaba propuestas como: unidad nacional, apoyo a la familia y la promesa de la aprobación del matrimonio igualitario, así como el respeto a los derechos humanos de la población LGBTI.

En el mes de agosto 2018, la Sala Cuarta ha dado a conocer su pronunciamiento respecto al matrimonio de parejas del mismo sexo y la inscripción de las uniones de hecho; “Por mayoría se declara con lugar la acción y, en consecuencia, se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a adecuar el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo” en respuesta a la opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, enmarcada en una sentencia constitucional aprobatoria, condicionada.

- LA DISCRIMINACIÓN EXISTE Y ES RECONOCIDA POR LA POBLACIÓN

La discusión acerca de los derechos de la población LGBTI en general, y más en específico de las parejas del mismo sexo en Costa Rica, trascendió en el año 2018 como el tema central de la campaña electoral por la presidencia del país; fundamentada en dos posturas polarizadas a favor o en contra.

El concepto de familia entró en la discusión, en tanto este tipo de uniones no pueden ser registradas legalmente en el país, debido a lo que se establece en el Código de Familia Ley n.º 5476 de 21 de diciembre de 1973 en el cual se plantea

Artículo 11: El matrimonio es la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.

Sin embargo, a su vez se plantea que el matrimonio queda estrictamente limitado a las parejas heterosexuales, según el artículo 14. inciso 6.

Artículo 14: Es legalmente imposible el matrimonio: Entre personas de un mismo sexo.

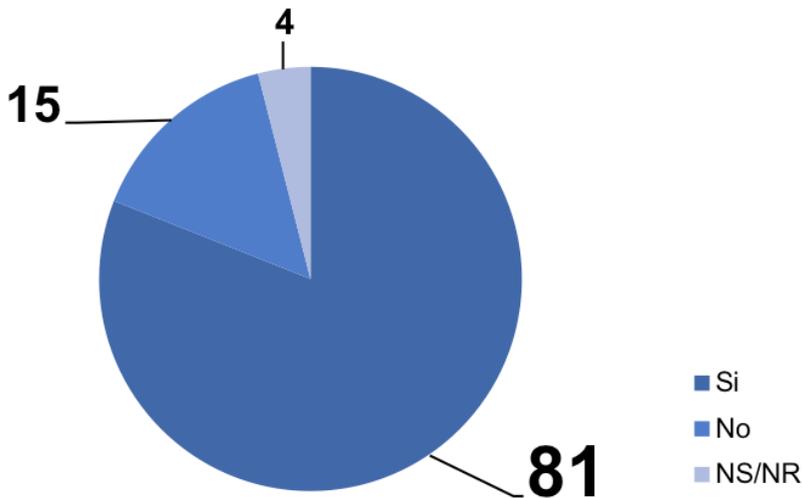
Además, la otra forma de registrar la unión conyugal, sería mediante la declaración de la unión de hecho pública; sin embargo, esta se especifica que debe ser entre un hombre y una mujer, según el artículo 242.

ARTÍCULO 242.- () La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.*

Por consiguiente, en aspectos normativos desde el punto de vista jurídico se observan barreras para el reconocimiento de la conformación de estos hogares y sus derechos; también existen barreras en el plano social, basadas en la convivencia cotidiana fundamentalmente en el trato que reciben las personas que conforman estos hogares.

Por lo anterior, surge el interés mediante esta encuesta en consultar a la población ¿considera que, en la actualidad, las familias conformadas por parejas del mismo sexo en Costa Rica sufren de discriminación?

GRÁFICO 1. PORCENTAJE DE POBLACIÓN ENCUESTADA SEGÚN PERCEPCIÓN DE DISCRIMINACIÓN HACIA LAS FAMILIAS CONFORMADAS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COSTA RICA, N=800



Fuente: *Elaboración propia. IDESPO-UNA Encuesta: Percepción de la población costarricense sobre el nuevo gobierno, 2018.*

De acuerdo con las respuestas brindadas por la población encuestada el 81% señala la existencia de discriminación hacia este tipo de familias en el país. Aunado a lo anterior, se consulta sobre las razones del por qué justifica su respuesta.

TABLA 1. PORCENTAJE DE POBLACIÓN ENCUESTADA SEGÚN RAZONES DE DISCRIMINACIÓN HACIA LAS FAMILIAS CONFORMADAS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COSTA RICA, N=771

	RAZONES	%
15% No se discrimina	Tienen los mismos derechos	6,0
	En la actualidad eso no pasa	3,6
	No son reconocidos como familia ante la ley	2,1
	Están en contra de lo que Dios manda	2,1
	Ellos provocan que los traten mal	0,6
	Reciben mucho apoyo	0,5
	Los homosexuales discriminan a los heterosexuales	0,5
	Yo nunca los he discriminado	0,1
81% Sí se discrimina	Otros de no	0,3
	Se les trata mal	37,7
	Conservadurismo	18,3
	No tienen los mismos derechos	14,0
	Hay personas que no los aceptan	13,2
	Otros de sí	0,5
NS-NR		0,4
Total		100,0

Fuente: Elaboración propia. IDESPO-UNA Encuesta: Percepción de la población costarricense sobre el nuevo gobierno, 2018.

Para el caso de quiénes habían manifestado anteriormente que no se discrimina (15%), las principales razones para justificar su respuesta se asocian a considerar que tienen los mismos derechos 6% por lo que se encuentran respuestas como: “no se discrimina por ser homosexual, se les trata bien, se les respeta, tienen los mismos derechos que todas las personas. Porque ahora tienen más derechos que cualquier heterosexual”.

Hay un 3,6% que señala que en la actualidad no se discrimina, lo cual se refleja en respuestas como:

Las nuevas generaciones lo ven como algo normal. En este tiempo no se discrimina, tal vez antes sí discriminaban, pero en estos tiempos ya no.

Se plantea una idea de cambio en la actualidad, enmarcada principalmente en las poblaciones jóvenes, que justamente generaliza una aparente aceptación colectiva.

Además, para un 2,1% no son reconocidos como familia ante la ley; dado que manifiestan que:

Desde el punto de vista de derechos civiles ellos no son una familia, porque legalmente no existe un modelo de familia en la constitución, por lo tanto, no pueden recibir discriminación como familia. No deberían de formarse parejas del mismo sexo, eso no es una familia.

Ante estas opiniones es claro que la percepción plantea que la discriminación no existe por sí misma en tanto a nivel jurídico la figura de este tipo de familia no es reconocida; lo que a su vez podría estar planteando la permisividad para anular o no reconocer los derechos de esta población.

Por otra parte, para el caso de quiénes habían manifestado anteriormente que sí se discrimina (81%), las principales razones para justificar su respuesta se asocian a considerar que:

Se les trata mal 37,7%, se encontraron respuestas que así lo indican: Básicamente con críticas, se les aparta y se les mira feo. El trato en escuelas, colegios, trabajos, la sociedad lo ve extraño. Ha conocido casos en lugares como el parque, donde las personas al observar a estas parejas utilizan gestos de desprecio, igualmente hay muchos prejuicios y estereotipos.

El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica

DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/99789585134812>

TABLA 2. PORCENTAJE DE NIVEL DE ACUERDO CON ASPECTOS ASOCIADOS A LAS FAMILIAS CONFORMADAS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COSTA RICA, N=800

	Muy de acuerdo / Algo de acuerdo	Ni de acuerdo Ni en desacuerdo	Muy en desacuerdo / algo en desacuerdo	NS/NR	Total
La sociedad actual debe aceptar que existen muchos tipos de familias	76,6	2,6	18,9	1,9	100,0
Las personas homosexuales deben tener los mismos derechos que las personas heterosexuales	71,3	4,0	24,1	0,6	100,0
Una persona homosexual puede ser buen padre o madre	69,1	6,5	20,8	3,6	100,0
En Costa Rica se puede expresar públicamente la preferencia sexual	62,5	4,0	33,0	0,5	100,0
El Estado costarricense debe reconocer las uniones homosexuales (gay), pero sin aprobar el matrimonio civil	61,3	1,9	35,5	1,4	100,0
Las personas homosexuales tienen el derecho a formar familias si así lo desean	48,0	3,8	46,9	1,4	100,0
Dejaría a su hijo/a al cuidado de una persona que sabe que es homosexual	47,4	4,1	47,6	0,9	100,0
Las parejas homosexuales (gay) deben tener la posibilidad de adoptar niños/as	36,8	1,9	60,4	1,0	100,0
El Estado costarricense debe de aprobar el matrimonio civil homosexual (gay)	30,0	1,3	67,8	1,0	100,0

Fuente: *Elaboración propia. IDESPO-UNA Encuesta: Percepción de la población costarricense sobre el nuevo gobierno, 2018.*

El trato trasciende a los distintos espacios sociales; lo cual plantea la distinción entre las percepciones de lo que debería ser aceptado en el espacio público y en el espacio privado.

Además, la segunda respuesta más frecuente se asoció a lo que se denominó como **Conservadurismo** con un 18,3%; en la que se señalan respuestas como:

Aun somos una sociedad muy cerrada o conservadora. Considero que Costa Rica es un país muy machista por lo tanto es homofóbico. Se discrimina a los homosexuales por una situación de cultura, la manera en la que se cría a las personas y la religión porque siempre se piensa en las familias tradicionales (heterosexuales).

De esta forma se ejemplifica como el conservadurismo se asoció conceptualmente a las percepciones vinculadas a la visión tradicional de familia heterosexual, a la alusión de los valores religiosos, principalmente.

Por lo contrario, otra de las posturas para considerar que sí hay discriminación hacia estas familias se fundamenta en el enunciado No tienen los mismos derechos 14%, dado que plantean respuestas como:

Son personas que la verdad que no tienen derechos y son discriminados en el seguro, en la escuela, trabajo, en todos lados, no los respetan. Con el acceso al matrimonio, al nivel social sufren de violencia, se les niega la adopción, se les niega los derechos sexuales y reproductivos. A bonos de vivienda se les hace difícil. Estas personas se ven violentas con los derechos ya que no se les permite tener una pensión por el cónyuge, ni tampoco poder asegurarlo. La sociedad aún no reconoce esas familias por lo tanto no tienen derecho a casarse ni a tener hijos.

Estas percepciones se asociaron directamente a la forma en la cual la ejemplificación del derecho violentado se evidencia en la cotidianidad de esta población.

Finalmente, un 13,2% de la población señaló que Hay personas que no los aceptan, esta categoría se asoció a respuestas fundamentadas en opiniones como:

La sociedad aun no acepta que hay personas con diferentes preferencias sexuales. Y las personas son muy groseras con las personas homosexuales. Yo no voy a favor de ellos, porque me parece que no es un buen ejemplo, si quieren hacer algo que lo hagan a escondidillas, entonces lo que uno ve en redes sociales que les pasa es porque ellos se los buscan.

En este tipo de percepciones se resalta que no son aceptados por la totalidad de la población costarricense, a su vez hay un reconocimiento de las manifestaciones de discriminación hacia esta población, sin embargo, en algunos casos se justifican esas acciones.

Vinculado al concepto de familia se aplicó una batería de preguntas referentes al nivel de acuerdo sobre aspectos generales asociados a esta población en el país, los resultados se muestran en la siguiente Tabla 2.

De acuerdo con lo anterior, el nivel de aceptación o rechazo hacía cada ítem de la pregunta, plantea una priorización de aspectos que son mayormente acogidos por la población encuestada cuando estos se refieren a aspectos más generales como La sociedad actual debe aceptar que existen muchos tipos de familias 76,6%, Las personas homosexuales deben tener los mismos derechos que las personas heterosexuales 71,3%; sin embargo, los aspectos que presentan un porcentaje inferior de aceptación se asocian a puntos más específicos del reconocimiento de dere-

chos asociados a la familia como: la aprobación del matrimonio civil 30,0%, la adopción 36,8%, dejar un hijo al cuidado de una persona homosexual para su cuidado 47,4%, el formar una familia 48%, reconocimiento de la unión de hecho 61,3%.

Sí bien, el gobierno que recién entró en vigencia tiene antecedentes específicos de acciones que el anterior inició en el marco de cambios de relevancia frente al reconocimiento de los derechos humanos de la población LGBTI en el país; inicia su periodo con una respuesta a la opinión consultiva realizada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que marca un camino a seguir; sin embargo el fraccionamiento según ideologías de los distintos partidos políticos en los poderes del Estado podrían generar un efecto aplazamiento en la resolución de toma de decisiones y puesta en marcha en esta materia. Al ser considerada la aprobación del matrimonio igualitario como una promesa de campaña del Partido Acción Ciudadana (PAC) un número de costarricenses que ejercieron su voto en función de la posición a favor del matrimonio igualitario, se encuentran ante la expectativa de su cumplimiento.

CONSIDERACIONES FINALES

En la época contemporánea la diversidad de formas de familia conceptualmente se ha ampliado, dados los cambios que le acompañan en la estructura de su conformación en las sociedades actuales; ante esto surge la necesidad del reconocimiento de las familias conformadas por parejas del mismo sexo.

Esta transformación en la conformación de este tipo de familias pasa por distintas aristas desde el punto de vista demográfico que van desde el reconocimiento jurídico de las uniones para su inscripción oficial, el reconocimiento social y su contabilización en las estadísticas oficiales.

Para algunos países estos cambios se han dado de forma más temprana, “*Como es sabido, España fue uno de los países pioneros en la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, mediante una reforma del Código Civil en 2005*”. (Cortina, 2016, p. 4); mientras para otros esta transición se espera de forma más lenta, como es el caso costarricense.

Sin embargo, la experiencia previa de estos países pioneros plantea la necesidad de ajustes en la visión conservadora del concepto familia y de la política pública, con miras a la apertura a la inclusión y reconocimiento de estas poblaciones; considerando que “*Está claro que esta transformación de orden jurídico ha supuesto una revolución para la institución del matrimonio (Cherlin, 2004; Trandafir, 2013), así como una ampliación de los derechos civiles sin distinción de orientación sexual (Calvo, 2010; Festy, 2006)*”. (Cortina, 2016, p. 4).

La posible aprobación de la norma jurídica que permita la inscripción de las uniones del mismo sexo marcará un precedente en el avance del proceso del reconocimiento de los derechos humanos de la población LGBTI; sin embargo a nivel social como se vislumbró en los resultados de esta encuesta de percepción, plantean la necesidad también de una aprobación de la norma social, lo cual no resulta una tarea fácil, en el tanto la identidad subjetiva del género se enmarca en la forma en la cual es percibida cada persona según su género; sin embargo persiste la tendencia a considerar que esta valoración debe ser asociada a su condición de sexo biológico.

Para el caso de las familias conformadas por las parejas del mismo sexo se denota como la construcción de la identidad de familia está supeditada a la comparación constante con el ideal de la familia tradicional; como la correcta, como la idónea; “*En la forma de pensarnos, en la construcción de nuestra propia imagen,*

de nuestra autoconcepción, utilizamos elementos y categorías de nuestra cultura” (Lamas, 2002, p. 57).

Estos elementos y categorías culturales en el caso costarricense se representan asociados a una sociedad patriarcal y conservadora; sin embargo, los procesos de dinámica demográfica deben ir de la mano de los procesos sociales; con lo que la evolución a nuevas visiones del concepto de familia resulta necesaria; esta conformación refleja diferentes tipos de familias, basadas en nuevas relaciones sociales y procesos de reconocimiento de las uniones ya existentes mediante la conformación de familias por parte de la población LGBTI.

REFERENCIAS

- Acosta, F. (2003). La familia en los estudios de población en América Latina: estado del conocimiento y necesidades de investigación. *Papeles de Población*, 9 (37), 0.
- Badgett, M. V. L. (2009). *When Gay People Get Married : What Happens When Societies Legalize Same-Sex Marriage*. New York: NYU Press. Retrieved from <https://una.idm.oclc.org/login?url=https://una.idm.oclc.org>.
- Cortina, C. (2016). Demografía de las parejas homosexuales en España. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 153: 3-22. Recuperado de http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_153_011452167344175.pdf.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2016). Encuesta Nacional de Hogares. *Instructivo para personal entrevistador*. Recuperado de <http://www.inec.go.cr/sites/default/files/documentos-bibliotecavirtual/meinstructivoentrevistadorese-naho2016.pdf>.
- Lamas, M. (2002). La perspectiva de Género. La Tarea. *Revista de Educación y Cultura, de la sección 47 del SNTE*. Recuperado de: <http://www.latarea.com.mx/articu/articu8/lamas8.htm>.
- López-Araiza, S. E. (2016). The Politics of Gay Marriage in Latin America: Argentina, Chile, and Mexico. *Foreign Affairs Latinoamérica*. Recuperado de <http://revistafal.com/the->

politics-of-gay-marriage-in-latin-america-argentina-chile-and-mexico/.

Schulenberg, S., Piatti-Crocker, A. & Pierceson, J. (2013). *Same-Sex Marriage in Latin America : Promise and Resistance*. Lanham, Md: Lexington Books. Retrieved from <https://una.idm.oclc.org/login?url=https://una.idm.oclc.org>.

Tribunal Supremo de Elecciones. (1973). *Código de Familia Ley n.º 5476 de 21 de diciembre de 1973*. Recuperado de: <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigodefamilia.pdf>.

LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE IDH: SU IMPACTO EN LOS MEDIOS Y LAS ELECCIONES COSTARRICENSES, 2018

JOSÉ ANDRÉS DÍAZ GONZÁLEZ*

© <https://orcid.org/0000-0002-6063-086X>

El 18 de mayo del 2016 el gobierno de Costa Rica solicita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que emita una opinión consultiva, acerca de la protección internacional de los derechos de la población sexualmente diversa, o LGBTI, incluyendo el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta solicitud llegó a que la Corte IDH emitiera, el 9 de enero del 2018, la opinión consultiva OC-21/17 *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Dicha opinión consultiva tuvo un importante impacto en la coyuntura política y social del país; no solo por las implicaciones legales que ocasionaba en relación al reconocimiento de los derechos de la

* Universidad Nacional del Costa Rica.

✉ jose.diaz.gonzalez@una.ac.cr

Cita este capítulo:

Díaz González, J. A. (2021). La resolución de la Corte IDH: su impacto en los medios y las elecciones costarricenses, 2018. En: Solís Bastos, L. P., Gómez Martínez, D. L. y Molina Hincapié, S. (Coords. académicos). *El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica* (pp. 117-135). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <https://dx.doi.org/10.35985/99789585134812.4>

Recepción/Submission: Mayo (May) de 2021.

Aprobación/Acceptance: Julio (July) de 2021.



población LGBTI, sino también porque se dio a conocer a menos de un mes de las elecciones nacionales, y acarreó un cambio en el tono de la campaña electoral, provocando que fuera el tema que concentrara la discusión política.

Dado que la mencionada opinión consultiva fue emitida en medio de la campaña electoral, es difícil separar su impacto y estudio del proceso electoral costarricense vivido en el 2018. Al respecto, algunos analistas, periodistas y académicos consideran que la opinión de la Corte IDH provocó la reacción de los sectores más conservadores del país, permitiendo el crecimiento electoral de Fabricio Alvarado Muñoz, candidato del Partido Restauración Nacional (PRN), quien no solamente se manifestó abiertamente en contra de la opinión de la Corte, sino que anunció en caso de llegar a la Presidencia de la República denunciaría el Pacto de San José y retiraría al país de la Corte IDH (Bosques, 2018; Fuentes Belgrave, 2019; Nájjar, 2018; Rosales Valladares, 2018). No obstante, otras explicaciones señalan que, si bien la opinión de la Corte pudo facilitar que cierto sector del electorado se aglutinara alrededor de Alvarado Muñoz, su crecimiento electoral fue finalmente relativo, y se debió más a las características de alta volatilidad y fragmentación del sistema de partidos costarricenses (Díaz González, 2018a).

Tomando en consideración lo anterior, es que este análisis busca reconstruir y analizar cuál fue el papel de la prensa escrita en la presentación de las noticias relacionadas con la opinión consultiva de la Corte IDH relacionada con los derechos de la población LGBTI. Lo anterior, con el propósito de observar si el discurso de la prensa pudo tener un efecto en la recepción y aceptación por parte de la población costarricense de dicha opinión consultiva, especialmente tomando en consideración que la información se produjo en medio de una campaña electoral.

ANTECEDENTES

Históricamente los derechos de la población sexualmente diversa han tenido un bajo apoyo en la sociedad costarricense; incluso, en la década de 1970 la “sodomía” se tipificaba como contravención y se castigaba con una multa (Jiménez Bolaños, 2014; Vargas, 2013). A pesar de esta situación, durante las dos primeras décadas del siglo XXI aumentaron el número de manifestaciones públicas en favor de los derechos de la población sexualmente diversa, asimismo, se consolidó un movimiento social LGBTI en el país (Jiménez Bolaños, 2016).

En lo que respecta a la posición de la población sobre los derechos de la comunidad LGBTI, por ejemplo, un estudio de opinión pública realizado en el 2015 por el Instituto de Estudios Sociales en Población (IDESPO), indicó que el 40.5% de la sociedad costarricense decía estar de acuerdo o totalmente de acuerdo con la legalización de las uniones entre personas del mismo sexo, por otra parte, el 51.8% se posicionaba en desacuerdo o totalmente en desacuerdo (IDESPO, 2015). Otro estudio realizado en el 2017 mostraba que el 75.7% de la población costarricense consideraba que se debían respetar las relaciones amorosas entre personas del mismo sexo; sin embargo, esto no necesariamente implica una posición favorable al matrimonio entre personas del mismo sexo. Además, este mismo estudio indicaba que el 53.4% de la población indicaba estaba en contra que las parejas del mismo sexo pudieran adoptar niños/as (IDESPO, 2017). Por último, una encuesta realizada en septiembre del 2018, meses después de emitida la opinión consultiva de la Corte IDH, mostró que solo el 30% de la población costarricense era favorable a que se legalizara el matrimonio entre personas del mismo sexo, este porcentaje subía levemente a un 33% respecto al reconocimiento de la llamada “unión de hecho” entre personas del mismo sexo.

Los datos anteriores permiten inferir que, si bien hay un importante segmento de la población que indica que deben respetarse a las parejas del mismo sexo, esta intención de respeto no se traduce en un apoyo para la formalización y aprobación de la legislación necesaria para garantizar que dicha población pueda disfrutar los mismos derechos que la población heterosexual.

Esta situación contrasta con la manera en que, en otras coyunturas, la prensa costarricense ha desarrollado su discurso para informar sobre los derechos de la población LGBTI. Por ejemplo, en el 2010, grupos conservadores, allegados a la Iglesia Católica, trataron de impulsar un referéndum para prohibir la legalización de las uniones de personas del mismo sexo en Costa Rica. Esta iniciativa fue finalmente detenida por la Sala Constitucional, al dictaminar que la figura del referéndum no podía utilizarse para someter a la aprobación popular medidas relacionadas con los derechos humanos. Un estudio del discurso de la manera en que la prensa escrita informó sobre esta coyuntura, muestra que esta parece adoptar -en la mayoría de los casos- una posición favorable hacia los derechos de la población sexualmente diversa, y da mayor espacio y relevancia a los grupos promotores de estos derechos, que a aquellos grupos que se manifiestan en contra. Sin embargo, ese mismo análisis muestra que la prensa es reacia a mostrar y cuestionar la homofobia presente en gran parte de la población costarricense, asimismo, tiende a ser omisa de la discriminación y problemas que suelen vivir la población sexualmente diversa en el país. Por último, si bien se rescata en el discurso periodístico que se trata de un tema relacionados con los derechos humanos de una minoría, no profundizan sobre cuales serían los mecanismos institucionalizados adecuados para dar respuesta a su demandas, ni tampoco cuestionan la falta de acción por parte de los tomadores de decisión política para reconocer los derechos de la población sexualmente diversa (Díaz González, 2012).

DESCRIPCIÓN DEL CORPUS

Para la realización del presente análisis se recolectaron noticias de medios informativos digitales, publicadas entre el 9 de enero del 2018, fecha de emisión de la resolución consultiva de la Corte IDH, hasta el 4 de febrero del 2018, día de la primera ronda de las elecciones nacionales en Costa Rica. Asimismo, se recolectaron solo notas de medios de acceso abierto o gratuito, ya que se parte del supuesto que estos son de más fácil para la población y, por ende, es más probable que su discurso generara una repercusión en la forma en que el tema fuera interpretado por estos. Además, se recolectaron noticias publicados por medios nacionales e internacionales, esto debido a que, si bien la opinión consultiva fue realizada expresadamente por el gobierno de Costa Rica, el criterio de la Corte tuvo una fuerte resonancia en otros países de la región, especialmente en aquellos que reconocen derechos limitados a la población LGBTI.

Como muestra la tabla 1, se recolectaron noticias de 14 medios distintos, 11 de los cuales se publican en Costa Rica. La información contenida en esta tabla también permite hacer algunas apreciaciones interesantes sobre la atención que los medios brindaron al fallo. Así, los dos medios que publicaron una mayor cantidad de noticias sobre el tema, siete en cada caso, fueron CrHoy.com, un periódico digital; y el Semanario Universidad, un medio de comunicación de la Universidad de Costa Rica (UCR). Sin embargo, este último al tratarse de un *semanario*, no tiene ediciones diarias, como es el caso de los otros medios revisados, por lo tanto, es posible inferir que el tema de la resolución de la Corte IDH fue especialmente importante para el Semanario Universidad, en comparación a los otros medios revisados, tomando en consideración la cantidad de noticias que publicó en el tema en relación al número de sus ediciones publicadas en dicho periodo.

CUADRO 1. CANTIDAD DE NOTICIAS SOBRE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE IDH, RECOPIADAS POR MEDIO DE COMUNICACIÓN. 2018

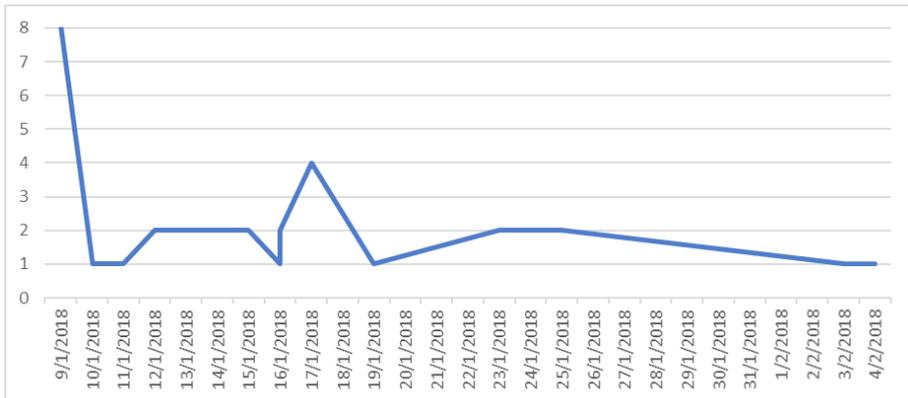
MEDIO	NÚMERO DE NOTICIAS
CrHoy.com (Costa Rica)	7
El Semanario Universidad (Costa Rica)	7
La Nación (Costa Rica)	3
La República (Costa Rica)	3
El País (España)	3
El País.cr (Costa Rica)	2
El Mundo.cr (Costa Rica)	2
La Prensa (Nicaragua)	2
La Voz de Guanacaste (Costa Rica)	1
La Prensa Libre (Costa Rica)	1
El Guardian.cr (Costa Rica)	1
El Telégrafo (Ecuador)	1
Surcos Digital (Costa Rica)	1
Noti Costa Rica	1

Fuente: *Elaboración propia.*

En total, se recolectaron 35 noticias que hacían referencia a la opinión consultiva de la Corte IDH. El gráfico 1 muestra que la mayor cantidad de noticias fueron publicadas el 9 de enero del 2018, con el propósito de dar a conocer lo dictaminado por le Corte IDH ese propio día. A partir de ahí, la cantidad de notas publicas disminuye de manera considerable, siendo lo más común que se publicara una o dos noticas al día, hasta el día de las elecciones. Este comportamiento de los medios contrasta con lo ocurrido en la campaña electoral costarricense durante el mismo periodo, ya que ahí el tema de la resolución de la Corte IDH acaparó la discusión, especialmente por aquellos candidatos y

partidos políticos que se oponían a su contenido (Díaz González, 2018a; Rosales Valladares, 2018).

GRÁFICO 1. CANTIDAD DE NOTICIAS PUBLICADAS SOBRE LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE IDH, ENTRE EL 9 DE ENERO Y EL 4 DE FEBRERO DEL 2018.



Fuente: Elaboración propia.

ANÁLISIS DEL CONTENIDO

En primer lugar, se pasará a analizar el contenido de los titulares de las noticias publicadas sobre la resolución de la Corte IDH. Como mencionan Leñero y Marín los titulares son “(...) *“el grito”, la llamada de atención con la que los medios anuncian la noticia [el resaltado es original]*” (Leñero & Marín, 1986, p. 60); así estos buscan centrar la atención de la persona lectora en un aspecto o tema particular de la información que el medio busca transmitir, buscando afianzar entonces esa idea o percepción en la imagen que se construye a partir de la lectura del artículo. Adicionalmente, es necesario señalar que la selección de la forma en que se expresa o comunica un mensaje, especialmente en lo concerniente a los medios de comunicación, no puede ser considerado simplemente

como una decisión estilística, sino que la forma en que se construye el mensaje tiene el propósito en el discurso informativo de inducir en el público una forma determinada de interpretar dicha información (Fernández García, 2005, pp. 220–221).

DIAGRAMA 1. LISTADO DE PALABRAS MÁS COMUNES EN LOS TITULARES DE NOTICIAS QUE INFORMAN SOBRE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE IDH SOBRE LOS DERECHOS DE LA POBLACIÓN SEXUALMENTE DIVERSA. COSTA RICA, 2018



**Solo se incluyen palabras que se repiten, al menos, dos veces en los titulares.*

Fuente: *Elaboración propia.*

El diagrama 1 muestra las palabras más comunes presentes en los titulares. Se observa que la palabra más utilizada es “Matrimonio”, seguido por “Gay”, “Costa Rica” y “Corte IDH”; en otras palabras, se puede inferir que los titulares posicionan principalmente la idea en la población que la resolución de la Corte IDH permite la existencia del matrimonio de personas del mismo sexo en Costa Rica. Este aspecto es importante de resaltar porque la resolución de la Corte IDH trataba en general de distintos derechos de la población sexualmente diversa, y al concentrarse los

medios en el matrimonio igualitario invisibilizan, por ejemplo, los derechos de las personas trans.

Al pasar a revisar el contenido de las noticias, se constata que el enfoque o tema prioritario abordado por estas son los “Derechos Humano”; sin embargo, también predomina en el contenido de las noticias el tema del “matrimonio igualitario” y, al igual que en los titulares de las noticias, otros temas relacionados con los derechos de la población sexualmente diversa fueron abordados solamente de manera tangencial, o bien, ignorados del todo.

DIAGRAMA 2. LISTADO DE PALABRAS MÁS COMUNES EN EL CONTENIDO DE LAS NOTICIAS QUE INFORMAN SOBRE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE IDH SOBRE LOS DERECHOS DE LA POBLACIÓN SEXUALMENTE DIVERSA. COSTA RICA, 2018



**Solo se incluyen palabras que se repiten, al menos, treinta veces en el contenido de las noticias*

Fuente: *Elaboración propia.*

Además, tanto en los titulares como, especialmente, en el contenido de las noticias se relaciona la resolución de la Corte IDH con el proceso electoral que se estaba llevando a cabo en Costa Rica en ese momento. Las noticias destacan especialmente la posición de Fabricio Alvarado Muñoz, candidato del PRN, quien se manifestó no solo en contra de la resolución de la Corte IDH, sino que acusó a este organismo internacional de atentar contra la soberanía del país:

Otro de los candidatos que se mostró indignado fue Fabricio Alvarado del Partido Restauración Nacional (PRN).

“No nos extraña esta posición de la Corte Interamericana, que no es más que una recomendación o un criterio y por tanto no es vinculante.

Ha sido su línea promover estos temas y ha sido su línea también violentar la soberanía de los Estados, como ya lo hizo con Fecundación In Vitro, como lo ha hecho en otros países”, señaló Alvarado. El aspirante atribuyó al PAC la responsabilidad por la opinión de la Corte, y de promover el aborto y la ideología de género. (Granados, 2018)

Sin embargo, a pesar de dar prioridad a las declaraciones de un candidato presidencial que se oponía a la resolución de la Corte IDH, en general los medios parecen tener una posición favorable hacia esta. El cuadro 2 muestra una clasificación de las noticias publicadas por los medios sobre la opinión consultiva de la Corte IDH, según la temática predominante de la noticia y la posición sobre la cual se aborda el tema. Así, de las 35 noticias publicadas, 15 tienden a tener una disposición a resaltar la resolución como algo positivo, 14 adoptan una posición informativa “neutra”, y 6 se concentran en informar opiniones negativas o contrarias al criterio de la Corte.

CUADRO 2. POSICIÓN DE LAS NOTICIAS PUBLICADAS RESPECTO A LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE IDH SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS SEXUALMENTE DIVERSAS. COSTA RICA, 2018.

TEMÁTICA	POSITIVO	NI POSITIVO NI NEGATIVO	NEGATIVO	
Proceso Electoral	2	4	5	11
Implementación de la consulta	13	10	1	24
Total	15	14	6	35

Fuente: *Elaboración propia.*

Además, dado que la opinión consultiva de la Corte IDH se emitió antes de las elecciones nacionales del 2018, no es extraño que 11 de las noticias presente la información de la resolución en el contexto del proceso electoral. Una crítica expresada por la ciudadanía costarricense es que la resolución de la Corte IDH y, especialmente, el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo, acaparó la discusión durante la campaña electoral en detrimento de otros temas que eran considerados de relevancia para la población (Díaz González, 2018a, 2018b). También se debe destacar que en las noticias cuya temática principal era el proceso electoral, dominaron las notas negativas. Debido a esta situación, diversos análisis han apuntado que la resolución de la corte IDH, así como el tratamiento de la información dado por los medios a este tema, tuvo un impacto en la conducta electoral de la población costarricense, y promovió el crecimiento electoral de un candidato cristiano-conservador, Fabricio Alvarado, que se oponía fuertemente a los derechos de la población LGBTI (Díaz González, 2018b; Nájjar, 2018; Rosales Valladares, 2018).

Sin embargo, es necesario destacar que en los medios revisados predominaron principalmente las noticias relacionadas con la implementación de la consulta, es decir, sobre los cambios

administrativos y legales que debían realizarse en Costa Rica para poner en práctica lo solicitado por la Corte IDH para garantizar de manera efectiva los derechos de la población LGBTI. Nuevamente hay que señalar que esta disposición no es extraña, ya que en otros trabajos se ha destacado que la disposición de los medios costarricenses es la de resaltar el tema de los derechos humanos en su vertiente legal-administrativo, dejando por fuera los aspectos sociales y políticos referente a su implementación (Díaz González, 2013), incluyendo el tema de los derechos sexuales y de las minorías (Díaz González, 2012).

IMPACTO ELECTORAL DE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE IDH

Anteriormente se indicó que varios análisis suponen que la resolución de la Corte IDH tuvo un impacto en los resultados de las elecciones nacionales 2018; especialmente porque se trataba de un tema aún polémico y al cual se oponían un importante número de la población costarricense, según indican los estudios de opinión públicas reseñadas páginas atrás. No obstante, si bien no se puede descartar que esta resolución haya influido en la intención de voto de la población costarricense, su impacto parece haber sido más limitado de lo que se ha especulado.

En febrero del 2018 el IDESPO realizó un estudio de opinión pública, en el cual uno de sus ovejitos era determinar que factores influyeron en la población para decidir por cuál candidato votar (IDESPO, 2018). El cuadro 3 muestra que la principal razón que las personas encuestadas perciben influyó en su decisión de cómo votar fueron los debates entre los candidatos a la presidencia (3,3), seguidos por las noticias que informaron sobre la campaña (2,9), las conversaciones sostenidas con familiares, amigos y vecinos (2,93), las campañas realizadas por los partidos políticos (2,82) y las manifestaciones de los analistas políticos (2,78). En cuanto a

las razones que, según la población encuestada, tuvieron menos peso a la hora de decidir cómo votar, se encuentran la resolución de la CIDH sobre los derechos la población LGBTI (2,46), los comentarios en redes sociales (2,26) y las manifestaciones realizadas por los superiores en su lugar de trabajo (1,64). Por lo tanto, de manera general, la resolución de la Corte IDH se aleja de ser el motivo principal que influyera en la preferncia electoral de la población.

CUADRO 3. PERCEPCIÓN DE LA POBLACIÓN ENCUESTADA SOBRE LAS RAZONES QUE INFLUYERON EN LA DECISIÓN DE SU VOTO. COSTA RICA, 2018

RAZONES	VALOR MEDIO
Los debates entre los Candidatos a la Presidencia	3,3
Las noticias que informaron sobre la Campaña electoral	2,99
Las conversaciones que sostuvo con familiares, amigos o vecinos	2,93
Las campañas realizadas por los Partidos Políticos	2,82
Las manifestaciones realizadas por analistas políticos	2,78
Las conversaciones que tuvo con compañeros/as de trabajo.	2,51
La resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre los derechos de las parejas del mismo sexo y la población LGBTI	2,46
Los comentarios en redes sociales (Facebook, twitter, etc) sobre la Campaña Electoral	2,26
Las manifestaciones realizadas por los superiores de su lugar de trabajo	1,64
*A las personas encuestadas se les consultó “En una escala de 1 a 5, donde 1 es que no le influyó en nada y 5 le influyó completamente, ¿qué tanto influyeron las siguientes razones en su decisión sobre cómo votar?”	

Fuente: IDESPO-UNA. Encuesta Percepción de la ciudadanía costarricense con respecto al proceso electoral 2018. Febrero, 2018.

Asimismo, el cuadro 4 muestra como las distintas razones influyeron en las personas que emitieron su voto por los cuatro candidatos que obtuvieron el mayor respaldo electoral en la primera ronda de febrero del 2018. En todos los casos la resolución de la Corte IDH no fue un factor que tuviera un peso importante para decidir por cuál candidato vota ya que, por ejemplo, los debates presidenciales o las noticias por las campañas son percibidas como más influyentes. Sin embargo, para el caso de las personas que emitieron su voto por Fabricio Alvarado, la resolución de la Corte IDH es la segunda razón que se percibe como más influyente para determinar por quién votar en la primera ronda electoral. Por lo tanto, es posible inferir que la resolución de la Corte IDH fue principalmente influyente en el comportamiento electoral de aquellas personas que dieron su voto al PRN; sin embargo, a nivel de las elecciones presidenciales esta agrupación tuvo el apoyo del 16% de todo el electorado (aproximadamente un 25% de los votos válidos emitidos), por lo que influyó de manera importante a un segmento reducido de la población costarricense.

CUADRO 4. PERCEPCIÓN DE LA POBLACIÓN ENCUESTADA SOBRE LAS RAZONES QUE INFLUYERON EN LA DECISIÓN DE VOTAR POR DISTINTOS CANDIDATOS PARA LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. COSTA RICA, 2018

RAZONES	FABRICIO ALVARADO (PRN)	CARLOS ALVARADO (PAC)	ANTONIO ÁLVAREZ (PLN)	RODOLFO PIZA (PUSC)
Los debates entre los Candidatos a la Presidencia	3.54	3.58	2.97	3.48
Las noticias que informaron sobre la Campaña electoral	3.08	3.02	3.00	2.84
Las conversaciones que sostuvo con familiares, amigos o vecinos	2.77	3.32	2.88	2.89

RAZONES	FABRICIO ALVARADO (PRN)	CARLOS ALVARADO (PAC)	ANTONIO ÁLVAREZ (PLN)	RODOLFO PIZA (PUSC)
Las campañas realizadas por los Partidos Políticos	3.10	2.88	2.82	2.2
Las manifestaciones realizadas por analistas políticos	2.48	3.07	2.66	3.09
Las conversaciones que tuvo con compañeros/as de trabajo.	2.25	2.84	2.34	2.31
La resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre los derechos de las parejas del mismo sexo y la población LGBTI	3.30	2.47	2.26	2.02
Los comentarios en redes sociales (Facebook, twitter, etc) sobre la Campaña Electoral	2.29	2.51	2.07	2.30
Las manifestaciones realizadas por los superiores de su lugar de trabajo	1.50	1.6	1.47	1.36

***A las personas encuestadas se les consultó “En una escala de 1 a 5, donde 1 es que no le influyó en nada y 5 le influyó completamente, ¿qué tanto influyeron las siguientes razones en su decisión sobre cómo votar?”**

****Solo se incluyen los resultados de los cuatro candidatos que obtuvieron más votos en la primera ronda electoral de febrero del 2018.**

Fuente: IDESPO-UNA. Encuesta Percepción de la ciudadanía costarricense con respecto al proceso electoral 2018. Febrero, 2018.

CONSIDERACIONES FINALES

El tema de los derechos de la población sexualmente diversa en Costa Rica aún genera rechazos en importantes segmentos de la población costarricense. No obstante, esto contrasta con la actitud de las autoridades de gobierno, las cuales -de manera gradual- han impulsado acciones para promover los derechos de este grupo de

la población. Asimismo, el discurso de los medios de comunicación ha tendido a ser favorable en lo que respecta a la promoción de los derechos de la población sexualmente diversa.

Los datos revisados en el presente análisis permiten afirmar que los medios tendieron a informar de manera positiva la resolución de la Corte IDH sobre los derechos de la población sexualmente diversa; sin embargo, concentraron su información en el tema del matrimonio igualitario, invisibilizando de manera completa otros derechos y temas abordados por dicha resolución. Además, hubo una tendencia moderada de enmarcar las noticias sobre este tema en la campaña electoral que se estaba desarrollando en ese momento en Costa Rica.

A pesar de lo anterior, y del criterio expresado por diversos análisis, el impacto de la resolución de la Corte IDH en el comportamiento electoral de la población costarricense parece que fue limitado. Si bien los datos expuestos permiten inferir que este tema consolidó el caudal electoral de Fabricio Alvarado Muñoz, ya que lo posición de este se presenta como una razón importante entre sus electores para emitir su voto, finalmente su caudal electoral en la primera ronda no fue amplio.

REFERENCIAS

- Bosques, D. (2018, febrero 10). Ayudas que dan iglesias evangélicas pesaron en triunfo de Fabricio Alvarado en Limón. *La Nación*. Recuperado de <https://www.nacion.com/el-pais/politica/viveres-medicinas-y-mejoras-en-casas-pesaron-en/JSJ76NAMQVF67EGN3L6PYIY66U/story/>.
- Díaz González, J. A. (2012). Prensa escrita costarricense ante el referéndum sobre uniones de personas del mismo sexo (2010). *Revista Rupturas*, 2(2), 294–326.
- Díaz González, J. A. (2013). De caminatas a los juzgados: análisis del discurso de los medios de prensa sobre el proyecto minero Crucitas. *Polis. Revista Latinoamericana*, (36). Recuperado de <http://journals.openedition.org/polis/9496>.
- Díaz González, J. A. (2018a). El gobierno del bicentenario en Costa Rica. *Foreign Affairs Latinoamérica*, 18(4), 37–44.
- Díaz González, J. A. (2018b, febrero 8). Elecciones 2018 en Costa Rica. Recuperado el 11 de octubre de 2018, de <http://revis-tafal.com/elecciones-2018-en-costa-rica/>.
- Fernández García, F. (2005). Valores del léxico en el discurso informativo: Enfoque crítico. *Estudios de Sociolingüística*, 2(6), 219–241.

- Fuentes Belgrave, L. (2019). Politización evangélica en Costa Rica en torno a la agenda “provida”: ¿Obra gracia del Espíritu Santo? *Rupturas*, 9(1), 85–106.
- Granados, G. (2018, enero 10). Mario Redondo sobre matrimonio gay: Sigue que nos impongan el aborto. *La Prensa Libre*. Recuperado de <http://www.laprensalibre.cr/Noticias/detalle/129204/mario-redondo-sobre-matrimonio-gay:-sigue-que-nos-impongan-el-aborto>.
- IDESPO. (2015). *Percepción sobre aspectos de la coyuntura y las culturas políticas en Costa Rica*. Universidad Nacional de Costa Rica.
- IDESPO. (2017). *Percepciones sobre convivencia y derechos humanos*. Universidad Nacional de Costa Rica.
- IDESPO. (2018). *Informe de Encuesta Percepción de la ciudadanía costarricense con respecto al proceso electoral 2018* (Programa Umbral Político). Heredia: Insituto de Estudios Sociales en Población, UNA. Recuperado de <http://www.repositorio.una.ac.cr/handle/11056/14160>.
- Jiménez Bolaños, J. D. (2014). Temáticas en construcción: El desarrollo de los estudios LGBT en Costa Rica, 1980-2013. *Cuadernos Inter.c.a.mbio sobre Centroamérica y el Caribe*, 11(2), 91. <https://doi.org/10.15517/c.a..v11i2.16311>.
- Jiménez Bolaños, J. D. (2016). De lo privado a lo público: la celebración del Orgullo LGBTI en Costa Rica, 2003-2016. *Diálogos Revista Electrónica*, 18(1), 65. <https://doi.org/10.15517/dre.v18i1.25719>.
- Leñero, V. & Marín, C. (1986). *Manual de Periodismo*. México DF: Editorial Grijalbo.

- Nájar, A. (2018, febrero 5). El “shock religioso” que puso al predicador de una iglesia evangélica como favorito para las presidenciales de Costa Rica. *BBC Mundo*. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-42884219>.
- Rosales Valladares, R. (2018). Costa rica: volatilidad, fragmetación, schock religioso y decisiones de último minuto. En *Nuevas campañas elecorales en América Latina* (pp. 55–68). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer.
- Vargas, S. E. (2013). Discriminación estatal de la población LGBT. Casos de transgresiones a los derechos humanos en Latino América. *Sociedad y Economía*, (25), 23.

LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL MARCO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ*

 <https://orcid.org/0000-0002-4681-6625>

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo pretende dar cuenta del desarrollo jurisprudencial de los derechos de las parejas del mismo sexo en relación con el derecho a la igualdad y el principio democrático frente a los derechos fundamentales. Para ello se realizan unas primeras aproximaciones conceptuales a la igualdad, seguidamente se hacen algunas consideraciones metodológicas relevantes sobre

* Doctorando en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Máster in Global Rule of Law de la Università degli Studi di Genova (Italia). Abogado y agíster en Derecho de la Universidad Santiago de Cali (Colombia). Profesor investigador de Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali.

 eclosion@hotmail.com.

Cita este capítulo:

Gómez Martínez, D. L. (2021). Los derechos de las parejas del mismo sexo en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana. En: Solís Bastos, L. P., Gómez Martínez, D. L. y Molina Hincapié, S. (Coords. académicos). *El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica* (pp. 137-210). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Díké. DOI: <https://dx.doi.org/10.35985/99789585134812.5>

Recepción/Submission: Mayo (May) de 2021.

Aprobación/Acceptance: Julio (July) de 2021.



la aplicación del derecho a la igualdad que incluyen una breve referencia al principio democrático. Luego se aborda el tema de los derechos de las parejas del mismo sexo en el Derecho Internacional y se hace una breve referencia a la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al caso Atala. Finalmente se realizan unas conclusiones sobre lo analizado.

1) APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y DOCTRINARIA AL DERECHO A LA IGUALDAD

El derecho a la igualdad, sin lugar a dudas, es uno de los pilares que sostiene el Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que este derecho marca una de las pautas deontológicas y teleológicas que las constituciones consagran con el fin de buscar formal y materialmente la igualdad de todas las personas frente al orden jurídico y las instituciones estatales. Por ello es bien sabido que tanto en el modelo de Estado de Derecho, como en el del Estado Social y en el del Estado Constitucional se caracterizan por la proclamación según la cual *todas las personas son iguales ante la ley*. Siendo dicha proclama meramente formal en el primer modelo, mientras que en el segundo y en el tercero es material o por lo menos se puede afirmar que existe un serio compromiso institucional y social por esa materialidad.

No obstante, aunque bien conocido y aceptado, el derecho a la igualdad no es siempre bien comprendido, pues en algunas ocasiones se termina equiparando la igualdad jurídica por fuera de su contexto y, así, se termina por tergiversar el mensaje de la igualdad. Por ello es importante contextualizar el derecho a la igualdad desde un punto de vista analítico y conceptual. Para analizar la igualdad es necesario observarla en los diferentes contextos en el que se usa el vocablo, como por ejemplo en espacios formalizados, descriptivos y prescriptivos (Comanducci, 2010, p. 8).

De esta manera en contextos formalizados, como en la lógica, la matemática o la geometría, la igualdad se refiere a la indistinguibilidad de las características de ciertos cuerpos o entes. Así, en estos contextos, la igualdad, se presenta a través del principio de identidad que pre ordena toda posibilidad de reflexión, por ejemplo en representaciones como $1+3=4$, la igualdad es una relación de identidad, o sea, lo igual es una muestra de lo idéntico y debe coincidir como tal. Lo igual, en este enfoque es, sin discusión: idéntico. (Comanducci, 2010, p. 8); en esta perspectiva no se puede entender la igualdad jurídica, el derecho a la igualdad no se resuelve en relaciones de identidad, por ello debe afirmarse que la cláusula según la cual todos somos iguales ante la ley, no refiere a juicio de identidad.

Ahora bien, en contextos descriptivos en los que siempre se tienen referencias empíricas que son analizadas a través de la observación, la igualdad opera como un concepto que se usa para describir o construir relaciones comparativas entre objetos que no son idénticos, pero que tienen una característica importante entre ellos, por tanto en estos contextos los juicios de igualdad, no son juicios de identidad y, por ejemplo, afirmar que dos objetos son iguales no quiere decir que sean idénticos. Por ejemplo, se pueden tener dos vasos que se presentan como tal, que por lo menos tienen una característica importante en común, pero que también tienen algunas diferencias y, sin embargo, se puede realizar válidamente un juicio que admita su igualdad, pero no se tratará de igualdad entre idénticos, sino entre semejantes. Lo que permite afirmar que en estos contextos los juicios de igualdad son, en realidad, juicios de semejanza y no juicios de identidad. Un juicio de semejanza, según lo anterior, puede expresarse bajo la fórmula $a=b$, siendo que a y b son distintos, pero resultan semejantes en características comunes e importantes, v.g.: son letras (Comanducci, 2010, p. 9); en la igualdad jurídica, en cierta medida se hacen juicios

de semejanza. La igualdad ante la ley refleja una semejanza en situaciones particulares y en relación con la ley.

Sin embargo, la igualdad jurídica o mejor los juicios de igualdad jurídica se desarrollan mejor en contextos prescriptivos. En estos el uso del concepto de igualdad se torna como unitario, pero a su vez permite la confluencia de varias concepciones, por ejemplo con contenido normativo, de estructura común, puramente formal, semánticas o prescriptivas propiamente dichas. Esto muestra que en contextos prescriptivos la igualdad es reconocida por todos como una misma cosa y, a su vez, se entiende de maneras distintas en situaciones y para personas diferentes. Por lo que, desde luego, se recurre a la fórmula según la cual se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; sin embargo esta fórmula es puramente formal y opera como significante vacío, es decir, no dice nada hasta tanto no sea llenada de contenido, esto es, hasta tanto no se diga quienes son los iguales y quienes son los diferentes respectivamente; y en qué resultan ser iguales y en qué diferentes (Comanducci, 2010, p. 11).

La gramática de la igualdad o el uso semántico del mismo refieren así a contextos dispares que justifican esas distinciones. La igualdad jurídica y sus juicios refieren a situaciones especializadas en el discurso del Derecho que han sido aclaradas por algunos teóricos del derecho como Riccardo Guastini. Él, por ejemplo, sostiene que los juicios de igualdad se enuncian a través de formas más o menos estandarizadas como X es igual a Y o A no es igual B. Importante es destacar que dichos juicios se presentan en el discurso *del* derecho o en el discurso *sobre* el derecho. Típicamente el discurso de las fuentes formales y el discurso doctrinal proponen usos del término igualdad solo en contextos de juicios de similitud o de analogía (Guastini, 1999, p. 193).

En relación con el lenguaje igualitario de las fuentes formales del derecho es importante resaltar que este se comunica a través de una norma de igualdad que, puesta en una Constitución, se dirige al legislador o a los jueces. Esta norma de igualdad, es importante reconocerlo, es una verdadera metanorma del ordenamiento que no tiene como fin regular o moldear en forma directa conductas humanas, sino que más bien lo que hace es regular la producción o aplicación de otras normas de inferior jerarquía (igualdad como valor). Cuando por ejemplo la Constitución se refiere a la igualdad *en la ley*, esta una metanorma que regula sustantivamente el proceso de configuración legislativa. Pero si se hace referencia a una igualdad *ante la ley*, como en el caso de al artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, se constituye, en realidad, en una metanorma sobre la aplicación de la ley (Guastini, 1999, p. 194).

En todo caso, la metanorma de igualdad presenta siempre un rasgo formal, pues a decir verdad la igualdad formal y la igualdad jurídica son la misma cosa, pues la norma queda dotada de juridicidad si es válida en el sentido procedimental del término, pero ello no implica que sean inexistentes o inválidos los juicios de igualdad sustancial. Estos juicios ya no son formales y por ende en cierta medida separan la letra de las fuentes formales (es el típico caso de los derechos de la comunidad de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (LGBTI) o de las parejas del mismo sexo), ya que por ejemplo cuando se trata de juicios de igualdad de individuos o de clases de individuos, se puede decir que son sustancialmente iguales, aunque sean diferentes, y por tanto deben tratarse del mismo modo, prescindiendo de las diferencias; desde luego que aquí las razones ya no serán solamente jurídicas, sino como dice Guastini son directivas de política jurídica que prescriben alguna decisión al intérprete según el caso que se presenta (ibíd., 1999, p. 197).

La igualdad sustancial, es importante decirlo, es un tipo de igualdad que se sustenta desde una concepción liberal de la igualdad. Esta concepción no debe ser confundida con el concepto de igualdad que hace referencia a la igualdad formal que se institucionaliza a través de las reglas del ordenamiento, dictadas por los órganos competentes. Contrario sensu, la igualdad liberal o sustancial es una concepción universal que refiere a los sujetos iguales del liberalismo, es decir, todo los seres humanos en su totalidad, pero solo respecto a sus derechos, deberes y libertades fundamentales, pues los demás aspectos se otorgan según estatutos, merito o necesidad (Comanducci, 2010, pp. 16-17).

De esta manera se distingue en el uso del vocablo igualdad en sus diferentes contextos y se identifica cuáles de ellos son relevantes para el derecho. Además de esto, el concepto de igualdad debe determinar cuándo se está frente a una igualdad neutra o frente a una igual injusta, ya que hay formas de igualdad deseables y otras indeseables. Para ello hay que diferenciar entre dos tipos “básicos de reglas de igualdad, que podríamos denominar transitivas y no transitivas: mientras estas últimas prescriben derechos y deberes de manera categórica por ejemplo, (“Toda persona tiene derecho a un juicio justo”), las primeras prescriben un trato igual para una categoría de personas sólo en la medida en que ese trato se otorgue a otra categoría por ejemplo, (“Si la oferta de la empresa X da derecho a recibir una licencia pública de radio, también lo debe dar cualquier oferta igual de otras empresas”). En el primer caso la igualdad aparece como netamente deseable respecto de un determinado tratamiento, mientras que en el segundo, en cambio, su valoración es neutra, satisfaciéndose la igualdad tanto con un tratamiento positivo como con uno negativo, siempre que afecte a todas las partes. En este último tipo de casos, por tanto, resulta indiferente en términos de justicia que la igualdad se restablezca por supresión del privilegio a la parte beneficiada en exclusiva

como por la generalización del beneficio mediante su atribución a todos los considerados iguales” (Ruiz, 2003, pp. 53-54).

Ahora bien, dentro de sus propiedades definitorias estrictamente jurídicas, la Corte Constitucional ha dicho claramente que la igualdad puede ser entendida como un valor, un principio o un derecho (C-520: 2016). Siguiendo esta racionalidad triádica la Corte ha manifestado que la igualdad es una norma que fija fines y propósitos constitucionales que de manera obligatoria deben cumplir las autoridades públicas como el legislador o los jueces. De esta manera la igualdad fija patrones de interpretación y de argumentación que orientan la racionalidad del Estado conforme a la teleología propia de sus fines esenciales y el respeto por la dignidad humana y las garantías fundamentales.

La igualdad entendida como valor se presente como criterio orientador finalista en la interpretación judicial y en la labor del legislador, ya que como valor constitucional la igualdad debe ser entendida como uno de los puntos importantes que determinan la configuración legislativa y el ejercicio de la función judicial que llegue a concretarse, por ejemplo, en una sentencia. Es importante decir que la igualdad como valor no es norma de aplicación directa, sino que es una norma que se propone solo como un fin a alcanzar, por medio de la concreción de los principios, las reglas y los derechos constitucionales (Nino, 2005, pp. 411-412).

Por ello, la Corte Constitucional ha dicho que la igualdad, entendida como un principio, debe ser comprendida como un mandato de optimización el cual debe aplicarse de la mayor manera posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. De esta manera, la igualdad como principio permite que los órganos del Estado introduzcan reglas concretas que permitan llevar a la efectividad el derecho a la igualdad como mandato optimizador,

por ello “la igualdad se manifiesta en una potestad o facultad subjetiva que impone deberes de abstención como la prohibición de la discriminación, al mismo tiempo que exige obligaciones puntuales de acción, como ocurre con la consagración de tratos favorables para grupos puestos en situación de debilidad manifiesta” (C-104: 2016).

De lo anterior se desprende la idea de la igualdad como derecho, toda vez que supone, como en todo derecho, correlativas obligaciones y la existencia de sujetos activos y pasivos de una relación jurídica. De ahí que la igualdad como derecho encuentre sustento en la tesis de los derechos subjetivos, la cual propone fundamentalmente un contexto relacional subjetivo en el que se desarrollan el derecho y su correlativa obligación, la cuales se implican en esa relación, es decir, todo derecho supone la existencia de una obligación y toda obligación supone la existencia de un derecho. Por este motivo ha dicho la Corte Constitucional que el derecho a la igualdad debe aplicarse,

conforme al grado de semejanza o de identidad, se pueden precisar en cuatro reglas: (i) la de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) la de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras. Por último, en atención a su carácter relacional, el análisis de la igualdad da lugar a un juicio tripartito, pues involucra el examen del precepto demandado, la revisión del supuesto o régimen jurídico respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado y la consideración

del principio de igualdad. Por ello, ante la dificultad de este examen, la Corte suele emplear herramientas metodológicas como el juicio integrado de igualdad (C-104: 2016).

Como es claro, entonces, para la Corte Constitucional (C-179: 2016) la igualdad como valor es criterio orientador de la racionalidad interpretativa de los órganos del Estado. Como principio es un mandato de optimización que se concreta en ciertas reglas que determinan la función legislativa, judicial y administrativa del Estado. Y, entendida como derecho, la igualdad supone las existencias de mandatos (como principios o reglas) que implican obligaciones en el contexto de una relación jurídica subjetiva entre personas; para la Corte, es importante resaltar que la aplicación de la igualdad implica la observancia de criterios metodológicos, como los test de igualdad, de los cuales diremos lo propio en la sección siguiente.

Así las cosas, es importante destacar en pro de esta conceptualización que el Derecho a la igualdad se desenvuelve desde su óptica material en el Estado Social de Derecho. Mientras que en su visión formal tiene ocasión en el Estado de Derecho. Aspecto con el cual es posible, inclusive, distinguir estos dos modelos de Estado. Pues en el Estado Social de Derecho nos encontramos frente a un establecimiento que fija sus metas con arreglo a fines y que, así mismo, no se contenta con la reglamentación normativa de las garantías básicas de sus ciudadanos, sino que se fija ejes programáticos para llevarlas a la realidad, para ponerlas en marcha en la existencia de la gente. Mientras que el Estado de Derecho se caracteriza, por ser aquel Estado que solo consagra formalmente dichas garantías sin esmerarse por llevarlas a la práctica (Parra, 2012, pp. 13-14).

Por ello, debe comprenderse en el contexto colombiano, el derecho a la igualdad desde una óptica material, en razón a que como lo regula claramente el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia, nuestro establecimiento es un Estado Social de Derecho, lo que desde luego tiene esa implicación. Como afirma el profesor Carlos Parra (2012, p. 16) la definición de Estado Social de Derecho establece que bajo este modelo de Estado el establecimiento está obligado a brindar a la sociedad seguridad jurídica en sentido amplio, es decir, asegurar materialmente las circunstancias esenciales de la existencia, toda vez que los asociados pueden vivir en condiciones dignas en las esferas básicas de la vida. De tal forma que en el contexto del Estado Social de Derecho el establecimiento está obligado combatir la desigualdad y a tratar de asistir y/o proteger a aquellas personas que se encuentren en situaciones sociales desfavorables.

Por ello, la cláusula de Estado social de Derecho debe comprenderse como un principio de rango constitucional en cual se encuentran implícitos una serie de fines esenciales, deben interpretarse por parte de quienes conforman el poder público como obligatorios a la hora de legislar, administrar o impartir justicia. En este orden de ideas el legislador debe dictar leyes orientadas hacia la justicia social, política y económica. Esto, por supuesto, implica que no solo el Estado sino también la sociedad actúe bajo el mandato de la dignidad humana, el cual implica que el hombre es un fin en sí mismo y, por ende, no es un medio para un fin, es decir, el hombre no puede ser cosificado o reducido a la categoría de objeto al punto de menguar o desconocer su autonomía y su libertad; por tanto la dignidad humana permea la vida misma de este imperativo, razón por la cual el Estado debe garantizarle a las personas el mínimo vital, construir condiciones para que los asociados puedan ser libres en igualdad e iguales en libertad en una lógica en la cual puedan gozar

materialmente de los derechos fundamentales y de los derechos sociales, económicos, sociales y culturales y del medio ambiente reglados en carta política (Parra, 2012, p. 17).

Por tal motivo la cláusula de Estado Social de Derecho implica una consagración y aplicación del principio y del Derecho a la igualdad “en sus múltiples manifestaciones, incluyendo la igualdad de oportunidades, la igualdad real y efectiva o las acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados y de personas que por su condición económica física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (artículo 13 de la Constitución Política), representa la garantía más tangible del Estado Social de Derecho para el individuo o para grupos de personas expuestos a sufrir un deterioro, donde todas las personas merecen la misma consideración y respeto. Es a partir precisamente del artículo 13, en concordancia con los (artículos 1, 2, 11 y 85 de la Constitución Política), que la jurisprudencia constitucional ha reconocido el mínimo vital, el cual adquiere especial relevancia en el contexto de la intervención del Estado en la economía, en virtud del artículo 334 Superior” (Parra, 2012, p. 21).

Por último, es relevante decir que la cláusula de Estado Social de Derecho en concordancia con la igualdad, la libertad, la dignidad humana y los derechos básicos en general no implican solo decisión jurídica, sino también una decisión política generadora de justicia social, es decir, el hecho que la Constitución Política consagre mandatos como el de igualdad y que el Estado de Derecho por ser social deba ponerlos en práctica implica también que los jueces y en general los órganos del Estado debe comprometerse con algo que la aplicación de las normas, o sea, deben optar por un compromiso por la justicia social, entendida como la realización de actos tendientes a eliminar la brecha de la desigualdad y la falta de oportunidades en la vida en sociedad (Parra, 2012, p. 30).

Por ello la justicia social no puede ser entendida como un mero programa político de cumplimiento discrecional por parte del Estado en general y por parte de la jurisdicción constitucional en particular, pues el juez constitucional no puede ignorar lo que la sociedad concibe como justo o injusto o como políticamente correcto o incorrecto, porque él en su labor judicial debe orientarse necesariamente por los principios y valores constitucionales que el poder constituyente ha dejado plasmados en la carta magna, pues esos valores y principios constituyen un legado social, cultural, económico y político que determina la interpretación del ordenamiento jurídico y los problemas sociales que deben ser resueltos a luz del sistema constitucional (Parra, 2012, p. 31); justamente esto es lo que ha hecho la Corte Constitucional.

2) EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EN LA DOCTRINA

El derecho a la igualdad es una de las positivizaciones más antiguas de la modernidad. En junio 12 de 1776 fue reglamentado en la Declaración de Derechos de Virginia. Luego en 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 1 diría que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho. Las distinciones sociales pueden fundarse en la utilidad común”. Cabe recordarse también que la igualdad encuentra regulación en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando esta manda que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley”. De la misma forma el Protocolo de San Salvador complementa tal reglamentación al consagrar la obligación de no discriminación en su artículo 3. De esta manera la igualdad ha sido una exigencia internacional desde aquellos tiempos, sin embargo puede decirse que su eficacia ha

sido lenta y progresiva en Europa y el resto del mundo. En países latinoamericanos se ve también una creciente fuerza en materia de igualdad sin embargo son construcción social ha sido aún más lenta que en Europa y Norteamérica. Por ejemplo,

En Colombia este derecho ha sido incluido en la mayoría de constituciones. Sin embargo, la Constitución de 1886, de mayor vigencia en el país, no previó expresamente a la igualdad como derecho, teniendo que ser deducido por vía jurisprudencial [...] lo que en la práctica restó eficacia al derecho durante 105 años, hasta el punto que la Corte Suprema de Justicia lo tratara solamente en nueve fallos y el Consejo de Estado en tres fallos de nulidad durante el mismo periodo, todo lo cual contrasta con el trabajo de la Corte Constitucional, en el que uno de cada diez asuntos trabajados, tiene que ver con el derecho a la igualdad. Bien puede concluirse entonces que durante la Constitución de 1886, el de igualdad fue un derecho normativamente inexistente y mínimamente protegido por los jueces (Quinche, 2009, p. 207).

Ahora bien, en tiempos de la Constitución Política de 1991 debe decirse que el derecho a la igualdad ha sido parte de la columna vertebral que sostiene el Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Puede decirse que toda sociedad institucionalizada y por ende regida por un ordenamiento jurídico tienen como razón la salvaguarda de un criterio de justicia, el cual encuentra fundamento en que sus integrantes sean tratados, en relación con el reparto de beneficios y cargas públicas, en forma equitativa de tal forma que tengan oportunidades paritarias para el ejercicio de sus derecho constitucionales; en este sentido el Derecho a la igualdad implica ciertos deberes que el Estado y los particulares deben observar.

Estos deberes que se inspiran, en una igualdad en la ley y un igualdad *ante* la ley han ido entendidos en la jurisprudencia temprana de la Corte Constitucional a través de cuatro mandatos que han dotado de sentido al artículo 13 de la Constitución Política de Colombia. Estos mandatos se conocen como,

1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), y 4. Un mandado de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud) (Sentencia C – 022, 1996).

Tal como se ha reconocido estos cuatro mandatos que dotan sentido al derecho a la igualdad ostentan dos dimensiones, una subjetiva y otra objetiva, que se relacionan directamente con el ámbito de su regulación y aplicación. Desde el punto de vista subjetivo la igualdad se comporta precisamente como un derecho que otorga ciertas prerrogativas a su titular que le permiten realizar exigencias al Estado y a los particulares tendientes al cabal cumplimiento de los mandatos que implican la existencia de la igualdad como principio fundamental del Estado y como derecho constitucional básico de una sociedad democrática.

Ahora bien, desde la óptica de su objetividad el principio y el derecho a la igualdad se regulan teniendo en cuenta dos tipos de fundamentos. Por un lado la regulación constitucional tiene en

cuenta que la igualdad debe manifestarse *ante la ley y en la ley*. Lo que implica que los mandatos del derecho a la igualdad deben ser eficaces en la lógica judicial y administrativa del Estado Constitucional (igualdad ante la ley) y, también, que actuando como derecho subjetivo esa eficacia tenga efectos que se concreten en las actuaciones del legislador (igualdad en la ley) (Quinche, 2009, p. 258).

Así las cosas, el contenido del derecho a la igualdad ordena, a grandes rasgos, que en el Estado Constitucional es imperativa la idea una igual consideración y respeto en relación con el trato que las personas deben recibir de las autoridades y los particulares, lo que desde luego impone un deber de justificación cuando se realizan actos discriminatorios o se presenta diferencias de trato; sin embargo este estado de cosas no ha sido siempre así. Cabe recordar que,

Inicialmente en la época del liberalismo y la primera formulación de derechos individuales, el derecho a la igualdad resultaba ser una simple declaración abstracta, que contenía la formulación general según la cual, todos los individuos eran libres e iguales ante la ley, sin importar que en términos reales no los fueran o que fuesen tratados con diferencia. Sin embargo y a partir de la formulación de las ideas socialistas, se determinó que el eje de la igualdad no estaba en la declaración abstracta de ser iguales, sino en el derecho a ser tratado con igualdad, y en un plano más profundo, el derecho a la igualdad de oportunidades. Así, a la vez que se proscribían las diferencias de trato no justificadas, se obligaba a establecer diferencias de trato que ayudaran a disminuir las condiciones sociales de desigualdad respecto de grupos históricamente discriminados, como los indígenas, las mujeres, los afroamericanos o los pobres, por medio de las llamadas acciones de discriminación afirmativa, así como

de las personas en estado de discapacidad. A la base de este derecho se encuentra el principio de dignidad humana, que proscribe la diferencia de trato y la discriminación. (Quinche, 2009, p. 138)

Si observa con atención el artículo 13 de la Constitución Política puede verse con claridad que la formulación allí planteada es consistente con la segunda etapa de la existencia del derecho a la igualdad, es decir, aquella que hace gala de las ideas socialistas que imprimieron en el Estado Constitucional la garantía de eficacia de los derechos fundamentales. Por ello el enunciado normativo contenido en el citado artículo no se limita a una sola consagración abstracta sino que refiere a deberes de protección, promoción y trato igualitario, consagrando para ello criterios objetivos de discriminación que refuerza con el criterio genérico de debilidad manifiesta para terminar ordenando perentoriamente un deber de sanción contra quienes cometan abusos o maltraten de alguna forma la dignidad de estas personas o de grupos históricamente marginados.

No obstante, debe decirse que la formulación del artículo 13 se entiende ora como principio ora como derecho, constituye un enunciado normativo demasiado abierto, razón por la cual se suelen presentar varios problemas interpretativos al momento de su comprensión y aplicación, sobre todo cuando se trata de los mandatos tercero y cuarto que se dejaron enunciados arriba. Con otras palabras, cuando se trata de un *trato igual a pesar de la diferencia* o de un *trato diferente a pesar de la similitud* el debate se torna fuerte y profundo a la hora de justificar la aplicación de estos criterios a un caso concreto, como por ejemplo, el caso de la comunidad LGBTI o el caso de las parejas del mismo sexo, pues suele ser bastante controvertido el argumento según el cual el artículo constitucional citado impone, por ejemplo, tratar igual

a las parejas homosexuales y a las parejas heterosexuales siendo que estas y aquellas son bien diferentes y, por tanto, no deberían gozar de los mismos derechos. De estos nos ocuparemos mas adelante. Por ahora cabe resaltar que,

estos dos últimos mandatos conforman el eje de la definición del principio de la igualdad en la Constitución colombiana. El artículo 13 establece el mandato de trato paritario en su inciso 1º, y en sus incisos 2º y 3º el mandato de trato diferenciado. En el lenguaje de la Constitución, mientras el mandato de trato paritario se denomina prohibición de discriminación-correlativa a la prohibición de tratar de manera privilegiada a ciertos destinatarios del derecho-, el mandato de trato diferenciado recibe el nombre de deber de “promoción” y de “protección” de los desfavorecidos, que corre a cargo del Estado (Bernal, 2005, pp. 258-259).

De esta manera conviene decir, también, en relación con el deber de promoción y la prohibición de discriminación que se trata de enunciados normativos indeterminados, pues como puede evidenciarse de la lectura del artículo 13 no se puede establecer de manera concluyente cuando un trato es discriminatorio y cuando el Estado vulnera por acción o por omisión los mencionados deberes de protección y promoción. Lo que permite decir que, por un lado, la indeterminación del artículo 13 es semántica, lo que implica desde el punto de vista de la interpretación, que ese enunciado es un marco abierto a varias posibilidades, lo que permite un amplio margen de aplicación. De otro lado, puede decirse que el artículo también posee un tipo de indeterminación estructural, toda vez que no determina qué tipo de medidas son válidas, obligatorias o posibles constitucionalmente, es decir, la Constitución no consagra en forma definitiva que estrategias deben ser adoptadas por el Estado para cumplir con los mandatos establecidos y así proteger el derecho a la igualdad (Bernal, 2005, p. 260).

En razón de esta indeterminación es claro que le corresponde a la Corte Constitucional determinar y delimitar el contenido de dicho artículo, realizando su concreción a través de la formulación y fundamentación de normas adscritas a ese enunciado normativo, las cuales constituyen el deber ser implícito en los artículos de la Constitución teniendo las determinaciones fácticas de cada caso concreto. En el caso del derecho a la igualdad estas normas adscritas tendrán la función de concretar cuando un trato diferenciado está ordenado, permitido o prohibido por la Constitución y cuando debe procederse o no a un trato igualitario. Para hacer esto es claro que la Corte tendrá que cumplir con fuertes cargas de argumentación que respeten exigencias de racionalidad y corrección, pues las normas adscritas no pueden ser el resultado de actos de poder o de argumentos de autoridad carentes de fundamentación, pues la Corte no está legitimada para adscribir normas que no estén basadas en la Constitución y el orden jurídico. De ahí que toda fundamentación que se juzgue correcta debe estar fincada en el marco constitucional (Bernal, 2005, p. 261). ¿Cómo logra la Corte establecer de manera correcta los criterios fundamentación de los tratos diferenciados?

Este es uno de los problemas claves de la interpretación del principio de igualdad. La necesidad de solucionarlo ha llevado a la jurisprudencia y a la doctrina de los países cuyas instituciones tipifican este principio a desarrollar diversos criterios para identificarlo. En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal acogió durante muchos años la solución propuesta por Leibholz y Triepel en la época Weimar, según la cual “se vulnera el principio de igualdad [...] cuando la disposición [que se enjuicia] debe ser catalogada como arbitraria”. Según esta antigua fórmula, la interdicción de la arbitrariedad debía ser considerada como el criterio para determinar el contenido del principio

de igualdad en casos concretos. No obstante, a partir de la sentencia del Primer Senado del Tribunal Constitucional Federal, del 7 de octubre de 1980, esta antigua fórmula fue reemplazada por una nueva, según la cual se vulnera el principio y el derecho a la igualdad “cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso que puedan justificar el trato diferente”. En esta nueva fórmula, el principio de proporcionalidad es el criterio para determinar el principio de igualdad. Mediante dicho principio se determina si el tipo y el peso de las diferencias que existen entre los grupos de destinatarios implicados en el caso justifican el trato diferente de unos en comparación con el de otros (Bernal, 2005, p. 261).

2.1. El juicio de igualdad según la Corte Constitucional

La Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha venido empleando diferentes criterios metodológicos para interpretar y aplicar el derecho a la igualdad (Sentencia, C – 179: 2006). Esos criterios metodológicos han sido denominados por la Corte como test de igualdad o juicio de igualdad. En su jurisprudencia pueden reconocerse tres tipos de test de igualdad. Dos han sido recepcionados de Europa (el test de razonabilidad y proporcionalidad) y Estados Unidos de Norteamérica (el juicio de tres tipos de escrutinios de igualdad) y, un tercer test, que ha sido creado por la Corte cuando esta trató de conciliar el test europeo y el norteamericano (el juicio integrado de igualdad).

Es importante resaltar que la Corte ha conciliado en intento por crear mejor o más adecuado a nuestro contexto, sacando lo mejor

o más útil del test europeo y norteamericano y, a decir verdad, el alto tribunal en ocasiones ha preferido aplicar el modelo europeo (T-230 de 1994) y en otras ocasiones ha aplicado el modelo norteamericano (C-563 de 1997). Sin embargo, como afirma el profesor (Parra, 2012, p. 99) la Corte no ha dado muchas explicaciones sobre por qué varía la aplicación de esos test y sobre cuales situaciones debe preferirse uno u otro test, lo que sin duda constituye una barrera comprensiva que dificulta entender el aspecto pragmático de dichos métodos de aplicación del derecho y del principio de igualdad.

2.2. El Test de igualdad europeo usado por la Corte

El primer criterio metodológico de aplicación del derecho a la igualdad puede observarse en un fallo temprano de la Corte (C – 022: 1996). En esta sentencia la Corte Constitucional decidió una demanda de inconstitucionalidad contra el literal b del artículo 40 de la Ley 48 de 1993. El numeral citado daba a todas las personas que hubieran prestado servicio militar un puntaje adicional del 10% en los exámenes de Estado que los bachilleres deben presentar como requisito para entrar a la universidad. Para resolver el problema jurídico planteado, el alto tribunal dijo que tal privilegio solo sería constitucionalmente valido si existiese una razón suficiente que lo justificara. Para hallar esa justificación la Corte dejó planteado que debía efectuarse un test de razonabilidad. En su momento la Corte Constitucional manifestó frente al test de razonabilidad que,

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para

el establecimiento de un trato desigual? Esta Corte, en la sentencia T-230/94, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad; en esta ocasión, completará esos lineamientos e introducirá distinciones necesarias para su aplicación al caso objeto de la demanda de inexecutable.

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae, el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.*
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.*
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.*

Luego, en aras de complementar el test de razonabilidad, la Corte procede a subdividir el análisis del trato desigual en otro test, el de proporcionalidad, el cual a través de los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, persigue la institucionalización de un guía analítica que permita indagar si el trato diferenciado o discriminatorio es válido a la luz de la constitución y de otros principios de mayor rango constitucional, que desde luego es útil para prescribir si se trata de un trato desigual permitido, ordenado o prohibido por la Constitución. En este sentido, el tribunal constitucional dice que,

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro

medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

En este pronunciamiento es claro que la Corte Constitucional sigue las fases de aplicación del principio de proporcionalidad que se ha aplicado en Europa, sobre todo por parte del Tribunal Constitucional alemán y español tanto en el ámbito de la igualdad como en el de las libertades y derechos fundamentales de defensa. Como afirma Bernal Pulido (2005, pp. 264-265), en casi toda la doctrina y jurisprudencia de esas latitudes el principio de proporcionalidad se encuentra como un método que se forma y articula a partir de la aplicación escalonada de los subprincipios de: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

2.3. El test de igualdad norteamericano usado por la Corte

En otras de sentencias de la Corte Constitucional (C – 265: 1994 y C – 673:2001), puede observarse que la alta corporación abandona la tradición del test de igualdad europeo y aplica de preferencia un test de igualdad que ha sido aplicado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, la cual en desarrollo de la máxima *equal protección*, reglamentada en la décimo cuarta enmienda de la Constitución Norteamericana, plantea la existencia y aplicación de tres tipos de niveles de escrutinios de igualdad, con los que se puede medir el nivel de intensidad de afectación al derechos a la igualdad. Esos tres niveles se conocen como el escrutinio débil, el escrutinio estricto y el escrutinio intermedio (Bernal, 2005, p. 266).

El escrutinio débil constituye la formula clásica de aplicación del derecho a la igualdad en Norteamérica, considera el alto grado al principio de democrático, es decir, es tipo de escrutinio reconoce en el legislador un amplio margen de apreciación en la configuración normativa. Por tanto este nivel de juicio de igualdad tiene leves exigencias para declarar constitucional un trato diferenciado, pues solo “basta que el trato diferente se enjuicia sea una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico” (Bernal, 2005, p. 267). Por ello se dice que este escrutinio es débil, porque se comporta con mucha laxitud frente a los tratos diferenciados, ya que solo exige que a) el trato diferente tenga un fin legítimo, y, b) que ese trato tan solo tenga una potencialidad adecuada para alcanzarlo y que, además, ese fin no es prohibido por la constitución, para que puede juzgarse legítimo. Con lo que se tiene que todo trato diferenciado que busque un fin protegido por la constitución y que se torne adecuado para alcanzar ese fin legítimo será constitucional (Bernal, 2005, p. 268).

Por su parte el escrutinio estricto, que desde los años 60 comenzó a ser aplicado en Norteamérica constituye hasta nuestros días uno de los avances más importante e interesantes en términos de interpretación y aplicación del derecho a la igualdad. Este nivel de análisis surgió precisamente porque el escrutinio débil empezó a tornarse insuficiente en relación con ciertos tratos diferenciados afectaban a colectivos identitarios o intereses que habían sido marginados, excluidos o diferenciados en forma negativa históricamente y, por ello, debían recibir una protección estatal especial que el escrutinio débil no permitía, ya que al considerar más importante el principio democrático, cualquier distinción que hiciera el legislador fundamentado en la constitución terminaba por ser válida.

En razón de ello el escrutinio estricto fundó su aplicación en tratos de diferenciados que se basen en criterios sospechosos como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la opinión política o filosófica, la condición social, condición sexual, la edad o la minusvalía. Todos estos criterios, como se sabe, aparecen reglamentados en la Constitución colombiana de 1991 en los artículos 13, 19, 42, 43 y 53, razón por la cual la Corte Constitucional los ha tomado para fundamentar la aplicación de este tipo de escrutinio en su jurisprudencia (C – 371: 2000). En este mismo nivel de escrutinio la Corte ha fundamentado cuando se trate conductas que abiertamente restringen derechos fundamentales o que afectan a minorías o grupos sociales que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, los cuales gozan de especial protección del Estado por expresa disposición constitucional (art. 7 y 13 C.P) (Bernal, 2005, p. 267). Respecto a las exigencias que este criterio impone se ha dicho que,

En los casos de escrutinio estricto, para que el trato diferenciado de un destinatario o de un grupo esté justificado

debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso. Esto quiere decir que el escrutinio estricto también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen tratos diferenciados al cumplimiento de dos exigencias: 1. Que la medida persiga, ya no solo un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado (un compelling interest), y 2. Que la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo. En lo que concierne a este última exigencia, la medida no debe ser solo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea (Bernal, 2005, p. 268).

En relación con las exigencias de este tipo de escrutinio de igualdad, es importante decir que el principio democrático no puede observarse con la misma intensidad que en el escrutinio débil, pues estas exigencias parten de la premisa que la constitución ha fijado unos límites inmodificables que el legislador debe observar de manera estricta, toda vez que frente a ellos no tiene amplios márgenes de consideración, como por ejemplo, de criterios sospechosos de trato discriminatorio, inequitativo o no igualitario. Por ello, bajo este criterio, la justificación de ese tipo de tratos se torna más exigente al punto de que si argumentativamente y probatoriamente no se logra desvirtuar la inconstitucionalidad de la medida, termina por presumirse que se trata de una violación al derecho a la igualdad y de pie para su protección integral e inmediata; este precisa el tipo de juicio que la Corte ha aplicado al caso de las parejas del mismo sexo en las sentencias en las que analizada la violación del derecho igualdad de la comunidad LGBTI en el que se incurre por omisión legislativa. Sobre esto se volverá más adelante.

Ahora bien, en el caso del escrutinio intermedio, se trata de la política de acciones afirmativas desarrollada por la Suprema Corte Norteamericana en los años 70. Este nivel es intermedio porque se sitúa entre los dos anteriores, se funda también en el análisis de casos de trato diferenciado por criterios sospechosos, como los que ya se han mencionado y tiene como objetivo la realización de acciones positivas respecto de minorías, grupos o individuos con el fin de que puedan alcanzar una igualdad real en la sociedad, es decir, este criterio solo se aplica a actos de diferenciación que no perjudican a esas minorías o grupos, sino todo lo contrario, se aplica para la realización de medidas que favorezcan a esas minorías o grupos (Bernal, 2005, p. 265).

El escrutinio intermedio también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen diferencias al cumplimiento de dos exigencias. La Corte Constitucional las ha expuesto del siguiente modo: es legítimo el trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante. Es decir: 1. Que el objetivo del trato diferente sea importante, y 2. Que entre dicho trato y el objetivo exista una relación de idoneidad sustantiva, o, en otros términos, que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial (Bernal, 2005, p. 269).

Frente a estos tipos de escrutinios y estas exigencias es imperativo decir que son analíticamente menos claros que en relación con principio de proporcionalidad. Además, solo toman en cuenta la legitimidad del objetivo constitucional y la característica de idoneidad de la medida mediante la que se realiza el trato diferenciado. Estos tipos de escrutinio no reparan en que el objetivo podría ser alcanzado por otras medidas que pudiesen ser iguales

o más idóneos sin que tener que realizar necesariamente un acto de diferenciación. Tampoco reparan en que “la legitimidad de las diferencias debe depender también de la relación que existe entre la intensidad en que se alcanza el objetivo de la medida y la intensidad en que se afecta el derecho a la igualdad y los demás derechos fundamentales de los afectados (principio de proporcionalidad en sentido estricto)” (Bernal, 2005, p. 271). Por esas razones la Corte ha preferido adoptar lo que se conoce como el juicio integrado de igualdad (Sentencia C-093: 2001).

2.4. EL JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD QUE APLICA LA CORTE

La Corte Constitucional en reiterada y reciente jurisprudencia (C-104: 2016) ha venido aplicando el método del juicio integrado de igualdad con el fin de interpretar y aplicar el derecho a la igualdad, para resolver problemas jurídicos de esa índole. En esa dirección la Corte se referido a la aplicación de tres etapas de tipo de juicio de igualdad. Desde ese punto de vista ha hablado 1) como primer paso de determinación del tipo de escrutinio; 2) como segundo de juicio de adecuación y; 3) como tercer paso de juicio de indispensabilidad.

El primer paso de la determinación del tipo de escrutinio consiste en definir, según cada caso concreto, si el tipo de escrutinio a aplicar será estricto o débil, esto dependiendo si en la materia a la que se vaya a aplicar el legislador posee un margen de apreciación o amplio o restringido, es decir, en este primer paso se define el tipo de escrutinio en relación con el principio de democrático, pues si el radio de acción del legislador es amplio deberá aplicarse el tipo de escrutinio débil. Pero si el legislador posee un restringido margen de apreciación deberá entonces aplicar un tipo de

escrutinio estricto. Con lo que se podría decir, por ejemplo, que si se trata de una intervención a derechos fundamentales (como la igualdad) el nivel de escrutinio será estricto, pero si se trata de una materia diferente como la económica el test será (Sentencia, C-104: 2016).

En el segundo paso, el juicio de adecuación o de idoneidad, depende del primero ya que si el tipo de escrutinio es estricto entonces no será suficiente que la medida logre total o parcialmente el fin perseguido, sino que será una exigencia que la medida efectivamente útil para alcanzar finalidades constitucionales superiores. A contrario sensu, si el escrutinio es débil, solo se solicita que la medida sea idónea respecto del fin constitucional propuesto (Sentencia, C-104: 2016).

El tercer paso que se refiere al juicio de indispensabilidad también dependen de si de la determinación del tipo de escrutinio, es decir, está sujeto a que si el tipo de escrutinio es estricto o débil. En el primer caso el trato diferenciado debe ser necesario e indefectible en contraste con restricciones menos graves para los derechos fundamentales, en caso contrario la diferencia de trato sería discriminatoria y por ende carente de sustento constitucional. En el segundo caso, cuando el tipo es débil, en el juicio de indispensabilidad se cumple solo con la mínima exigencia de que la medida no sea evidentemente innecesaria (Sentencia, C-104: 2016).

3. LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO A LA IGUALDAD

3.1. Cuestión previa

En Colombia el debate judicial por el reconocimiento de los derechos de las comunidades minoritarias o vulnerables ha tomado una importancia real a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, con la cual se creó la Corte Constitucional y se declaró la voluntad constituyente para reconocer, elevando a la categoría de norma constitucional, el principio pluralista, en el marco de un Estado Social de Derecho que, además de proponerse como laico, puso dentro de sus objetivos primordiales, la protección de los derechos fundamentales, especialmente los de aquellas personas que por encontrarse en una situación diversa a la de la mayoría de la sociedad pudiesen ser, por esa condición, marginados, degradados o atacados, por parte del establecimiento y los particulares.

Las comunidades minoritarias o vulnerables reconocidas en Colombia son variadas, entre ellas se encuentran los indígenas, los afrodescendientes, los gitanos, las mujeres, los niños, las personas de la tercera edad, los discapacitados y, desde luego, las lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales quienes pertenecen a la comunidad denominada: LGBTI. Esta comunidad en particular, se ha visto histórica y violentamente enfrentada a una sociedad heterosexual mayoritaria que no acepta que, ciudadanos con una orientación sexual diversa, ejerzan los mismos derechos que ellos, cuando aquellos toman la decisión de conformar una vida en pareja, una familia.

La situación de las parejas del mismo sexo, en Colombia, es histórica y ha sido difícil. Bajo el imperio de la Constitución Política de Colombia de 1886 el panorama jurídico para la comunidad LGBTI fue nulo. Vale recordar que la anterior carta política consagraba, en el marco de un Estado de Derecho, que la religión oficial del Estado era la Católica, Apostólica y Romana, y, por ello no podía reconocerse por ninguna autoridad pública una tendencia sexual distinta de la permitida por la iglesia católica y, menos aún, que personas de sexo paritario pudiesen tener uniones de pareja con plenos efectos jurídicos.

El cambio de Constitución Política y de modelo de Estado que se hizo en Colombia en 1991, modificó de manera importante ese estado de cosas, ya que en el marco de un nuevo constitucionalismo los derechos de las parejas del mismo sexo hoy son una realidad que ha sido posible por las decisiones judiciales de constitucionalidad que ha tomado la Corte Constitucional, a la luz de la carta política de 1991. Los derechos de la comunidad LGBTI que la Corte ha reconocido tienen los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad como eje común argumentativo que sustenta esas determinaciones constitucionales que, desde luego, se fundamentan en posturas liberales.

Siendo esto así, los derechos que la Corte ha reconocido a los LGBTI como pareja se pueden presentar en tres momentos que, según Bonilla Maldonado, se pueden denominar como de reconocimiento, consolidación y expansión (Bonilla, 2010, p. 85). El reconocimiento tiene ocasión en la sentencia C – 075 de 2007 en la que la alta corporación reconoció por primera vez en Colombia la existencia jurídica de las parejas del mismo sexo, con sus respectivos efectos patrimoniales. Ya en el momento de la consolidación las sentencias C – 811 de 2007, C – 336 de 2008, C – 798 de

2008, T – 856 de 2007 y T – 1241 de 2008, ampliaron de manera importante y en distintas materias los efectos jurídicos de las uniones de estas parejas, concretamente de la siguiente forma:

La primera sentencia reconoció que las normas que regulan la afiliación al sistema contributivo de salud de las parejas heterosexuales que conforman una unión marital de hecho son también aplicables a las parejas del mismo sexo. La segunda sentencia señaló que tanto los miembros de las parejas heterosexuales como las del mismo sexo pueden ser titulares de la pensión de sobrevivientes. La tercera sentencia indica que tanto los miembros de las parejas del mismo sexo como las heterosexuales pueden ser titulares del derecho a recibir una cuota de alimentos por parte de su pareja una vez que se ha terminado la vida en común. Las últimas dos sentencias de revisión de tutela confirman el derecho que tienen los ciudadanos que hacen parte de parejas del mismo sexo a ser afiliados al sistema contributivo de seguridad social, por un lado, y a recibir la pensión de sobreviviente, por el otro. Estas sentencias concretan en dos casos de control concreto de constitucionalidad las reglas jurisprudenciales establecidas en los casos de control abstracto que fueron decididos anteriormente (Bonilla, 2010, p. 186).

En la etapa de expansión de la jurisprudencia constitucional, se garantiza un nuevo bloque de derechos y obligaciones que están en cabeza de los miembros de las parejas del mismo sexo, en la sentencia C - 029 de 2009. Este fallo decidió una demanda de inconstitucionalidad que juzgó veintiséis normas jurídicas que discriminaban negativamente entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales. La clasificación que según Bonilla Maldonado se puede hacer en este último punto de expansión es esta:

Las normas que la Corte Constitucional declaró constitucionales de manera condicionada en esta sentencia pueden ser reunidas en los siguientes cinco grupos: penales, civiles y comerciales, seguridad social, políticas y aquellas relacionadas con el conflicto armado. La Corte señaló que este conjunto de normas jurídicas dirigidas a las parejas heterosexuales son constitucionales únicamente si se aplican también a las parejas del mismo sexo.

El primer grupo de normas hace referencia a temas penales tan disímiles como el derecho a no declarar, denunciar o formular queja en contra de los compañeros permanentes en cualquier materia disciplinaria, penal y penal militar; el beneficio de prescindir de la sanción penal no privativa de la libertad cuando el sujeto pasivo del delito es el compañero permanente; y la agravación punitiva para el sujeto activo de una conducta delictiva de la cual su compañero permanente es la víctima.

El segundo conjunto de normas, civiles y comerciales, giran en torno a temas tan diversos como la constitución del patrimonio inembargable de familia, la afectación de la vivienda familiar con el fin de proteger los bienes y vivienda de las parejas y la obligación de pagar una cuota de alimentos al compañero permanente una vez se haya terminado la vida en común.

El tercer grupo de normas, reunidas bajo la categoría “seguridad social”, se refiere a la posibilidad de que los miembros de las parejas del mismo sexo obtengan los beneficios que en materia de salud y pensiones reciben los miembros de las parejas heterosexuales que pertenecen a la fuerza pública; y que las personas que forman parte de las parejas del mismo sexo obtengan los subsidios familiares que reciben los miembros de las parejas heterosexuales, por ejemplo, los de vivienda y educación.

El cuarto conjunto de normas regula las materias relacionadas con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y las restricciones al acceso y ejercicio de la función pública y la contratación estatal, así como la aplicación de los requisitos para adquirir la nacionalidad por adopción.

Finalmente, el quinto grupo de normas hace referencia a cuestiones tan importantes como el derecho que tienen los compañeros permanentes de las personas que han sido sujetos pasivos de delitos atroces a que se presuman como víctimas y que, por tanto, tengan derecho a la verdad, justicia y reparación (Bonilla 2010, p. 187).

No obstante, este prolijo y óptimo reconocimiento de derechos por parte de la Corte, en Colombia existen posturas de sectores de la sociedad que representan la mayoría heterosexual que niegan que las parejas del mismo sexo deban ser tratadas del mismo modo que las parejas convencionales, puesto que están en una situación diversa, lo que indica que no deberían tener los mismos derechos de las parejas convencionales. Por ello indican que no existe omisión legislativa y que la Corte Constitucional usurpa las competencias de la Rama Legislativa al hacer este tipo de concesiones (Giraldo, 2013, p. 4).

Estas posturas han propuesto siempre un desafío argumentativo que la Corte Constitucional ha tenido que sortear para garantizar los derechos de las parejas LGBTI. Hasta en el seno de la propia Corte la cuestión ha suscitado debates que han llevado, por ejemplo, a preguntarse cómo proceder frente al conflicto de aplicación del derecho a la igualdad que propone la mayoría heterosexual, cómo hacer posible una conformación familiar no convencional no establecida de manera expresa en la Constitución y la posibilidad de derivar de ella derechos patrimoniales o de otro tipo,

cómo presentar argumentos capaces de sustentar la posición de un Estado laico que se aparte de la presión que aun genera la Iglesia Católica, sin generar un caos institucional.

Aquí es precisamente cuando, en las prescripciones de la argumentación constitucional, toma pleno sentido el juicio de igualdad norteamericano que aplica la Corte y, desde luego, el juicio integrado de igualdad. En relación con el derecho a la igualdad es evidente que la Corte ha preferido, cuando se trata de los derechos de las parejas del mismo sexo, aplicar el tipo de escrutinio estricto de igualdad, esto en razón a que ya sea por acción u omisión, el Estado ha hecho una discriminación entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales que se basa en criterios sospechosos como por ejemplo el sexo y la orientación sexual.

Es claro que cuando el legislador colombiano ha regulado temas como la Unión Marital de Hecho (Ley 54 de 1990), o la protección de los derechos sociales y civiles patrimoniales como el derecho a la salud y pensiones (Ley 100 de 1993) o el derecho a los alimentos y sucesiones (Código Civil). O, por ejemplo, cuando el órgano legislativo ha regulado temas como el matrimonio (Código Civil) o la adopción de niños y niñas (Código de la Infancia y la Adolescencia), siempre ha dictado mandatos tendientes a que esos derechos solo se pueden ejercer en el marco de uniones heterosexuales. Inclusive el desde el punto de vista constitucional (art. 42) el modelo de familia “aceptado” es aquel constituido, solamente, por un hombre y una mujer. Lo que ha motivado todas las demandas de inconstitucionalidad contra las leyes mencionadas, bajo el argumento de que tal exclusión, vía omisión legislativa, constituye una clara de violación al derecho a la igualdad ya que no existe argumento que pueda justificar dicho trato diferenciado. La Corte en todos esos casos, aplicando un escrutinio estricto de igualdad ha otorgado tales derechos a las parejas homoafectivas.

Y esto ha sido así, porque según (Parra, 2012, pp. 91-92) la Corte ha entendido con claridad que es deber del Estado realizar actos para promover que la igualdad se real y efectiva, esto teniendo en cuenta que además de la consagraciones normativas el Estado debe adoptar políticas públicas y destinar partidas presupuestales que le permitan llevar a la práctica lo consagrado en el artículo 13 de la norma fundamental, con el fin de que pueden llevarse a cabo actos de discriminación positiva a través de acciones afirmativas que permitan generar contextos sociales en los que la desigualdad se atenúe o preferiblemente desaparezca, todo con el fin existencia humana esté cada día más acorde con el imperativo de la dignidad humana.

Lo anterior, por supuesto va de la mano con la obligación-posibilidad existente en el Estado Social de dar cierto trato preferencial o privilegiado a personas o grupos de personas que han sido discriminados, marginados, excluidos o esquilados, esto a través de acciones afirmativas entendidas, conceptualmente hablando, como medidas que se implementa con el fin de reducir o acabar con la desigualdad y la discriminación de grupos o personas que por algún motivo han sido marginadas por la sociedad y/o el Estado (Parra, 2012, p. 135); tal es el caso de la comunidad LGBTI y, por supuesto, de las parejas del mismo sexo, por tal motivo en la descripción jurisprudencial que se leerá a continuación la Corte Constitucional ha implantado una serie de medidas en el ordenamiento jurídico colombiano con el fin de que estas personas puedan gozar su existencia en igualdad, en dignidad y en justicia, respecto a una mayoría heterosexual que estigmatiza, excluye y discrimina con apoyo en una legislación que omite la regulación de estos derechos.

Esto debe ser así porque los derechos humanos de grupos discriminados históricamente están precisamente dispuestos para

generar actos de discriminación positiva tendientes a materializarse a través de acciones afirmativas que produzcan justicia social en pro de un equilibrio constitucional. Por ello la cláusula de Estado Social de Derecho cambia la concepción clásica y formal del Estado de Derecho que concebía que todos los seres humanos son iguales ante ley, ya que la característica de *Social* le imprime al Estado otra finalidad, una que dice que se procurará que la igualdad no se refleje solo en la ley sino, además, en la vida. La concepción, entonces, cambia ahora somos (o debemos ser) iguales en la existencia, aspecto que se tendrá en cuenta en toda sociedad que piense en su propio bienestar y armonía, es decir, una sociedad que se precie de vivir en un Estado Social (Parra, 2012, pp. 109-110).

3.2. La Sentencia C – 075 de 2007. La protección Unión Marital de Hecho de las parejas del mismo sexo y su régimen patrimonial

Hasta el año 2007 la desprotección de las parejas del mismo sexo era total. En Colombia se vivía en una total diferenciación jurídica de las diferencias (Parra, 2012, p. 111). Sin embargo a partir de la sentencia C – 075 de 2007 la situación de la comunidad LGBTI cambió, pues empezó a quedar claro que, vía derecho a la igualdad, debía reconocerse que debían acceder a los mismos derechos de las parejas heterosexuales; esto teniendo en cuenta que el ámbito de configuración legislativa estaba limitado y que el legislador no podía escudarse en la observancia del principio democrático para dejar de lado la regulación sobre convivencia homosexual, siendo que con ello estaba, además de violentando derechos fundamentales de las personas LGBTI, también vulnerando los deberes internacionales que el Estado colombiano tiene en la comunidad de naciones y que cuentan

con expresa regulación en tratados internacionales, como por ejemplo el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ello en esta sentencia la Corte dejó sentada la siguiente regla,

Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto de los de los derechos fundamentales de las personas. En ese escenario, para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución (C-075:2005).

Es importante resaltar que esta regla jurisprudencial establecida por la Corte dicta un mandato de protección sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, con lo que se pretende alcanzar dos objetivos fundamentales: 1) evitar la vulneración del derecho a la igualdad, a la dignidad humana y a la autonomía personal, y 2) satisfacer las obligación de regulación y garantía que esta encabeza del Estado Colombiano según lo normado en el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto atendiendo a la clara omisión legislativa frente a los derechos de las parejas del mismo sexo, lo que la Corte prefiere llamar en la sentencia que venimos comentando: “déficit legislativo”.

La regla citada anteriormente es importante por su grado generalización. Sin embargo, en la sentencia citada también fue establecida otra regla un poco más específica con el fin de dar protección a los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo. Recordemos que la Sentencia C – 075 de 2007 fue producto de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en

contra de las expresiones “un hombre y una mujer”, reguladas en los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. En la demanda se promovió bajo el argumento de que esos dos artículos violentan el derecho a la dignidad humana y el derecho de asociación, porque excluye a las parejas homosexuales de dicha regulación (Quinche, 2013, p. 34).

La Corte admitió la demanda e integró la proposición jurídica completa, como un ejercicio de unidad normativa, para pronunciarse también sobre la Ley 979 de 2005 que vía complementación estatuye algunas modificaciones de la Ley 54 de 1990, pues a juicio de la Corte de no realizar la integridad normativa los efectos que tendría la sentencia no serían óptimos en relación con la protección de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta esto la Corte encaró un problema jurídico que consistió en establecer si la limitación del reconocimiento del régimen patrimonial entre compañeros permanentes que protege a parejas heterosexuales violaba o no los derechos fundamentales a igualdad de protección, dignidad humana, mínimo vital y libre asociación de las parejas homosexuales. Para resolver la cuestión la Corte afirmó, como se dijo anteriormente, que existe en el estado colombiano un déficit legislativo respecto a los derechos de las parejas del mismo sexo en dos niveles, es decir, un déficit de regulación y déficit de protección que pone al Estado en situación de incumplimiento respecto a compromisos internacionales regulados en Tratados Internacionales. Además, la Corte sostuvo que, frente al derecho a la igualdad, el test de igualdad que debía aplicarse, es un tipo de escrutinio estricto de igualdad, ya que los enunciados legislativos analizados en el juicio de constitucionalidad utilizaban categorías sospechosas de

trato desigual, lo que hace presumir un acto de discriminación prohibido expresamente por la Constitución (art. 13), concluyendo que no había ningún de razón justificativa para establecerlo. En este sentido dijo la Corte,

no hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión de establecer un régimen que regula la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea diferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales (C-075: 2007).

Bajo esta regla, la Corte decide en la parte resolutive de la sentencia, declarar la exequibilidad condicionada de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 909 de 2005, en el régimen de protección que en ella está contenido también a las parejas homosexuales; con determinaciones como esta y las que se describen a continuación, se puede ver claramente cómo se da el fenómeno detectado por el profesor (Parra, 2012, p. 116) según el cual “la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el nexo entre justicia social e igualdad real” .

3.3. La Sentencia C – 811 de 2007. La protección del derecho a la salud de las parejas del mismo sexo

En esta Sentencia la Corte resolvió una demanda contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993, el cual establecía que el Plan Obligatorio de Salud (POS) tenía solo una cobertura “familiar”, lo cual era entendido por el Sistema de Salud colombiano como que

los únicos beneficiarios del POS eran las parejas heterosexuales, toda vez que la conformación familiar en Colombia desde el punto de vista jurídico (art. 42 C.P) y cultural está constituida por un hombre y una mujer. Por tanto, los únicos que podrían afiliarse al POS el o la cónyuge, el o la compañera permanente, los hijos y en su defecto los padres de aquellos. Sin embargo, la demanda planteaba que este tipo de entendimiento respecto a la confirmación familiar era inconstitucional, pues relación con el derecho a la igualdad no podía ignorarse la existencia de parejas del mismo sexo y, por tanto, no podía el legislador restringir de esa manera el concepto de familia.

La Corte admitió la demanda y decidió, en virtud del principio *pro actione*, seguir el precedente de omisión legislativa planteado en la sentencia C – 075 de 2007 (déficit de regulación y protección), y el precedente expresado en la Sentencia C – 521 de 2007, la cual había declarado la inexecutable el término de dos años que exigía la ley para ser considerado como beneficiario del sistema de seguridad social en salud, cuando se trataba de parejas sin vínculo matrimonial (Quinche, 2013, p. 36). Siguiendo, pues, estos precedentes argumento la Corte que,

En efecto, acogiendo los criterios doctrinales esbozados por la Corte en la Sentencia C-075 de 2007, que marcan la perspectiva actual en el tratamiento jurídico del tema, el impedimento que tiene la pareja del mismo sexo de vincularse al sistema de seguridad social en salud por el régimen contributivo constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad – en la concepción de la autodeterminación sexual –, así como una transgresión de la proscripción de discriminación por razón de la orientación sexual del individuo (C-811:2007).

Partiendo de esta regla y, desde luego, aplicando un tipo de escrutinio estricto de igualdad, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del precepto contenido en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, generando una nueva ampliación de derechos para las parejas del mismo sexo. Por ello dicha declaración se hizo bajo el entendido de que el régimen de protección contenido en la citada ley se aplica también a las parejas del mismo sexo.

3.4. La Sentencia C – 336 de 2008. La protección del derecho a la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo

En el caso de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, resuelto en la Sentencia C – 336 de 2008, la Corte de nuevo tuvo presente el precedente contenido en la Sentencia C – 075 de 2007. Esta vez la demanda versó sobre algunas partes de los artículos 47, 74 y 63 de la Ley 100 de 1993 (reformada por la ley 797 de 2003). Estos artículos reglamentaban que los únicos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes eran únicamente el compañero permanente de una pareja heterosexual. Para el demandante esos artículos violentaban los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, la seguridad social y el reconocimiento y pago de la pensión, ya que vulneraba los principios constitucionales de universalidad, eficiencia y solidaridad (Quinche, 2013, p. 38).

La Corte admitió la demanda y en aplicación del precedente vigente en la alta corporación (C – 075 de 2007), la Corte amparó una vez más los derechos de las parejas del mismo sexo sosteniendo que,

Como lo han considerado esta corporación, desde las perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo

homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja (C-336: 2008).

Nuevamente la Corte recurre al escrutinio estricto de igualdad, para decidir que en efecto el legislador ha violentado el derecho a la igualdad de los derechos de las parejas del mismo sexo en un ámbito donde el legislador no posee un grado amplio de configuración legislativa por tratarse de afectación de una afectación a derechos fundamentales que se da por criterios sospechosos de discriminación. Por ello, siguiendo la línea decisión vigente, la Corte decide declarar exequibles las expresiones “compañero o compañera permanente” contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y las expresiones “el cónyuge o la compañera o compañero permanente” contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que también son beneficiarias de las pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C – 521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

3.5. La Sentencia C – 798 de 2008. La protección penal de alimentos en las parejas del mismo sexo. El amparo al bien jurídico tutelado de la familia homoafectiva

Esta Sentencia decidió una acción pública de inconstitucionalidad contra el parágrafo 1º del artículo 233 del Código Penal colombiano, el cual establece el delito de inasistencia alimentaria, según la modifica establecida por el artículo 1º de la Ley 1181 de 2007, que establecía que para los efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente únicamente el hombre y la mujer que forman parte de la unión de hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.

El problema jurídico que tuvo que resolver la Corte en este caso fue que en atención a que el citado parágrafo restringía la punibilidad del delito de inasistencia alimentaria ya que las parejas del mismo sexo quedaban excluidas de dicha reglamentación, ya que ahí solo se hacía mención a uniones conformadas por un hombre y una mujer. En sentido cabría también resolver, entonces, si tal exclusión se comportaba como una violación al derecho a la igualdad, a la autonomía y a la dignidad según lo establecido en la Constitución y lo determinado en el precedente de la Corte sobre esta materia. Sobre el particular en este caso dijo la Corte que,

Al igual que en casos que han sido estudiados con anterioridad por esta Corte, la Corporación estima que la exclusión de la pareja del mismo sexo de la protección penal frente al incumplimiento del deber alimentario no es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica una desprotección de la pareja heterosexual. En este, como en casos anteriores, la corrección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo

sexo no tiene como efecto, desde ningún punto de vista, la disminución de la pareja heterosexual (C-798:2008).

En esta decisión es importante destacar que la Corte, además de volver aplicar su precedente (C – 075 de 2007), también vinculó a la decisión el contenido de la sentencia C – 1033 de 2002, la cual había declarado exequible el numeral primero del artículo 411 del Código Civil, precepto que reglamenta la obligación de dar alimentos al cónyuge, pero según este último, fallo siempre y cuando se entienda que esta disposición es aplicable a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho, limitándolo a la pareja heterosexual. Desde luego que la Corte en esta decisión después de aplicar el test estricto de igualdad dejó sentado que la exclusión en la que incurría en este caso el legislador violentaba de manera fuerte el derecho a la igualdad, ya que no tenía algún tipo justificación y por ende resultaba en un medida innecesaria y desproporcionada que, desde la óptica de lo razonable, resultaba en una desprotección tendiente a acrecentar problemas de sociales a los que ni el Estado ni el derecho pueden ignorar (Quinche y Peña, 2013, p. 40).

En razón de lo anterior, declaró la inexequibilidad de le expresión “únicamente” contenida en el párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1181 de 2007, y exequible el resto de la disposición en el entendido que las expresiones compañero y compañera permanente comprenden también a las parejas del mismo sexo.

Finalmente, en relación con este fallo, hay que reconocer que la decisión de la Corte fue mucho más profunda que las decisiones precedentes ya que, al darle protección alimentaria de carácter penal a las parejas del mismo sexo, reconoció que estas parejas también constituyen familia, pues el delito de inasistencia alimentaria esta instituido para proteger el bien jurídico de la familia tutelado por la ley penal al ser, precisamente, un delito contra la familia.

3.6. La Sentencia C – 029 de 2009. La protección de las parejas del mismo sexo vía homologación constitucional. La equiparación de derechos entre las parejas homosexuales y heterosexuales

Los efectos de la de la Sentencia C – 798 de 2008 en la lógica del precedente no se hicieron esperar. La Corte había dado un gran paso, había considerado que las parejas del mismo sexo constituían familia y, además, se había referido a una situación que superaba la posición del alto tribunal que hasta el momento solo se había hecho referencia a los efectos patrimoniales de estas uniones. Con otras palabras, la Corte empezaba ya a pronunciarse sobre situaciones que impactaban más notoriamente en la vida social de las parejas del mismo sexo. Para hacer esto la Corte empezó por realizar una equiparación de derechos entre las parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales, la cual vía homologación Constitucional, procedió a dejar planteada en la Sentencia C – 029 de 2009.

En este caso la demanda se dirigió en bloque contra los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991; el artículo 24 - literales a, b y d del Decreto 1795 de 2000; los artículos 411 y 457 del Código Civil; el artículo 4 de la Ley 70 de 1931; los artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982; el artículo 7 de la Ley 3 de 1991; los artículos 283 - numeral 2 y 286 de la Ley 5 de 1992; el artículo 5 de la Ley 43 de 1993; el artículo 8 - numeral 1 literal g y numeral 2 literales c y d de la Ley 80 de 1993; el artículo 244 de la Ley 100 de 1993; los artículos 14 - numerales 2 y 8, y 52 de la Ley 190 de 1995; los artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996; el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, el artículo 2 de la Ley 387 de 1997; los artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999; los artículos 10 y 11 de la Ley 589 de 2000; los artículos 34, 104 - numeral 1, 170 - numeral 4, 179 - numerales 1 y 4, 188 b - numeral 3, 229,

233, 236, 245 - numeral 1 y 454 a de la Ley 599 de 2000; los artículos 40, 71 y 84 - numerales 1, 2, 3, 6, 7, y 9 de la Ley 734 de 2002; los artículos 8 - literal b, 282, 303, y 385 de la Ley 906 de 2004; el artículo 3 - numerales 3.7.1 y 3.7.2 de la Ley 923 de 2004; los artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005; los artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; los artículos 2 y 26 de la Ley 986 de 2005; el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007; los artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 - numerales 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1152 de 2007; y el artículo 18 de la Ley 1153 de 2007.

La lógica de esta demanda fue buscar un pronunciamiento en bloque sobre varias situaciones que constituían un verdadero sistema de discriminación en contra de las parejas del mismo sexo, que relacionaban sobre todo con prerrogativas que otorgaba el orden jurídico a parejas heterosexuales en ámbitos como el penal, de familia, el civil, el administrativo y otros.

La Corte en la sentencia citada en bloque, en 28 numerales, que refiriéndose a las normas demandadas, procedió a realizar una homologación de derechos teniendo en cuenta el precedente que hasta el momento el alto tribunal había proferido sobre derechos de las parejas del mismo sexo. En este sentido la Corte se pronunció diciendo que todos los derechos y prerrogativas de índole penal, civil, de familia y administrativos que las normas demandadas otorgan a parejas heterosexuales deben ser extendidos a las parejas del mismo sexo, inclusive si se trata de víctimas del conflicto armado colombiano. Sin embargo, debe notarse que en los numerales 1º, 8º, 20 y 22 de la sentencia, el tribunal constitucional decidió tomar una decisión inhibitoria bajo el argumento de que los cargos analizados y propuestos en la demanda, llevarían a que la Corte evaluara la posibilidad de que las parejas homosexuales constituyeran un nuevo modelo, situación que a la que la corporación no podía proceder pues ello implicaba con-

trariar el artículo 42 de la Constitución Política que reglamente un conformación familiar heterosexual; decisión que a decir verdad resulta un poco extraña ya que todo el contexto de la sentencia apunta al reconocimiento familiar en las uniones homosexuales (Quinche 2013: p. 43).

3.7. La Sentencia C – 577 de 2011. La protección de las parejas del mismo sexo en relación con el matrimonio y la familia. Primer tema de frontera: el matrimonio igualitario

Ya para esta época el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo era bastante amplio, sin embargo, faltaban algunos temas por encarar en el seno de la Corte. Uno de estos el relacionado con el matrimonio y la conformación familiar. En este reconocimiento, como en todos los anteriores, el alto tribunal tuvo en cuenta todo su precedente (especialmente el contenido en la C – 075 de 2007).

Este fallo fue el resultado de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 parcial del Código Civil, el cual reglamenta el matrimonio diciendo que es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. En dicha demanda también fue acusado el artículo 2º de la ley 294 de 1996, el cual dispone que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio por la voluntad responsable de conformarla.

Planteada así la demanda, fue admitida, siendo claro para la alta corporación que debía resolver dos problemas jurídicos. El primero con la posibilidad que fueren a tener las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio. El segundo con la posibilidad

de conformación familiar. La demanda, pues, además de pedir un examen de constitucionalidad sobre la posibilidad de contraer matrimonio homosexual, trató también atar el cabo suelto que había quedado en la Sentencia C – 029 de 2009, respecto al tema de la conformación de conformación familiar, pues la Corte había parecido sugerir en la C – 798 del 2008 que las parejas del mismo sexo constituían familia, pero como ya se dijo, en la C – 029 de 2009 la Corte se inhibió sobre este punto, lo que no dejaba en entre dicho la claridad sobre este punto. Por ello en esta nueva demanda la solicitud fue directa sobre ese aspecto.

En relación con el primer problema jurídico, el del matrimonio, la Corte resolvió por decirlo así en forma favorable a la demanda, sin embargo, la sentencia fue un poco ambigua porque no se refirió a la posibilidad de contraer matrimonio, sino que terminó creando una nueva figura jurídica denominada unión contractual solemne que, hay que decirlo, en la forma en como fue concebida por la Corte no es apta para modificar el estado civil de las personas. No obstante, es importante la forma en como la alta corporación la justifica, pues, en primer lugar la Corte es claro que las parejas homosexuales tienen derecho a los mismos derechos que tienen las parejas heterosexuales, sin restringirse solo a los derecho patrimoniales. Además, advierte el alto tribunal que no existe una prohibición constitucional que impida construir una figura que permita formalizar una unión familiar para parejas homosexuales. Y de tenerse una, concluye la Corte tendrá que ser de carácter contractual, pues el contrato es forma idónea prevista por el ordenamiento para realizar declaraciones de voluntad. Bajo estas premisas dijo el tribunal constitucional que resulta,

factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la

pudiere brindarles una unión de hecho –a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como superar el déficit de protección padecido por los homosexuales (C-577:2011).

Como puede verse la argumentación de la Corte fue protectora de los derechos de las parejas homoafectivas, sin embargo, creada en la sentencia (unión contractual solemne) no fue del todo satisfactoria para lo que se buscaba en la demanda de inconstitucionalidad: una exequibilidad condicionada del artículo 113 del Código Civil el sentido de que dicho artículo se aplicara también a las parejas del mismo sexo y estas pudieran así contraer matrimonio. Sin embargo, las cosas no fueron así y la Corte declaró la exequibilidad pura y simple de dicho artículo. En consecuencia, en numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia exhortó al Congreso de la República para que tomara una decisión legislativa antes del 20 de junio de 2013, en la que de manera sistemática y organizada reglamentara los derechos de las parejas del mismo sexo, incluyendo en el tema del matrimonio (Quinche, 2013, p. 45).

Por último, cabe destacar que el numeral 5º del fallo la Corte advirtió que si el 20 junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante cualquier notario público o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual; desde luego que el Congreso jamás legisló sobre el particular y, por ende, lo que rigió por breve tiempo en Colombia fue la Sentencia citada,

la cual permitía que las personas homosexuales siguiendo un trámite notarial o judicial formalicen su unión, no propiamente como un matrimonio, sino como una “unión contractual solemne”. Situación que cambió después con la sentencia SU-214 de 2016.

Ahora bien, respecto al segundo problema, es decir, el de la conformación familiar, la Corte había sostenido, en todas las sentencias anteriores a esta del 2011, de manera un poco tímida, que las parejas del mismo sexo constituían un nuevo modelo de familia, lo que era entendible si se considera el contenido gramatical del artículo 42 de la Constitución el cual expresa que “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”. Para la Corte era difícil afirmar que la familia podrá constituirse por una unión homosexual. En el caso de la sentencia C – 577 de 2011 era también una dificultad enorme realizar algún tipo de declaratoria en relación con la exequibilidad de la expresión “*de un hombre y una mujer*” contenida en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009, ya que esos preceptos reproducen exactamente el contenido gramatical del artículo 42 de la Constitución (Quinche, 2013, p. 75), por ello la Corte decidió inhibirse de tomar una decisión de fondo. No obstante sobre el particular consideró que:

no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no debe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre personas he-

terosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo. A su juicio, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, pues hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquier otra unión que, pese a no estar caracterizada por heterosexualidad de quienes las conforman, constituye familia [además] en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial [...] La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y consecuente comprensión jurídica, las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según cual en vinculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la “voluntad responsable de conformarla” también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o naturales (C-577: 2011).

3.7.1. La sentencia SU-214 de 2016. Ahora sí el matrimonio homosexual

En Sentencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió unificar seis expedientes acumulados de tutela, así: T-4.488.250 (tutela formulada por una pareja integrada por un transgenerista y una mujer contra la decisión del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas, en el sentido de anular su matrimonio civil); T- 4.189.649 (amparo interpuesto por la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá, que aceptó una petición de matrimonio de una pareja del mismo sexo); T- 4.259.509 (tutela interpuesta por un Delegado de la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá, que aceptó una solicitud de matrimonio de una pareja del mismo sexo); T- 4.167.863 (pareja del mismo sexo a la cual el Notario Cuarto del Círculo de Cali se negó a casar); T-4.353.964 (pareja del mismo sexo a la cual el Notario Treinta y Siete (37) de Bogotá se negó casar); y T-4.309.193 (negativa del Registrador Auxiliar de Teusaquillo de inscribir un matrimonio civil en el Registro del Estado Civil).

En primer término, partiendo del papel que la Constitución le asigna a la Procuraduría General de la Nación, la Sala consideró que este organismo de control no tiene legitimación para presentar una acción de tutela destinada a impedir la celebración de un matrimonio civil de una pareja del mismo sexo, alegando vulneración del orden jurídico, cuando quiera que, en estos asuntos, prevalece el respeto por los derechos fundamentales, la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, lo cual torna, obviamente, improcedentes las acciones públicas aquí promovidas. No había un derecho fundamental individual determinado,

o determinable, que estuviera involucrado en el caso y estuviera siendo representando por el Ministerio Público. En segundo lugar, con relación a las cuestiones de fondo, la Corte decidió que los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual (método de interpretación sistemático). Consideró que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género. La Sala también consideró que los contratos innominados, mediante los cuales se pretendió solemnizar y formalizar las uniones de personas del mismo sexo, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011. En los términos del artículo 113 del Código Civil, la celebración de un matrimonio civil genera diversos efectos jurídicos personales y patrimoniales, los cuales no se encuentran presentes en un contrato civil innominado, lo cual genera un trato discriminatorio entre las parejas heterosexuales y del mismo sexo. Con el propósito de: (i) superar el déficit de protección reconocido en la Sentencia C-577 de 2011, en relación con las parejas del mismo sexo en Colombia; (ii) garantizar el ejercicio del derecho a contraer matrimonio; y (iii) amparar el principio de seguridad jurídica en relación con el estado civil de las personas, la Corte extendió los efectos de su Sentencia de Unificación a los pares o semejantes, es decir, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al 20 de junio de 2013: (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les

haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo y; (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil. De igual manera, la Corte declaró que los matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, celebrados en Colombia con posterioridad al 20 de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica, por ajustarse a la interpretación constitucional plausible de la Sentencia C-577 de 2011. Para la Corte, los Jueces de la República que celebraron matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, actuaron en los precisos términos de la Carta Política, de conformidad con el principio constitucional de autonomía judicial, previsto en el artículo 229 de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. En igual sentido, esta Corporación advirtió a las autoridades judiciales, a los Notarios Públicos y a los Registradores del Estado Civil del país, y a los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces, que el fallo de unificación tiene carácter vinculante, con efectos inter pares, en los términos de la parte motiva de la providencia. Por último, la Corte exhortó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que difundieran entre los Jueces, Notarios y Registradores del Estado Civil del país, el contenido del presente fallo, con el propósito de superar el déficit de protección señalado en la Sentencia C- 577 de 2011 (SU-214: 2016).

En relación con el matrimonio igualitario, la Corte dejó claro que la institución denominada unión contractual solemne creada en la Sentencia C – 577 de 2011, resultó insuficiente para suplir el déficit legislativo existente en Colombia en relación con el matrimonio de las parejas del mismo, pues como ya se había dicho, esta figura creada por la Corte ni siquiera no tenía plenos efectos jurídicos en relación con el estado civil de las personas, luego no se podía equiparar al efecto jurídico de un matrimonio civil, por ello la Corte decide al revisar estas sentencias de tutela, unificando cuatro expedientes, dejar sentadas las bases de un cambio de jurisprudencia e interpretación en ese tema, y en ese sentido, dejar dicho claramente que tanto los notarios como los jueces en observancia de las sentencias C – 577 de 2011 y SU 214 de 2016 tienen plena facultad para celebrar matrimonio civil entre personas del mismo sexo y, además, están obligados a hacerlo.

3.8. La Sentencia C – 238 de 2012. La protección del derecho de sucesión de las parejas del mismo sexo

Brevemente, en este asunto la Corte se enfrenta a una demanda de inconstitucionalidad en contra de la expresión “cónyuge” contenida en los artículos 1040, 1046, 1047 y 1233 del Código Civil que reglamentan aspectos sucesorales entre cónyuges, en la que se consideró que dichos textos normativos eran violatorios de la constitución por excluir a los compañeros permanentes heterosexuales y homosexuales de esa reglamentación. Los demandantes sostuvieron que esa exclusión violaba el derecho a la igualdad y el derecho a la familia.

En este evento la Corte reconoció que se trataba de una evidente omisión legislativa frente a la situación de compañeros permanentes homosexuales y heterosexuales. También argumentó

que tal omisión vulnera el derecho a la igualdad y a la familia. La Corte encontró que esta omisión constituía una grave limitación a la conformación familiar (Quinche, 2013, p. 47), aspecto que inclusive va en contra de la finalidad de la figura sucesoral entre cónyuges, toda vez que su objetivo primordial es conservar la familia a pesar del deceso de alguno de los cónyuges. Por tanto, habiéndose ya reconocido que a través de la unión marital del hecho las parejas homosexuales y heterosexuales constituyen familia, estaría mal aceptar que estuviesen por fuere del régimen sucesoral. Frente a esto dijo la Corte,

Se acaba de ver que del derecho a la igualdad, contemplado en el artículo 13 superior, así como del mandato de protección a la familia y a cada uno de sus miembros, previsto en los artículos 5 y 42 de la Carta, deriva la exigencia constitucional de extender el derecho a recibir la herencia para que, además del cónyuge, cobije al compañero o compañera permanente que conformó con el causante una unión marital de hecho entre heterosexuales, dado que el derecho a recoger los bienes del fallecido se funda en la relación familiar y en la protección de los lazos familiares, mas no en el matrimonio. Al respecto procede recordar que ya la Corte señaló que los miembros de la pareja homosexual que conviven en forma permanente forman una familia, porque el elemento que confiere identidad a la familia no es la heterosexualidad o la consanguinidad, sino el afecto que da lugar a su existencia, fundada “en el amor, el respeto y la solidaridad” y en la conformación de una “unidad de vida o de destino que liga íntegramente a sus miembros e integrantes más próximos”. No hay, entonces, motivo constitucionalmente atendible que justifique negar al compañero o compañera del mismo sexo que sobrevive al causante el derecho a recoger la herencia de la persona

con quien conformó una familia, menos aún si, con el propósito protector que inspira la regulación superior de la familia, ese derecho ya ha sido reconocido al compañero o compañera permanente que sobrevive tratándose de la unión de hecho integrada por heterosexuales, también reconocida como familia y, por este aspecto, equiparable a la unión de hecho entre personas del mismo sexo (C-238: 2012).

3.9. La protección del derecho a la adopción de las parejas del mismo sexo. Segundo tema de frontera: la adopción igualitaria

Frente al tema de la adopción igualitaria tan solo se esbozará una visión general de la cuestión. En primera instancia hay que reconocer que son tres los escenarios en los que se desarrolla el tema: 1) La adopción monoparental por persona homosexual; 2) la adopción monoparental por parte de compañero o compañera homosexual del padre o madre del menor; y 3) la adopción biparental conjunta por parte de pareja del mismo sexo. En estos ámbitos puede decirse que existen algunas sentencias en las que se han logrado ciertos escaños particulares en este tema, pero sin generar una revolución de doctrina constitucional, por ejemplo, las sentencias T – 276 de 2012, SU – 617 de 2014 y C 071 de 2015. A pesar de estos fallos hay que decirlo se sostiene el requisito de heterosexualidad en materia de adopciones de niños y niñas (López, 2016, p. 173).

“En estas sentencias, la Corte alcanza unos resultados inestables: se obtiene la protección concreta del derecho invocado por el tutelante (y, por tanto se confirma la adopción), pero la Corte conserva la interpretación restrictiva de la posibilidad general

de la adopción homosexual [...] Finalmente en el año 2015 la Corte, de forma muy sorprendente e incluso antes de un posible reconocimiento del matrimonio igualitario, se animó a otorgar una amplia protección a la adopción igualitaria en la sentencia C – 683 del mismo año. Esta última sentencia evidencia que en la Corte hubo una modificación de las mayorías de la Sala Plena que permitió, a su vez, un cambio doctrinal significativo en un tiempo cortísimo, desde la ambigua sentencia SU – 617 de 2014 (donde a pesar del resultado positivo para el adoptante homosexual se conservaba la dogmática básica de la C-814/01), hasta la ya franca e integralmente igualitaria C-683 e 2015. En esta sentencia se declara, sin ambages, que la heterosexualidad legal obligatoria para la adopción biparental por parte de compañeros permanentes es inconstitucional” (López, 2016, pp. 173-174).

4. LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DIDH) Y LA POSICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO: BREVE REFERENCIA AL CASO ATALA

Por último, es importante observar el reconocimiento internacional que tienen los derechos de la comunidad LGBTI y las parejas del mismo sexo. Lo cual se puede evidenciar en una publicación de las Naciones Unidas presentado en el año 2012 ante la comunidad de naciones en Nueva York y en Ginebra. En dicho informe se hacen varias importantes reflexiones sobre los deberes de los Estados en relación con los derechos de los LGBTI y se fijan cinco obligaciones jurídicas básicas que los Estados deben acatar en observancia de los derechos de esta comunidad.

Las cinco obligaciones se establecen a través de cinco verbos rectores que se utilizan de vieja data para la protección de los derechos humanos en general, según lo ordenado por el artículo 14 de la Declaración de Derechos y Deberes de los Estados de la Organización de la Naciones Unidas (ONU), el artículo 27 común de las Convenciones de Viena y el artículo 2 de la Resolución del 13 septiembre de 1989 dictada en la sesión de Santiago de Compostela por el Instituto de Derecho Internacional. Desde ese entonces se ha venido declarando que, en relación con los derechos humanos, los tratados internacionales obligan a los Estados a reconocerlos, garantizarlos, promoverlos y respetarlos (León, 2006, p. 13).

En esa misma dirección la publicación de Naciones Unidas (2012) establece que los estados están obligados a proteger, prevenir, despenalizar, prohibir y respetar los derechos humanos de las personas LGBTI. En concreto, obligación de protección está relacionada contra la violencia homofóbica y transfóbica. La obligación de prevención se refiere a la tortura, los tratos crueles inhumanos y degradantes contra la esa comunidad. El deber de despenalizar hace referencia directamente a la homosexualidad en general. La obligación de prohibición se circunscribe a la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Y el deber respeto hace alusión a la libertad de expresión, de asociación y reunión pacífica; este informe es relevante aclararlo está asociado directamente a la Resolución 17/19 de junio de 2011, la cual es la primera resolución de Naciones Unidas sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.

Ahora bien, debe aclararse que según la publicación de Naciones Unidas (2012), la obligación de protección contra la violencia transfóbica y homofóbica se concreta en el deber de los estados de implementar en el orden interno leyes que prohíban y sancionen penalmente conductas que prejuiciosas

que atenten contra la orientación sexual y la identidad género. Del mismo los estados deberán establecer sistemas eficaces en los que se pueda dejar registrados actos de violencia acaecidos por los mismos prejuicios. Además, los estados debe asegurar la judicialización de los actores de esas conductas, logrando la reparación integral de las víctimas. Por ultimo, deben dictar leyes y políticas públicas de asilo en las cuales se reconozca que las violaciones de derechos relacionadas con orientación sexual o identidad de género es un fundamento valido para solicitar el asilo; este deber encuentra su fundamentación jurídica en artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 6 y 9 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 33 (1) de la Convención sobre el estatuto de refugiados.

Por su parte, la obligación de prevenir que se concentra en la tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes de la comunidad LGBTI, impone un deber de investigar cualquier acto de maltrato cometido por servidores públicos o trabajadores oficiales contra personas LGBTI que estén detenidas legal o ilegalmente. La prevención implica que sancione a los responsables y que se ofrezcan capacitaciones adecuadas y eficaces para estos funcionarios, quienes también deben ser supervisados en los lugares donde tenga ocurrencia la detención; estas situaciones y deberes encuentran fundamento jurídico en artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1.1 y 2.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes.

En relación con el deber de despenalizar el homosexualismo, este implica la obligación de derogar leyes penales que lo sancionan. Lo que también supone asegurar que no se arreste o prive

de la libertad a ninguna persona en razón a su orientación sexual o identidad de género o se le torture o trate de forma inhumana o degradante con voluntad determinación respecto orientación sexual; este deber se fundamenta jurídicamente en los artículos 2, 7, 9 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los artículos 2.1, 6.2, 9, 17 y 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

La prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad de género, impone a los estados la obligación de promulgar leyes lo suficientemente generales que reglamente la orientación sexual y la identidad de género de tal forma que quede clara la prohibición de actos de discriminación por estas dos categorías en todos los escenarios de acceso a derechos humanos, como trabajo, educación, vivienda, alimentación, etc. Lo que encuentra fundamento jurídico en los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en artículo 2 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por último, respecto a la obligación de respeto o salvaguarda de la libertad de expresión, de asociación de reunión pacífica de las personas LGBTI, los estados deben eliminar en todas sus formas las limitantes existentes a esos derechos, lo que impone también un deber no discriminación en relación con su ejercicio. Por ende, los estados deben velar porque esos derechos puedan ejercerse libremente eliminando posibles actos de intimidación o violencia por parte de cualquier persona contra la comunidad LGBTI; esto se respalda jurídicamente en los artículos 19 y 20.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículos 19.2, 21 y 22.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Un buen ejemplo de la ineficacia de estas medidas en los sistemas jurídicos internos y de eficacia en sistema interamericano de derechos humanos es el caso Atala, al cual se hará una breve referencia en el acápite siguiente.

4.1. El caso Atala: breve referencia jurisprudencial internacional

El caso Atala Riffo y niñas contra Chile es uno de los más importantes de nuestros días en materia de los derechos de las parejas del mismo sexo, pues en primera instancia ese caso revela que la marginación histórica que ha sufrido la comunidad LGBTI ha sido generalizada en América Latina y el mundo. Además, muestra que ciertos sectores de la sociedad latinoamericana insisten en sostener un conservadurismo hipócrita que termina por discriminar a ciertas personas que declaran abierta y autónomamente ser sexualmente diversos, lo que desde luego es plenamente legítimo a luz del Derecho de nuestro tiempo. Este caso también ilustra sobre la posición sobre la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y pone el caso de la comunidad LGBTI como otra condición de posibilidad de realización efectiva de los Derechos Humanos.

Los hechos del caso son a grandes rasgos los siguientes. La abogada y juez Karen Atala Riffo contrajo matrimonio con el señor Jaime López Allendes en 1983. De ese matrimonio nacieron tres niñas. En el año 2002 los López Atala se separaron de hecho, siendo asignada la tuición o custodia de las niñas a la señora Atala, quien meses después de la separación empezó a convivir con Emma de Ramón. La familia, pues, quedó conformada por Karen, Emma y las niñas, situación con la que el padre de las niñas, el señor López, no estuvo de acuerdo.

En razón de tales hechos, en enero de 2003, López interpuso, ante un juzgado de menores, una demanda de tuición contra Atala, alegando que las niñas se verían seriamente afectadas al quedar conviviendo con dos lesbianas, por ello solicito una tuición provisional, la cual resultó procedente y el 2 de mayo de 2003 el juzgado ordenó que las niñas fueran entregadas al López. En respuesta Atala, que nunca se dio por vencida, pidió la inhibición al juzgado y el caso paso a un juez subrogante, el cual el 29 de octubre de 2003 determinó rechazar la demanda de tuición y ordenó que las niñas fueran devueltas a Atala, señalando que su condición sexual no le impedía ejercer la maternidad amorosa y responsablemente.

En su defensa, López en el mes noviembre de la misma calenda apeló ese fallo subrogante y elevó una solicitud provisional de no innovar la tuición provisional que ya le había sido otorgada por el juzgado de menores. En razón de la apelación del proceso conoció la Corte de Apelaciones de Temuco, el cual al resolver la solicitud provisional decidió no innovar y mantener la custodia en el padre, pero luego fallo a favor de Atala y dejó sin efecto la orden de no innovar, con lo que las niñas debían quedar bajo la custodia de la madre.

Jurídicamente derrotado, López decidió acudir en recurso de queja ante Corte Suprema de Justicia chilena, máximo juez que decidió el 31 de mayo de 2004, en una decisión de tres votos contra dos, conceder la tuición definitiva de las niñas al padre, argumentando entre otras cosas que la madre había puesto por encima de la maternidad sus preferencias sexuales, con lo que era claro para la Corte que, ante un situación de esa naturaleza, lo mejor para las niñas es que se quedaran con su padre. Atala viéndose discriminada por la propia justicia de su país decidió acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte en una decisión histórica dijo que:

La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico [...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, constituye un acto de discriminación prohibido por las normas jurídicas del sistema interamericano de derechos humanos [...]

En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido [...]

El Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual solo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8º de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen

la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención [...]

[...] la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual (CIDH, caso Atala, 2012).

Entre otros, con estos argumentos la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de Chile por violación al derecho a la igualdad y a la familia. En consecuencia, ordenó que se indemnizara y que permitiera la constitución de una familia diversa al lado de sus hijas. La Corte de los derechos reconoció y garantizó pues, desde la óptica del Derecho Internacional Público y los Derechos Humanos la vigencia real y efectiva del derecho a la igualdad y el derecho a la constitución de la familia diversa.

CONCLUSIONES

1. El derecho a la igualdad tiene un amplio e interesante desarrollo teórico y doctrinario que permite comprender el contenido de las normas constitucionales que lo regulan.

- De la misma forma que se puede llegar a comprender su importancia en las democracias liberales que se desarrollan en el Estado Social y Democrático de Derecho; es importante reconocer estas teorizaciones, pues a través de ellas se puede entender la ideología jurídica con la actúa el poder público, en particular los jueces constitucionales cuando determinan políticas públicas y sociales a través de la interpretación constitucional.
2. La Corte Constitucional colombiana tiene tres tipos metodológicos de aplicación del derecho a la igualdad. En algunas ocasiones aplica el test de igualdad europeo, mediante el cual aplica el principio proporcionalidad En otras aplica el test norteamericano y sus diferentes niveles de análisis débil, estricto e intermedio. Y muchas ocasiones aplica el test creado por ella misma que se conoce como juicio integrado de igualdad. Esto le ha permitido a la Corte llenar de contenido el artículo 13 de la Constitución Política, dotando al Estado colombiano de una racionalidad propia de las democracias liberales en su variante deliberativa, la cual es propicia para el respeto y el desarrollo de los derechos fundamentales.
 3. En el caso de los derechos de las parejas del mismo sexo es claro que la Corte aplica el test norteamericano, aplicando de preferencia el escrutinio estricto de igualdad, esto bajo el entendido que cuando se presentan los casos de violación al derecho a la igualdad la Corte entiende siempre que son discriminaciones basadas en criterio sospechosos como el sexo, el género y la orientación sexual, de tal manera priman los derechos fundamentales sobre cualquier otro tipo de consideración. En esto es importante resaltar que la Corte le ha dado libre a las garantías fundamentales primarias y secundarias, logrando así que la Constitución Política se

convierte en elemento de control y en un límite al poder del Estado que se ejerce según la lógica de las mayorías. Lo que muestra que la Corte a través de sus posturas ejerce un poder contra mayoritario que permite llevar a la práctica la Constitución y los derechos fundamentales de grupos sociales que, como los LGBTI, han sido excluidos, marginados y discriminados históricamente por una mayoría social que impuesto modelos de conducta y de prácticas afectivas y sexuales.

4. En relación con el principio democrático, entendido como aquella facultad del órgano legislativo de tomar decisiones fruto de la representación democrática que ejerce en relación con el poder constituyente, la Corte Constitucional advierte que este principio siempre debe ceder ante los actos de discriminación que por acción o por omisión se encuentren en la legislación, ya que cuando los actos de discriminación se basan en criterios sospechosos como el sexo, el género y la orientación sexual, el legislador carece de un amplio margen de configuración legislativa, razón por la cual no puede intervenir derechos fundamentales sin una justificación racional y proporcionada que justifique dicha intervención. Por eso los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo acaban siempre por tener más peso que la democracia mayoritaria entendida como principio constitucional.
5. En Colombia, en el Derecho Internacional Público y, sobre todo, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, existe un índice alto y fuerte de protección a las parejas del mismo sexo, esto se puede notar claramente en los diferentes tratados internacionales que protegen a la comunidad LGBTI y en la jurisprudencia constitucional y en la jurisprudencia de

- la Corte Interamericana de Derecho Humanos (por ejemplo: caso Atala), esto en razón a que el tribunal constitucional y el tribunal interamericano han entendido que la comunidad LGBTI es una minoría que históricamente ha sido discriminada y que por ende se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta en relación con una mayoría heterosexual que insiste en la realización de actos discriminatorios desde el punto de vista familiar como desde el punto de social y político.
6. Es importante reconocer que el Estado colombiano ha incurrido en una omisión legislativa en relación con la regulación de los derechos de la comunidad LGBTI en general y en particular con los derechos de las parejas del mismo sexo, pues como puede verse estos derechos están protegidos plenamente en el ordenamiento jurídico internacional, el cual vincula con carácter obligatorio a los Estados parte de la comunidad de naciones ordenándoles la realización de actos de promoción y protección de derechos humanos. Aspecto que muestra que ese déficit legislativo es un acto de incumplimiento del Estado colombiano frente a sus deberes impuestos por el sistema jurídico internacional, lo que lo hace de algún modo responsable por violación de los principios de *ius cogens* como el *pacta sunt servanda*; situación que no cabe duda ha suplido la Corte Constitucional a través de la jurisprudencia que se ha analizado descriptivamente en este trabajo.
 7. Por último, es importante que todas las personas en el Estado colombiano conozcan lo consagrado en las sentencias de la Corte Constitucional en relación con los derechos de los LGBTI, ya que esto es una forma de difundir y proteger

los derechos humanos y crear conciencia social, política y jurídica que en el Estado Social de Derecho esta proscrita toda forma acción discriminatoria. Las sentencias de la Corte son en ese orden de ideas muestra de esa conciencia a nivel constitucional y cultural, así como también son prueba del carácter normativo de nuestra Constitución Política y del cumplimiento de los compromisos pactados en el ámbito internacional. De esta forma también se evidencia la influencia o el impacto del Derecho internacional en el Derecho interno y de una relativización del principio democrático el cual debe ceder antes las garantías fundamentales; la soberanía en ese sentido también ceder ante los derechos humanos.

REFERENCIAS

- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derechos de los Derecho. Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Bonilla, D. Parejas del Mismo Sexo En Colombia: Tres Modelos Para Su Reconocimiento Jurídico Y Político (Same-Sex Couples in Colombia: Three Models for their Legal and Political Recognition) (April 28, 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2772232> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2772232>
- Comanducci, P. (2010). *Hacia una Teoría Analítica del Derecho, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid.
- Constitución Política de Colombia.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 022 de 1996, M.P Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 093 de 2001, M.P Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 104 de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 336 de 2008, consideración No. 7.8, M.P Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, Sentencia C – 371 de 2000, M.P Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C – 577 de 2011, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, Sentencia C – 673 de 2001, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C – 798 de 2008, consideración No. 15, M.P Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C – 811 de 2007, consideración No. 5, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007, consideración No. 6.2.2, M.P Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-238 de 2012, consideración No. 6, M.P Gabriel Eduardo Martelo Mendoza.

Corte Constitucional, Sentencia SU – 214 de 2016, M.P Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, Sentencia T – 141 de 2013 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C – 265 de 1994, M.P Alejandro Martínez Caballero,

Corte Constitucional, Sentencia C – 104 de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C – 179 de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C – 520 de 2016, M.P María Victoria Calle Correa.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Caso Atala Riffo y Niñas contra Chile.
- Giraldo Cuervo, N. (Coordinadora de investigación). Matrimonio para las parejas del mismo sexo un debate inacabado, Boletín de seguimiento N° 219 de Abril 30 de 2013. *Observatorio del Instituto de Ciencia Política*, Hernán Echavarría Lozada, Bogotá.
- Guastini R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría de derecho*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Gedisa, Barcelona, España.
- León Gómez A. (2006). La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales nacionales. En: *La aplicación judicial de los Tratados Internacionales*, ILSA, Bogotá, Colombia.
- López Medina D. E. (2016). *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*, Legis, Bogotá.
- Naciones Unidas. (2012). *Nacidos libres e iguales* (publicación). Nueva York – Ginebra.
- Nino Carlos, S. (2005). *Fundamentos de derecho constitucional*, tercera reimpresión, Astrea, Buenos Aires.
- Parra Dussan, C. (2012). *El Derecho a la igualdad en nuestro Estado Social*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá.
- Quinche Ramírez, M. F. y Peña Huertas, R. del P. (2013). *El derecho judicial de la Población LGBTI y la familia diversa*, Legis, Bogotá, 2013.

Quinche Ramírez, M.F. (2009). *Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas*, Tercera edición, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

Ruiz Miguel, A. (2003). Sobre el concepto a la igualdad. En: *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, compilado por Miguel Carbonell, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE CASARSE A PAREJAS DEL MISMO SEXO: CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA Y COLOMBIA

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ*

① <https://orcid.org/0000-0002-6324-8121>

VALENTINA MARZOLA BONILLA**

① <https://orcid.org/0000-0001-5315-3359>

* Profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad Santiago de Cali y profesor de la Universidad del Valle Sede Buga - Colombia. Magíster en Derecho por la Universidad Santiago de Cali. Licenciado en Filosofía por la Universidad del Valle. Abogado por la Universidad Santiago de Cali. Miembro del Grupo de Investigación GICPODERI (Categoría A, Colciencias) y del Grupo de Investigación HERMES (Categoría A, Colciencias).
✉ sergio.molina01@usc.edu.co

** Estudiante de séptimo semestre de Derecho en la Universidad Santiago de Cali – Colombia. Auxiliar de investigación.
✉ valentinamar120@gmail.com

Cita este capítulo:

Molina Hincapié, S. y Marzola Bonilla, V. (2021). Reconocimiento jurisprudencial del derecho de casarse a parejas del mismo sexo: consolidación del Estado Constitucional en Costa Rica y Colombia. En: Solís Bastos, L. P., Gómez Martínez, D. L. y Molina Hincapié, S. (Coords. académicos). *El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica* (pp. 211-231). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Díké. DOI: <https://dx.doi.org/10.35985/99789585134812.6>

Recepción/Submission: Mayo (May) de 2021.

Aprobación/Acceptance: Julio (July) de 2021.



INTRODUCCIÓN

Costa Rica y Colombia están articulando en su tradición jurídica de Estado legislativo la tradición del Estado constitucional. Estos dos países han pertenecido desde sus inicios a la tradición jurídica del *civil law*, donde se privilegia los principios de supremacía del legislador e imperio de la ley, al tiempo que se concibe al juez como mero aplicador de la ley ya existente. Principios que consolidaron el Estado de derecho legislativo en la Europa continental desde finales del siglo XVIII hasta la primera mitad del siglo XX (Blanco, 1996), y que se reflejaron en los países latinoamericanos señalados. Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX se articularon dentro del derecho europeo continental principios esenciales de la tradición del *common law*, en su versión norteamericana: supremacía constitucional y control de constitucionalidad ejercido por los jueces para garantizar dicha supremacía (Blanco, 1996; Cuchumbé y Molina, 2015). Articulación que se verá expresada en los estados de Costa Rica y Colombia algunas décadas después, finalizando el siglo XX y en estas dos primeras décadas del siglo XXI, en especial se puede hacer referencia a la reforma constitucional de 1989 en Costa Rica y la creación de la Constitución de 1991 en Colombia, así como al devenir de los tribunales constitucionales en ambos países. La fusión de tales principios hace surgir la versión del Estado de derecho constitucional, en el que los jueces ya no se ven como meros aplicadores de la norma legislada, sino que también son creadores de derecho a través de su jurisprudencia.

Una situación que sirve de indicio de esa transformación dada en Costa Rica y Colombia es el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a parejas del mismo sexo, logrado no por vía del legislador, como sería natural dentro de la concepción legislativa

del Estado de derecho a la que han pertenecido tradicionalmente estos países, sino por los tribunales constitucionales a través de su jurisprudencia. Por medio de la sentencia N° 2018-012782, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense declaró inexecutable el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia que prohibía el matrimonio entre parejas del mismo sexo; no obstante, cabe resaltar que en la misma sentencia la Sala Constitucional mantiene la vigencia del inciso en cuestión por un plazo de dieciocho meses, con la finalidad de que la Asamblea Legislativa regule la materia. Asimismo, a través de la sentencia SU-214 de 2016 los magistrados de la Corte Constitucional colombiana posibilitaron el matrimonio civil entre personas del mismo sexo; aunque vale recordar que ya en la sentencia C-577 de 2011 la misma Corte Constitucional había exhortado al Congreso de la República a regular la materia en un término máximo de 22 meses y 22 días.

En uno y otro país los jueces han reconocido el derecho de casarse a las parejas del mismo sexo, además en ambos países los tribunales constitucionales han exhortado al poder legislativo para regular el derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo dentro de un plazo razonable, respetando así la competencia del Legislador. En este hecho se deja ver el cambio de los principios de supremacía del legislador, imperio de la ley y jueces pasivos, esenciales del Estado legislativo, hacia los principios propios del Estado constitucional. Es dentro de este contexto jurídico-político que emerge la pregunta orientadora del presente capítulo: *¿cómo el reconocimiento jurisprudencial del derecho de contraer matrimonio a parejas del mismo sexo en Costa Rica y Colombia permite afirmar que en ambos países se está afianzando un modelo de Estado de derecho constitucional?*

Para dar respuesta a esta cuestión, primero se presentan las características esenciales del Estado de derecho en sus versiones de Estado Legislativo y Estado Constitucional; después se muestra que en Costa Rica y Colombia se reconoció el derecho a contraer matrimonio de parejas del mismo sexo a través de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Por último, se valora cómo el enredar principios tales como la prevalencia del poder judicial por sobre la voluntad de las mayorías, en esta ocasión por medio del reconocimiento jurisprudencial del derecho a contraer matrimonio de parejas del mismo sexo, deja ver la transformación de estos países hacia la perspectiva del Estado constitucional.

DEL ESTADO LEGISLATIVO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

Para empezar la caracterización del Estado de derecho en sus versiones legislativa y constitucional vale, en primer lugar, afirmar que el Estado es una invención europea que se configuró con el Estado absolutista a finales del siglo XV y comienzos del XVI (Cotarelo, 2004, p. 15). Tiene entre sus principales características el afianzamiento del monopolio de la violencia en cabeza del monarca (del Estado) y el haber puesto tal consolidación al “servicio del derecho y la justicia administrados en nombre del Rey” (Cotarelo, 2004, p. 19). En este contexto sólo el Estado puede ejercer poder y de él emana toda norma reguladora de la vida social, pero aquí debemos recordar que el Estado es el Rey y el derecho es el conjunto de sus órdenes (Rodríguez, 1997, p. 23), por tanto, el rey termina siendo soberano, en ese sentido él dicta la norma e impone su cumplimiento al tiempo que no está sometido a sus propias órdenes (Cotarelo, 1996, p. 19). Se podría decir que prácticamente el soberano no tiene límites en el ejercicio de su poder. Este exceso de poder en manos del Rey no permitía seguridad jurídica, ya que él, al ser soberano, podía

cambiar las reglas de juego a capricho sin responder ante nadie (Bobbio, 1987, 15-16)¹.

Ahora bien, recordemos que junto a la conquista del poder absoluto por la monarquía, que trajo consigo la emergencia de un mercado interno nacional, se da la aparición de una nueva clase social, la burguesía (Cotarelo, 2004, pp. 19-20). Clase que con el paso de los siglos logró adquirir y consolidar poder suficiente como para derrotar el régimen monárquico a finales del siglo XVIII, e instalar en lugar del Estado absolutista el Estado de derecho que permanece vigente hasta nuestros días (con sus correspondientes variaciones).

El modelo de Estado de derecho en general se caracterizó por haber instalado un control al ejercicio del poder de los gobernantes, en oposición al poder absoluto de los monarcas. Este control se supone es realizado con la creación de una Norma Suprema a la cual todos están sometidos, tanto gobernantes como gobernados, y estableciendo en su corpus normativo algunos principios básicos (Cotarelo, 1996, p. 20): derechos humanos (Nikken, 1997), principio de separación de poderes, procedimiento de producción legislativa, principios económicos del liberalismo clásico –Estado mínimo y libre mercado- (Cotarelo, 1996, p. 20), y principio de legalidad (Ferrajoli, 2001; Uprimny, 2013-2014). En esta perspectiva la Norma Suprema es considerada un documento anterior al Estado mismo y, por tanto, todos los gobernantes también se encuentran sometidos a su designio. Acá cabe recordar que el Estado de derecho se configuró dentro de nuestra tradición jurídica continental en dos momentos distintos, desembocando de

1 Para una caracterización más detallada del modelo de Estado moderno en su versión de Estado absolutista puede verse Sotelo (2004) y De la Cueva (1996)

esta manera en los dos diversos modelos de Estado de derecho ya enunciados: el legislativo desde finales del siglo XVIII hasta la primera mitad del siglo XX y el Estado constitucional durante la segunda mitad del siglo XX hasta lo corrido del siglo XXI.

En el primer momento se acogieron principios del Estado legislativo propios de la revolución francesa, en el segundo se articularon principios del Estado constitucional esenciales a la revolución norteamericana. Recordemos que mientras en Francia emergió una división de poderes que ennobleció la voluntad del legislador, en Norteamérica surgió una separación de poderes que privilegió la decisión del poder judicial sobre la voluntad del legislativo. En el caso francés, la superioridad del legislador se presentó en el doble sentido de 1) estar sobre los demás poderes públicos al ser el representante directo del pueblo soberano y 2) situarse por encima de la voluntad del mismo pueblo pues éste sólo puede manifestarla mediante sus representantes (el legislador), lo que condujo a la soberanía legislativa (Blanco, 1996).

En el segundo momento, la preponderancia de los jueces se debe a que estos pueden a través del control de constitucionalidad reclamar nulas las leyes contrarias a la Constitución, llegando así a consolidar la supremacía material de la Constitución concibiéndola como un documento jurídico con valor normativo (Blanco, 1996). Segundo momento que sólo se da en Europa continental hasta después de la Segunda Guerra Mundial con la propagación de los tribunales constitucionales, que entraron a garantizar la supremacía real de los principios de la Constitución incluso contra la voluntad de las mayorías. Es así como los jueces constitucionales han llegado a controlar al legislador en el ejercicio de su libertad de configuración legislativa a través del control de constitucionalidad de las leyes, constituyéndose en una especie de poder contra mayoritario.

En síntesis, el Estado de derecho en su versión legislativa se caracterizó principalmente por continuar el monopolio de la violencia instalado durante el Estado absolutista pero ahora en cabeza de los tres poderes públicos, crear una Constitución que tiene supremacía (formal) sobre las demás leyes, consagrar la separación de poderes dando primacía al Legislador y a su obra, fijar el imperio de la ley sobre la Constitución y como consecuencia instituye constituciones flexibles, no instituir el control de constitucionalidad, e instalar el principio de jueces pasivos y meros aplicadores de las leyes. En cambio, el Estado de derecho en su visión constitucional se define especialmente por continuar el monopolio de la violencia en mano de los poderes públicos pero ahora dentro de los parámetros constitucionales, erigir una Constitución que tiene supremacía (material) sobre las demás leyes, consagrar la separación de poderes dando prioridad al poder judicial sobre la obra del Legislador, establecer el control de constitucionalidad en cabeza de los jueces, como consecuencia fija constituciones rígidas, y situar a los jueces como los garantes de dicho control. Este último modelo da supremacía neta al poder judicial sobre los demás poderes públicos, y es el que se propago después de la Segunda Guerra Mundial.

- **¿ACTIVISMO JUDICIAL EN COSTA RICA Y COLOMBIA?:
RECONOCIMIENTO DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO
DE PAREJAS DEL MISMO SEXO**

Esta situación de articulación de la versión constitucional del Estado de derecho también se presentó en Costa Rica y Colombia, aunque algunas décadas más tarde². En Costa Rica con la reforma

2 También vale tener en cuenta que estas articulaciones suelen traer consigo sus propios matices según la región o el país de que trate (Rodríguez, 2011)

constitucional de 1989 que originó una Sala Constitucional al interior de la Corte Suprema de Justicia y en Colombia a partir de la expedición de la Constitución de 1991 que creó una Corte Constitucional. Ambos casos significaron un fortalecimiento de esta rama del poder público que llevó a un activismo judicial, especialmente el de los jueces constitucionales (Rodríguez, 2011, p. 128). Esto puede verse con claridad cuando los jueces constitucionales al realizar el control de constitucionalidad de las leyes, en vez de ser agentes pasivos que tienen por única función declarar nula la norma encontrada inconstitucional en calidad de legisladores negativos, en ciertos casos asumen el papel de legisladores positivos y terminan regulando directamente la materia.

Así, por ejemplo, sucedió en Costa Rica y Colombia respecto al derecho a contraer matrimonio por parejas del mismo sexo. En tales países los jueces constitucionales no sólo declararon nula una disposición normativa y una de las interpretaciones posibles de la disposición normativa, respectivamente, sino que además crearon derecho a favor de cierto grupo de personas al posibilitar el matrimonio homosexual, función que es propia del legislador democráticamente legitimado y no de los jueces, cuando se piensa el asunto desde la división de poderes. Más aún, los magistrados en ambos casos llegaron a modular sus decisiones al determinar el alcance de las mismas.

Respecto a Costa Rica vale indicar que en septiembre de 2015, noviembre del mismo año y marzo de 2016 se interpusieron acciones de inconstitucionalidad contra el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, el cual reza:

“Artículo 14.-Es legalmente imposible el matrimonio:

(...)

6) Entre personas del mismo sexo (...)”

Estas acciones fueron acumuladas en un solo expediente por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense y resuelta mediante sentencia N° 2018012782. En dicha sentencia los magistrados de la Sala Constitucional inician su argumentación acudiendo a la prohibición de toda discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género, pues ella vulnera tratados de derechos humanos y la propia Sala en su jurisprudencia la prohíbe. Luego continúan aludiendo a su jurisprudencia en lo relativo a las uniones de parejas homosexuales, en donde desde 2006 se advierte la posibilidad de regular tal clase de vínculo, claro, siempre y cuando la regulación sea efectuada por el órgano legitimado para ello, es decir el legislador. Acá se observa una vez más el respeto hacia el principio de división de poderes como uno de los principios esenciales del Estado de derecho. Y después la Sala acude a la jurisprudencia internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso decidido por el Tribunal deja ver que “la ausencia absoluta en el ordenamiento jurídico de una institución formal y legal de reconocimiento” a las parejas homosexuales podría constituirse en una situación de vulneración de derechos fundamentales (Sala Constitucional, 2018, considerando V. 2), y tanto los casos decididos por la Corte como su Opinión Consultiva dejan claro que la discriminación con base en la orientación sexual queda prohibida por el artículo 1.1 de la Convención, así como también queda a la vista que los Estados deben tomar medidas para garantizar los derechos de las parejas homosexuales en igualdad de condiciones que los de las parejas heterosexuales (Sala Constitucional, 2018, considerando V. 2).

Con base en los soportes anteriores, la Sala determinó como un hecho de discriminación la imposibilidad contemplada en el numeral 6) del artículo 14 del Código de Familia. La norma es inconstitucional por violación del derecho constitucional y

convencional a la igualdad. Sin embargo, la Sala acudiendo a jurisprudencia de otros países y dada la magnitud de la decisión tomada, no declaró la inconstitucionalidad inmediata de la norma acusada sino que postergo por un tiempo su vigencia; debido a que el problema trasciende la disposición normativa y se convierte en un “estado de cosas inconstitucional” que quien está llamado a resolver *prima facie* es el legislador, respetando de este modo los principios de autocontención de los jueces y libertad de configuración legislativa, propia de los estados democráticos. Por lo tanto, la Sala en lugar de efectuar una sentencia declarativa emitió una “sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple” por medio de la cual exhorta al poder legislativo para que, en el plazo de dieciocho (18) meses, regule de manera pertinente la materia (Sala Constitucional, 2018, considerando VII).

En lo relativo a Colombia cabe señalar que, igual que Costa Rica, en la sentencia C-577 de 2011 se exhortó al poder legislativo para que en un término máximo de 22 meses y 22 días, “legisla (...) sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que (...) afecta a las mencionadas parejas”. Lo cual deja ver una vez más el poder modulador que tienen los jueces constitucionales sobre sus propias sentencias. En la misma sentencia la Corte colombiana advierte al Legislador que de no efectuar la regulación indicada en el tiempo señalado, las parejas del mismo sexo tendrían la posibilidad de acudir ante los jueces y notarios con el fin de llevar a cabo un contrato solemne para regular su situación. Una vez llegó el plazo señalado en la sentencia C-577 de 2011, es decir el 20 de junio de 2013, el Congreso de la República de Colombia no había cumplido con lo ordenado en la sentencia.

Lo anterior dio origen a que diversas parejas del mismo sexo se dirigieran ante jueces y notarios para solemnizar sus vínculos, acaeciendo varios casos distintos que la Corte Constitucional acumulo en un solo expediente, decidido mediante sentencia SU-214 de 2016: 1) notarios se negaron a celebrar el matrimonio aduciendo no tener competencia, pues en la sentencia C-577 de 2011 se alude a un “vínculo contractual” no al “matrimonio civil” consagrado por el legislador; 2) jueces fijaron fecha para celebrar matrimonio civil, pero Procuradores delegados interpusieron acción de tutela contra dicha decisión; 3) juez celebró matrimonio civil, pero notario y registrador se negaron a registrarlo; 4) juez celebró matrimonio civil, pero al revisar la documentación aportada constata que uno de los contrayentes es transgénero y en últimas se trata de dos personas del mismo género, por lo cual declara la nulidad absoluta del matrimonio civil al tiempo que compulsa copias a la Fiscalía por presunto fraude procesal (Sentencia SU-214, 2018, antecedentes II, 1-6).

Ahora bien, después de la anuencia del legislador a regular la materia y dado los casos señalados, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia SU-214 de 2016, decretando la existencia del derecho a contraer matrimonio civil de las parejas del mismo sexo en Colombia. Pero antes de sustentar su decisión, el tribunal aclaró que la Procuraduría no está legitimada para interponer recursos de tutela contra la celebración de matrimonios de personas del mismo sexo (Sentencia SU-214, 2018, consideraciones III, 5). A reglón seguido sostuvo que el lenguaje puede entenderse como relación de poder y en este marco determinó el significado de la palabra “matrimonio”, estableciendo que en la actualidad del contexto del Estado Social de Derecho la regulación del matrimonio se ha de comprender desde la perspectiva de los derechos fundamentales, dejando atrás la visión meramente

legislativa del derecho (Sentencia SU-214, 2018, consideraciones III, 6). De igual modo, la Corte recuerda que la sexualidad y la procreación en la actualidad son algunos de los fines legales mas no elementos esenciales del contrato de matrimonio, cuando este se mira desde los parámetros constitucionales (Sentencia SU-214, 2016, consideraciones III, 7).

Después la Corte Constitucional acudió al derecho comparado y señaló que en los últimos 15 años varios Estados de derecho han reconocido la unión entre parejas del mismo sexo (entre esas formas de unión destaca el matrimonio); lo han hecho por tres vías: decisiones judiciales, actos del legislador y uniones alternas al matrimonio. En todo caso la Corte resaltó que la restricción a las uniones homoafectivas son producto “cultural, teocrático, dictatorial o religioso, no justificado en postulados, principios o cánones de orden jurídico” y que en los Estados de derecho la tendencia es más bien a reconocer los derechos de dichas parejas (Sentencia SU-214, 2016, consideraciones III, 8). La Corte recurre a un recuento de su propia jurisprudencia sobre los derechos individuales de la comunidad LGBTI y los derechos de las parejas del mismo sexo, para mostrar que el reconocimiento que se está llevando a cabo en la sentencia SU-214 de 2016 no es mero capricho del juez constitucional de turno, sino una evolución continua de su “jurisprudencia en materia de protección constitucional de las familias diversas, en la cual los jueces de tutela y esta Corte interpretaron el camino que representa la mejor lectura de toda la larga cadena de decisiones precedentes en relación con las familias constituidas por parejas del mismo sexo” (Sentencia SU-214, 2016, consideraciones III, 9).

La Corte Constitucional Colombiana continua su argumentación aseverando que “los principios de la dignidad humana, la

libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual”. Y añade que la consagración del matrimonio en la Constitución como un vínculo entre un hombre y una mujer no excluye de suyo “la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo”, pues la Carta Política no viene formulada en términos prohibitivos sino en un lenguaje deóntico, cuyo “contenido esencial se determina con base en el principio lógico jurídico kelseniano según el cual *“lo que no esté jurídicamente prohibido, está permitido”*”, afirma la Corte (Sentencia SU-214, 2016, consideraciones III, 10).

Además de lo anterior, la Corte advierte que si no se reconoce que la unión de parejas del mismo sexo es un matrimonio y en su lugar se toma como un contrato civil distinto al mismo, entonces se está frente a un trato discriminatorio y no se logra suplir el déficit de protección identificado en la sentencia C-577 de 2011, pues los efectos jurídicos personales y patrimoniales que produce el matrimonio son distintos a los que produce un contrato civil diferente: formalmente no constituye familia, ni genera deberes de fidelidad y mutuo socorro, no se modifica el estado civil de los contratantes, no emerge sociedad conyugal, los contratantes no entran en el correspondiente orden sucesoral, no se pueden suscribir capitulaciones, no hay claridad sobre las causales de terminación del vínculo surgido, entre otros (Sentencia SU-214, 2016, consideraciones III, 11). Y por último, la Corte a partir del principio de autonomía de la función judicial asegura que los jueces que celebraron matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, después del 20 de junio de 2013, actuaron conforme a la Constitución y dentro del ámbito de su autonomía. En cambio, los registradores y notarios que se negaron a inscribir o formalizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo efectuaron una mala

interpretación de la sentencia C-577 de 2011 y de la Constitución de 1991 (Sentencia SU-214, 2016, consideraciones III, 12). Con base en todos estos soportes la Corte Constitucional colombiana hace extensivo el matrimonio civil a las parejas del mismo sexo.

En síntesis, los tribunales constitucionales constataron un estado de cosas inconstitucionales y un déficit de protección que deben ser superados, al tiempo que se atuvieron al principio de separación de poderes y acogieron el principio de autocontención de los jueces, pues en ambos casos el poder de los jueces se ejerció en el sentido de exhortar al legislador para que fuese él quien regulase el asunto en discusión, dentro de un plazo razonable, para no usurpar competencias vedadas a los tribunales. Se observó que en Colombia una vez se cumplió el plazo y el Congreso de la República no quiso o no pudo regular el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, entonces la Corte Constitucional privilegió el goce efectivo de los derechos fundamentales como el del matrimonio sobre los principios de división de poderes, de autocontención de los jueces y, en especial, de la mayoría. La Corte Constitucional termina encarnando en dicho caso un poder contramayoritario que permite a las minorías aún tener esperanza en lo concerniente a la salvaguarda de sus derechos fundamentales.

En lo tocante a Costa Rica cabe destacar que la Sala Constitucional igualmente se atuvo estrictamente al principio de la división de poderes, privilegiando al poder legislativo como el competente para regular el asunto, así como al principio de autocontención de los jueces. No obstante, en este caso la Sala también exhortó al legislador para que en un plazo de 18 meses ejerza su competencia y regule la unión entre parejas del mismo sexo. En tal caso se prevé

que la Asamblea Legislativa costarricense no regule el asunto³ sino que por el contrario deje pasar el plazo señalado, para que se haga efectiva la sentencia N° 2018012782 de la Sala Constitucional y, por tanto, se deroguen las normas discriminatorias al tiempo que se extienda por analogía el matrimonio a las parejas del mismo sexo, por lo cual los titulares en prensa hablan de que después del 26 de mayo de 2016 el matrimonio gay será legal (Redacción, 2018) o comenzará a regir (EFE, 2018) en Costa Rica.

CONCLUSIÓN

El asunto del matrimonio entre parejas del mismo sexo en Costa Rica y Colombia puede ser analizado como un ejemplo de transformación del Estado de derecho de su versión legislativa hacia el modelo constitucional. En este texto se logró exponer los principios esenciales de cada modelo de Estado, resaltando el principio de división de poderes y los matices que adquiere en cada uno. En el Estado legislativo los jueces son actores pasivos y en todo caso se entiende que no crean derecho, pues la creación del derecho es labor exclusiva del legislador, que se erige como el poder supremo en tanto representación de las mayorías. En cambio, en el Estado constitucional los jueces tienen preponderancia sobre el legislador no solo al poder declarar nulo sus actos (la ley), sino también por tener la posibilidad real de crear derecho a la luz de la garantía y el goce efectivo de los derechos fundamentales. Modelo constitucional que se ha articulado como el modo de ser del Estado de derecho en su actualidad, tanto en Europa continental como en Latinoamérica.

3 Ya en octubre de 2019 los Diputados de la Asamblea Legislativa archivaron una propuesta para regular la unión entre parejas en calidad de uniones civiles, por considerarla discriminatoria (Arrieta, 2019).

De igual manera se hace patente dicha transformación tanto en la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral 6 del artículo 14 del Código de Familia y la exhortación al legislativo para que regule las relaciones homoafectivas en Costa Rica como el reconocimiento del matrimonio a las parejas del mismo sexo en Colombia a través de la jurisprudencia y no de la ley. Respecto a la declaratoria de inconstitucionalidad se destaca que en tal enunciado normativo se contiene un acto de discriminación que está prohibido por la Constitución y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, por lo cual la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia lo declara inconstitucional, pero por respeto a las facultades legislativas la Sala en lugar de declarar la inconstitucionalidad inmediatamente prefiere requerir al legislador para que como es natural él realice la regulación de la unión entre las personas del mismo sexo; aunque vale resaltar que le da un tiempo perentorio para efectuar dicha regulación y así garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, e impida que la decisión pase a ser irrisoria. Como ya se dijo, se espera que en el mes de marzo del 2020 cuando se cumpla el plazo, también se haga efectiva la sentencia y el matrimonio homoafectivo tenga vía libre por vía jurisprudencial.

En lo relativo al reconocimiento del derecho de casarse a personas del mismo sexo, se ve con claridad que la Corte Constitucional crea derecho por medio de su jurisprudencia. En el 2011 ya el tribunal constitucional colombiano había declarado el déficit de protección del que son víctimas las personas por no estar regulada las uniones homoafectivas, pero al igual que sucedió con posterioridad en Costa Rica la Corte Constitucional de Colombia moduló su sentencia, en el sentido de conminar al legislativo para que en un plazo razonable regule estas uniones. Pero como bien se sabe, una vez agotado el tiempo y no habiendo regulación por el

legislativo, la Corte tuvo que extender el derecho del matrimonio civil a las personas del mismo sexo para de este modo garantizar la supremacía de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y su realización efectiva, sobre los intereses de las mayorías. Después de la sentencia C-214 de 2016 en Colombia es una realidad jurídica innegable que las personas del mismo sexo tienen el derecho a contraer matrimonio, en las mismas condiciones que una persona heterosexual, mostrándose la jurisprudencia como fuente de derecho.

Con estas descripciones en mano es viable afirmar que estamos asistiendo a un modelo de Estado jurisdiccional en virtud del cual los jueces tienen la última palabra en materia de derechos. Lo que está muy bien *prima facie*, pues los jueces constitucionales muchas veces han realizado los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de manera garantista. Pero, ¿qué pasará cuando la Corte esté integrada en su mayoría por jueces que privilegien la obra del legislador aunque ésta vaya en contravía de los derechos fundamentales? ¿O cuándo los mismos jueces efectúen interpretaciones regresivas sobre dichos derechos?

REFERENCIAS

- Asamblea Legislativa de Costa Rica, Código de Familia.
- Blanco Valdés, R. (1996). “La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana”, *Working Paper*, N° 117. En línea: https://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_117.pdf?noga=1.
- Bobbio, N. (2001). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 15 - 20.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-214 de 2016.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, sentencia N° 2018-012782.
- Cotarelo, R. (2004). “Teoría del Estado”, en: Díaz, Elías y Ruiz, Alfonso, *Filosofía política II. Teoría del Estado*, Trotta, pp. 15-23.
- Cuchumbé, N. y Molina, S. (2015). “Construcción y renovación del sentido de la línea jurisprudencial sobre el artículo 241,

- numeral 1, de la Constitución Política de 1991”. En: *Revista de derecho*, N^o. 43, Universidad del Norte, pp. 268-291.
- Decreto 2591 de 1991.
- De la Cueva, M.(1996). *La idea del Estado*. Fondo de Cultura Económica y Universidad Autónoma de México. Capítulos V, VI y VII.
- EFE. (2018). “El matrimonio gay comenzará a regir en Costa Rica en mayo de 2020”. En: *El País.Cr*, San José. En línea: <https://www.elpais.cr/2018/11/26/el-matrimonio-gay-comenzara-a-regir-en-costa-rica-en-mayo-de-2020/>
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, N^o 17, pp. 31-46.
- Nikken, P. (1997). “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Seminario sobre derechos humanos - La Habana*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En línea: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1995/seminario-ddhh-habana-1997.pdf>
- Redacción (2018). “Costa Rica legaliza matrimonio igualitario”, en *La Prensa, Panamá*. En línea: https://www.prensa.com/mundo/Costa-Rica-legaliza-matrimonio-igualitario_0_5095740377.html
- Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Universidad de los Andes, Bogotá, cuarta reimpresión 2002.
- Rodríguez, C. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En: *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

Sotelo. (2004). “Teoría del Estado”. En: Díaz, Elías y Ruiz, Alfonso, *Filosofía política II. Teoría del Estado*, Trotta, pp. 25-44.

Uprimny, R. (2013-2014). “Estado de derecho”, en: *Eunomía*, N° 5, septiembre 2013 – febrero 2014.

PARES EVALUADORES

Jorge Eduardo Moncayo

Investigador Asociado (I)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6458-4162>

Universidad Antonio Nariño

Marco Alexis Salcedo

Investigador Asociado (I)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0444-703X>

Universidad Nacional de Colombia. Sede Palmira

Viviana Taylor Orozco

Investigador Asociado (I)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5369-3942>

Fundación Universitaria María Cano. Sede Cali

Alexander López Orozco

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0068-6252>

Universidad de San Buenaventura

Julián Zapata

Investigador Asociado (I)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8888-1521>

Instituto de Química, Facultad de Ciencias Exactas y Naturales.

Universidad de Antioquia

William Fredy Palta Velasco

Investigador Junior (IJ)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1888-0416>

Universidad de San Buenaventura- Cali

Marco Antonio Chaves García

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7226-4767>

Fundación Universitaria María Cano - Sede Medellín

Carolina Sandoval Cuellar

Investigador Senior (IS)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1576-4380>

Universidad de Boyacá

Kevin Alexis García

Investigador Asociado (I)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8412-9156>

Universidad del Valle

Clara Viviana Banguero Camacho

Investigador Junior (IJ)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4518-6799>

Universidad Libre

Ricardo Tapía

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2750-1828>

Evaluador Internacional

Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México y Coordinador

Editorial de el Colegio de Morelos, México

Clara Mercedes Blanco Ospina

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8640-8175>

Unicatólica

ESTA OBRA FUE EDITADA
POR LA EDITORIAL DIKÉ S.A.S.
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN AGOSTO DE 2021