

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. Aquí 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.