

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Expediente.-

Actor.- Asociación Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos. Representado por Yashín Castrillo Fernández

Señores

Sala Constitucional

El suscrito, Yashín Castrillo Fernández, mayor, soltero, Abogado carne profesional 7933, Representante ante la Sub Comisión de Diversidad Sexual del Poder Judicial, Presidida por la Magistrada Eva Camacho, en mi condición de Apoderado Especial Judicial para este acto de **Asociación Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos**, cédula de persona jurídica número 3-002-270834, conocida por sus siglas como **CIPAC**, con el debido respeto me presento ante su Autoridad a interponer **ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra del artículo 242 del Código de Familia y la Ley 7532 del 8 de agosto de 1995, publicada en La Gaceta N° 162 del 28 de agosto de 1995, con base en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

I.- Legitimación

En el voto 2771-03, del 4 de abril del 2003, al resolver la **acción de inconstitucional** contra la prohibición de la reelección presidencial (por segunda vez), este alto Tribunal reconoció la **legitimación** de los ciudadanos para ejercer la acción de inconstitucionalidad de manera directa en casos como el presente, cuando se está en presencia de **intereses difusos**, estableciendo que, cuando los accionantes forman parte de un grupo indeterminado aunque determinable, todos y cada uno de ellos, como titulares de esa colectividad, están legitimados para cuestionar la constitucionalidad de una norma o acto que los afecta en su conjunto. En concreto, señaló la Corte:

*“**SOBRE LA LEGITIMACIÓN.** Los accionantes fundamentan su **legitimación** en la existencia de **intereses difusos**, por tratarse del derecho de elección que como ciudadanos activos ostentan y por la presumible existencia de vicios en el procedimiento de la reforma impugnada. La jurisprudencia de esta Sala ha señalado en forma constante que los intereses difusos son aquellos cuya titularidad pertenece a un grupo de personas indeterminado aunque determinable, quienes son sus titulares colectivamente, todos y cada uno de ellos, como miembros de esa colectividad. Los intereses difusos, aunque de difícil definición e identificación, no pueden ser en nuestra Ley –como ya lo ha dicho esta Sala- los intereses meramente colectivos; ni tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata, entonces, de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o*

un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos –por ser comunes a una generalidad- e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter”.

En el presente caso, precisamente esto es lo que sucede, pues, existe un interés individual de parte de CIPAC, a quien represento en esta acción como su Apoderado Especial Judicial, en tanto estamos siendo afectados en nuestro derecho a que se reconozca, en los términos del artículo 242 del Código de Familia, y la Ley 7532, la unión de hecho homosexual, al mismo tiempo que existe un interés colectivo, ya que la lesión también se infiere a la población homosexual como un todo. Por lo anterior, **la acción que se somete a conocimiento de esta Honorable Cámara resulta admisible por la existencia de intereses difusos respecto al derecho de la población homosexual, hombres y mujeres, a que se reconozca su unión de hecho** en los mismos términos que se reconoce a las parejas heterosexuales, de conformidad con lo establecido en la Ley 7532 –Unión de Hecho- del 8 de agosto de 1995, publicada en La Gaceta Nº 162 del 28 de agosto de 1995, y, en particular del artículo 242 del Código de Familia.

II.- Competencia de la Sala

Antecedente jurisprudencial – constitucional

La materia (no la norma cuestionada) objeto de la presente acción fue objeto de pronunciamiento por esta Honorable Sala en el voto número 7262-06, del año 2006, oportunidad en la cual se declaró la constitucionalidad del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia: “Es legalmente imposible el matrimonio ... entre personas de un mismo sexo”.

En el voto 7262-06, este alto Tribunal concluyó que no era inconstitucional que se diera un tratamiento distinto a las parejas conformadas por un hombre y una mujer, en razón de las diferencias entre una y otra, haciendo la aclaración con respecto a los compañeros permanentes del mismo sexo, que *“no se produce roce constitucional por no existir impedimento legal para la convivencia entre homosexuales”*. Agregó la Corte en esa oportunidad, que correspondía al *“legislador derivado”* adoptar las medidas necesarias para superar la discriminación que *“la ausencia de una regulación normativa apropiada para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones”* podría implicar para las parejas homosexuales (en igual sentido se pronunció, en el año 1998, la Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-098/96, al conocer de una acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley 54 de 1990, la cual regulaba en términos idénticos al actual artículo 242 del Código de Familia, la “unión marital de hecho entre un hombre y una mujer”; aunque, posteriormente, en el año 2007, ese mismo Tribunal, al resolver otra acción contra la misma norma, dada la omisión del *“legislador derivado”* para cumplir con la *“recomendación”* de dictar una ley de unión de hecho –tal como dispuso esta Sala en el mencionado voto 7262-06- para las parejas homosexuales, declaró la inconstitucionalidad de la Ley 54 de 1990, sentencia C-075/07).

Así, parecería que el problema que entonces analizó la Sala en el 2006 es el mismo que se formula en la presente acción, lo que conduciría a declarar la existencia de cosa juzgada

constitucional sobre la materia (voto 9765-2011; con nota de la Magistrada Calzada en la cual recalca que, después de cinco años de emitido el voto 7262-06, la renuencia de la Asamblea Legislativa a dictar una Ley de Unión de Hecho para las Parejas Homosexuales *“amenaza de forma directa el derecho de una minoría a que su situación particular sea regulada por una ley formal”*, por lo que, es a la *“Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, en materia de control de constitucionalidad”*, a la que le corresponde ponerle fin a la discriminación contenida en el artículo 242 del Código de Familia que excluye a las parejas homosexuales del reconocimiento legal de la unión de hecho, y, no a la Asamblea Legislativa, especialmente, ante la constatación de estar *“inobservando de manera indirecta, las razones ofrecidas por esta Sala”*).

No obstante lo anterior, en el **voto 2771-03**, del 4 de abril del 2003, esta Sala, con base en los artículos 9 y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, determinó que **está autorizada para examinar de nuevo un asunto “que haya sido igual o similar y de variar su criterio si lo estima pertinente”**, con base en la circunstancia de que existan *“motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión*. Y, agregó la Corte en esa oportunidad *“Aunado a ello, el artículo 76 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional no se aplica al caso concreto, toda vez que la legitimación deriva de la existencia de intereses difusos y, por ende, no tiene asunto base, como refiere el artículo de cita”*. Lo que determina que, a pesar de la existencia de un pronunciamiento previo sobre esta materia que pudiera considerarse *“igual o similar”* no *“sea oponible la excepción de cosa juzgada material”*, resultando, por ello, *“válido entrar a conocer las acciones sometidas a estudio bajo una nueva ponderación, incluyendo de perspectivas no analizadas en la previa decisión”*.

Por ello, **habiendo aclarado que en el presente caso no se está en presencia de la cosa juzgada material, tal y como lo establece la Sala en el voto 2771-03, de plena aplicación a esta acción, “es válido entrar a conocer las acciones sometidas a estudio bajo una nueva ponderación, incluyendo de perspectivas no analizadas en la previa decisión”** (principio del “derecho viviente”; CIDH Caso Atala Riffo vs Chile, sentencia del 24 de febrero del 2012, párr. 83 y 85).

III.- Nueva ponderación con base en perspectivas no analizadas en el voto 7262-06

Estas “perspectivas no analizadas en la previa decisión”, se resumen del siguiente modo:

i) Por un lado, cambio de escenario jurídico, nacional e internacional: Hoy el escenario jurídico es diferente al que existía en mayo del 2006, fecha en que se emitió el voto 7262-06; específicamente:

i-a) inclusión expresa al bloque de legalidad nacional de la orientación sexual como causa de discriminación prohibida, reconocimiento que no existía en mayo del 2006;

i-b) creciente aceptación de la población de las uniones de hecho homosexuales;

i-c) resoluciones de la Organización de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, debidamente ratificadas por Costa Rica, las cuales expresamente prohíben la orientación sexual como categoría de discriminación, y

i-d) resoluciones de organismos jurisdiccionales internacionales, especialmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Karen Atala Riffo vs Chile, del 24 de febrero del 2012, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de este alto Tribunal Constitucional, que expresamente establecen la prohibición de discriminación basada en la orientación sexual y

ii) Por otro lado, la actual protesta de inconstitucionalidad está dirigida a refutar el hecho de que el legislador únicamente previó un régimen patrimonial para las parejas heterosexuales que han decidido conformar una comunidad de vida permanente y singular, excluyendo del mismo a las parejas homosexuales, cuestionamiento que no fue parte de la acción del 2003.

i) **Nuevo escenario jurídico:** Desde mayo del 2006 hasta la fecha, abril del 2012, el panorama nacional e internacional en materia de reconocimiento de los derechos civiles de la población homosexual ha experimentado grandes avances, que se evidencian en el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, sea mediante la figura de la unión de hecho o el matrimonio civil. En este sentido, la comunidad jurídica internacional que vela por el respeto de los derechos humanos de todas las personas, tanto en América como en Europa, por medio de organismos internacionales creados a este efecto, como la OEA y la ONU, han emitido varias resoluciones haciendo constar la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual. Consecuente con esta posición, y obligados por los compromisos internacionales adquiridos como Estado Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Costa Rica, a través del contralor máximo de constitucionalidad, como lo es esta Honorable Sala, con posterioridad a mayo del 2006, en tres oportunidades ha reconocido expresamente que es inconstitucional y contrario al Derecho Internacional de los Derechos Humanos discriminar basado en la orientación sexual. Seguidamente se mencionan algunos de los hechos más significativos que constata lo señalado.

i.a) Jurisprudencia constitucional nacional sobre orientación como categoría prohibida de discriminación: En el voto 20233-2010, al resolver un recurso de amparo que interpuso, esta Cámara señaló claramente que la orientación sexual es una categoría prohibida de discriminación en nuestro ordenamiento jurídico. Dijo la Sala en esa oportunidad: *“Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es contrario al principio de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe en su artículo 26 la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social; de lo que también deriva que no son permitidos los actos que atenten contra el derecho a la igualdad y dignidad humana de las personas por su orientación sexual”* (la primera vez que se interpretó que la categoría “sexo” incluida en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluía la “orientación sexual” como categoría prohibida de discriminación, fue en el año 1994, en el caso Toonen vs Australia, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El voto 20233-2010 reproduce esta sentencia). En el mismo sentido, pueden verse los siguientes

votos: 13313- 2010 (recurso de amparo que interpuso contra la convocatoria a referéndum del Proyecto de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo): 13800-2012 (recurso de amparo contra el artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo Nº 33876-J, que prohibía la visita íntima carcelaria de personas del mismo sexo) y 8724-2011.

i-b) Creciente aceptación de la población de las uniones de hecho homosexuales (principio del “derecho viviente”; CIDH, Caso Atala Riffo vs Chile, sentencia del 24 de febrero del 2012, párr. 83 y 85).

De acuerdo con la encuesta de la Escuela de Estadística de la Universidad de Costa Rica, Actualidades 2011. Octubre y Noviembre 2011 (www.estadistica.ucr.ac.cr/pdf/act11.pdf), el 40% de la población costarricense opina que debe reconocerse legalmente la unión de hecho de las parejas homosexuales y más de un 70% se manifiesta a favor de que se reconozcan los efectos personales y patrimoniales de la pareja homosexual. Este porcentaje es similar al de países como Argentina (54%), México (50%) y Uruguay (49%), donde se reconoce legalmente la unión de hecho homosexual en los mismos términos que la unión de hecho heterosexual (Wapedia – Wiki: Matrimonio entre personas del mismo sexo). En el voto 7262-06, esta Honorable Sala admite que “hay una constatación empírica para indicar que han incrementado” las uniones homosexuales. Esta aceptación se ha materializado a nivel institucional con el compromiso asumido públicamente por el Gobierno y algunas entidades privadas, como se evidencia con los siguientes ejemplos:

2002: El Instituto Nacional de Seguros varía su política en cuanto a pólizas de seguros de vida para incluir a las parejas del mismo sexo

2008: El Gobierno de la República dicta el Decreto Ejecutivo Nº 34399-S, declarando oficialmente el 17 de mayo Día Nacional Contra la Homofobia;

El Ministerio de Educación Pública aprueba la directriz de No Discriminación por Orientación Sexual.

La Caja Costarricense del Seguro Social, dicta la Directriz Nº 56389-5-A-08, la cual elimina toda normativa tendiente a la discriminación motivada por la orientación sexual de los pacientes.

2010:

El Instituto Nacional de las Mujeres crea el Manual Para la No Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género.

Costa Rica, por medio de su Presidente (abril), Doctor Oscar Arias Sánchez, manifiesta públicamente que está de acuerdo con la unión de hecho y el matrimonio civil homosexual.

El Consejo de Salud Ocupacional emite el Acuerdo Nº997-10 sobre La No Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género.

2011:

El Consejo Nacional de la Persona Joven aprueba el Manual de Sensibilización para la No Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género.

La Universidad de Costa Rica, Universidad Nacional e Instituto Tecnológico de Costa Rica, declaran dichos centros de educación superior Espacios Libres de Discriminación por homo – lesbofobia.

El Ministerio de Salud incluye la No Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género dentro de la Política Nacional de Sexualidad.

El Poder Judicial aprueba la Política Respetuosa de la Diversidad Sexual

Municipalidad de Cartago, San José y muchas otras, definen, según resolución de la UNESCO, los espacios municipales como Espacios Libres de Discriminación por Orientación Sexual.

2012: La Caja Costarricense del Seguro Social emite (6 de febrero del 2012) el Lineamiento Administrativo DRSS-0630-12 denominado “Lineamiento Sobre Servicios Libres de Discriminación por Orientación Sexual o Identidad de Género”.

i-c) Normativa internacional que prohíbe la discriminación por orientación sexual: Los siguientes, son algunos ejemplos de los pronunciamientos más relevantes de la OEA y la ONU sobre la obligación de los Estados de velar por el respeto y garantía de la prohibición de discriminación por orientación sexual y eliminar las discriminaciones que impiden el reconocimiento de la unión de hecho homosexual:

i-c-i Organización de Estados Americanos

i-c-i-i Resolución AG/RES 2653 (XLI-O/11) “Sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio del 2011.

i-c-i-ii Resolución AG/RES 2600 (XL-O/10), del año 2010), “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio del 2010, en la cual se condena los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra las personas a causa de su orientación sexual e identidad de género; además, se exhorta a los Estados a que implementen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos, contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.

i-c-i-iii Resolución AG/RES 2504 (XXXIX-O/09), “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio del 2009, en la que, además de reiterar la misma preocupación por la situación de violencia en contra de la población homosexual, se condena la discriminación basada en razón de la orientación sexual. En esta resolución, la OEA le solicitó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos incluir en su agenda el tema de “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”.

i-c-i-iv Resolución AG/RES 2435 (XXXVIII-O/08): “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, aprobada en la cuarta sesión plenaria, del 3 de junio del 2008, en la que los Estados miembros manifestaron su preocupación por los actos de violencia y violaciones de derechos humanos, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género.

i-c-ii Organización de las Naciones Unidas

i-c-ii-i Resolución “Sobre Discriminación por Orientación Sexual”, del 17 de junio del 2011. Esta Declaración exige a la comunidad internacional ponerle fin a las prácticas discriminatorias en contra de la población homosexual que niegan sus derechos fundamentales, como el derecho a que se reconozca a las parejas su unión de hecho y que se les niegue el derecho a contraer matrimonio civil.

i-c-ii-ii Observación General Nº 20, relativa a “La No Discriminación y Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, del año 2009, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social, la cual

establece en su artículo 2 que la no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general del Pacto. Al respecto, dicha Observación definió el concepto de discriminación de la siguiente forma:

“Cabe señalar que por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, u otro trato diferente, que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto. La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso”.

Esta misma Observación número 20 que se comenta, dejó claro que la frase “o cualquier otra condición social”, contenida en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debe ser entendida como comprensiva de la orientación sexual. Específicamente estableció:

“En ‘cualquier otra condición social’, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados Parte deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyen un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación, por ejemplo, los transgéneros, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”.

i-c-ii-iii Resolución A/63/635, del 22 de diciembre del 2008, Declaración Sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, firmada por Costa Rica en mayo del 2011, una semana antes de ser electa en el Consejo de Derechos Humanos de este órgano, en la cual se reafirma que todas las personas tienen derecho al goce de sus derechos humanos sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, orientación sexual, o de cualquier otra índole. Esta Declaración establece específicamente en sus artículos 3 y 4:

3.- Reafirmamos el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual e identidad de género.

4.- Estamos profundamente preocupados por las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual e identidad de género”.

i-c-iii Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas:

i-c-iii-i E/C.12/GC/20, Observación General Nº 20, del 2 de julio del 2009, párr. 32 “en ‘cualquier otra condición social’, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual”.

i-c-iii-ii E/C.12/GC/18, Observación General Nº 18, del 6 de febrero del 2006, párr. 12 “en virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como el artículo 3, del Pacto prohíbe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo, por motivos de (...) orientación sexual”.

i-c-iii-iii E/C.12/2002/11, Observación General Nº 15, del 20 de enero del 2003, párr. 13 “el Pacto proscribe toda discriminación por motivos de (...) orientación sexual.

i-c-iii-iv E/C.12/2000/4, del 11 de agosto del 2000, párr. 18 “En virtud de los dispuesto en el párrafo 2, del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención a la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de (...) orientación sexual”.

i-c-iv Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas

i-c-iiiv-i CRC/GC/2003/3, del 17 de marzo del 2003, Observación General Nº 3, párr. 8 “Es preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales”.

i-c-iv-ii CRC/GC/2003/4, del 21 de julio del 2003, Observación General Nº 4, párr. 6 “Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de ‘la raza, el sexo, el idioma, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño’ Debe añadirse también la orientación sexual”.

i-c-v Comité Contra la Tortura de las Naciones Unidas

i-c-v-i CAT/C/GC/2, del 24 de enero del 2008, párr 20 y 21, Observación General Nº 2 “El principio de no discriminación es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación y aplicación de la Convención (...). Los Estados Partes deben velar porque, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que sea su orientación sexual”.

i-c-vi Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de las Naciones Unidas

i-c-vi-i CEDAW/C/GC/27, del 16 de diciembre del 2010, Recomendación General Nº 27, párr. 13 “La discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por (...) orientación sexual”

i.d) Jurisprudencia internacional sobre orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, de obligatorio acatamiento por Costa Rica.

El 24 de febrero del 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictó la sentencia del Caso Karen Atala Riffo y Niñas vs Chile, estableciendo:

“91.- Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.

Así, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la jurisprudencia de este alto Tribunal Constitucional sobre la obligatoriedad de Costa Rica, como Estado Parte de dichos instrumentos internacionales -con base en el principio de control de convencionalidad, voto 2313-95- negar el reconocimiento de la unión de hecho a las parejas homosexuales, con base en la orientación sexual de sus integrantes, constituye una práctica discriminatoria proscrita por dicho órgano jurisdiccional internacional que le corresponde a esta Honorable Cámara, como máximo contralor de constitucionalidad en el país, eliminar mediante la declaratoria con lugar de la presente acción de inconstitucionalidad, ordenando que se elimine la discriminación que aparece en el artículo 242 del Código de Familia, según la cual sólo se reconoce la unión de hecho “entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio” de manera que dicho artículo reconozca la unión de hecho homosexual entre dos personas de igual o diferente sexo (voto 3435-92, Sala Constitucional).

Si bien es cierto, en el voto 7262-06 del año 2006, esta Sala manifestó que correspondía *“al legislador derivado”* dictar una ley que regulara los efectos personales y patrimoniales de la unión de hecho homosexual, dada el precedente jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citado, constitutivo de nuevas circunstancias no tenidas en cuenta en el voto 7262-06, corresponde a esta Corte, con base en el aludido principio de control de convencionalidad, y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, así como el principio del “derecho viviente” (Sentencia de la CIDH, 24 de febrero del 2012, Caso Karen Atala Riffo vs Chile, párrafos 83, 85 y 91; Opinión Consultiva OC- 16/99, del 1 de octubre de 1999, párrafo 114, Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia, Sentencia del 15 de septiembre del 2005, párrafo 106; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Tyrer vs Reino Unido, Sentencia del 25 de abril de 1978, párrafo 31), declarar la inconstitucionalidad del artículo 242 del Código de Familia, Ley 7532.

Al respecto, existe un precedente idéntico en la jurisprudencia constitucional internacional. En efecto, la Corte Constitucional de Colombia al resolver una acción de inconstitucionalidad igual a la presente donde se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990 (*“para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular// igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”*), que excluía del reconocimiento legal de la unión de hecho a las parejas homosexuales, en la sentencia C-098 del año 1996, al igual que sucedió en el caso nuestro cuando esta Sala pronunció el voto 7262-06, en el año 2006, *“concluyó que no era inconstitucional que se diera un tratamiento distinto a las parejas conformadas por un hombre y una mujer y a las uniones homosexuales, en razón de las diferencias entre una y otra”*, y que *“correspondía al legislador adoptar las medidas necesarias para superar la discriminación que la ausencia de protección patrimonial podría implicar para las parejas homosexuales”* (sentencia C-075/07, Corte Constitucional de Colombia). Sin embargo, ese mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia C-075/07, al conocer de una nueva acción de

inconstitucionalidad en contra de la prohibición del reconocimiento legal de la unión de hecho de las parejas homosexuales, pese a que anteriormente (sentencia C-098/96) había manifestado que correspondía al legislador derivado dictar un marco legal que regulara los efectos patrimoniales de la unión de hecho homosexual, decidió declarar la inconstitucionalidad de dicha prohibición. En concreto, concluyó la Corte Constitucional de Colombia: *“A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales”*. Es decir, que esta Sala tiene plena competencia para declarar la inconstitucionalidad del artículo 242 del Código de Familia.

En la sentencia citada, del 24 de febrero del 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 82, concluye que ***“el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho Tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana”***. En esta misma sentencia, en el **párrafo 133**, la Corte Interamericana señala que ***“considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Al respecto, en el caso Laskey, Jaggard y Brown vs Reino Unido (1197, párr. 36), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada”***.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas –CDHNU–.

En la sentencia del 24 de febrero del 2012, en el párrafo 88, la Corte Interamericana, hace suya la jurisprudencia pronunciada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la cual ha reconocido la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, haciendo énfasis en el caso Toonen vs Australia, como la primera oportunidad en que expresamente se establece dicha prohibición. Manifiesta la Corte Interamericana:

“88.- En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso Toonen vs Australia que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas”.

A continuación se hace un repaso de esos pronunciamientos **en el sistema interamericano y europeo:**

Sistema interamericano

CDHNU; X vs Colombia, Comunicación N° 1361/2005, CCPR/C/1361/2005, del 14 de mayo del 2007, párr. 7.2

CDHNU; Edward Young vs Australia, Comunicación N° 941/2000, CCPR/C/78/941/2000, del 18 de septiembre del 2003, párr. 10.4

Caso Toonen vs Australia, Comunicación N° 488/1992, CCPR/C50/D/488/1992, del 4 d abril de 1992, párr. 8.7.

Sistema europeo

En las siguientes sentencias, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresamente señala que la orientación sexual es una categoría que puede ser incluida en la frase *“otra condición social”*, que se encuentra cubierta bajo el artículo 14 del Convenio Europeo como categoría prohibida de discriminación:

T.E.D.H., Caso Alekseyev vs Russia, sentencia del 21 de octubre del 2010, párr. 108

T.E.D.H., Caso J. M. vs Reino Unido, sentencia del 28 de septiembre del 2010, párr. 55.

T.E.D.H., Caso Clift vs Reino Unido, sentencia del 13 de julio del 2010, párr. 57

T.E.D.H., Caso Kozak vs Polonia, sentencia del 2 de marzo del 2010, párr. 92

T.E.D.H., Caso E.B. vs Francia, sentencia de 22 de enero del 2008, párr. 50

T.E.D.H., Caso E.B. vs Francia, sentencia de 22 de enero del 2008, párr. 50

T.E.D.H., Caso L y V vs Austria, sentencia del 9 de enero del 2003, párr. 45.

T.E.D.H., Caso S.L vs Austria, sentencia del 9 de enero del 2003, párr. 37.

T.E.D.H., Caso Fretté vs Francia, sentencia del 26 de febrero del 2002, párr. 32

Caso Salgueiro da Silva Mouta vs Portugal, sentencia del 21 de diciembre de 1999, párr. 28.

De las anteriores sentencias, de especial relevancia es el Caso Clift vs Reino Unido, ya que en el párrafo 57 se concluye expresamente que la orientación sexual es una categoría de discriminación prohibida por el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el caso Salgueiro da Silva Mouta vs Portugal, el Tribunal Europeo reiteró lo resuelto en el caso Toonen vs Australia, en 1994, afirmando que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo como categoría prohibida de discriminación.

El 17 de septiembre del 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó la Opinión Consultiva OC- 18/03, en el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, señalando en el párrafo 101 que *“en la actual etapa del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y nos discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. Y, en el párrafo 104, manifestó que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de a cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de iure o de facto, y que tienen la obligación de adoptar medidas*

para cambiar o revertir situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas”.

En resumen, **los antecedentes citados demuestran que hoy la realidad social y jurídica es diferente a la que existía en el año 2006, cuando este alto Tribunal dictó el voto 7262-06, del año 2006; concretamente, existe una amplia aceptación social de la unión de hecho homosexual.**

En esa oportunidad, la Sala restringió el alcance de su pronunciamiento a partir de lo que consideró *“la protección de la familia”*, al considerar que la norma impugnada -el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia- se inscribía en el espíritu finalístico de los artículos 51 y 52 de la Carta y, por consiguiente, debía interpretarse como orientada hacia la protección de la *“familia natural”*, entendiendo por tal la pareja conformada por un hombre y una mujer unidos por el vínculo jurídico formal del matrimonio -familia legal- o de hecho -familia de hecho-. Sin embargo, como se ha hecho notar, el instituto de la unión de hecho, que regula el artículo 242 del Código de Familia, y la Ley 7532, si bien mantiene la dimensión protectora de la familia presente en los artículos 51 y 52 de la norma superior, no solamente incorporó elementos nuevos de gran significación en cuanto que en él se admite que las parejas, cumplidos ciertos requisitos - exclusividad, permanencia, publicidad- puedan acceder a un régimen especial de regulación de sus relaciones patrimoniales, sino que, también, adquiere una nueva y diferente dimensión jurídica derivada de la inclusión en nuestro bloque de legalidad de la orientación sexual como causa de discriminación.

De esta forma, el marco normativo sobre el cual en esta oportunidad se propone el ejercicio del control de constitucionalidad es formal y materialmente distinto y no ha operado respecto de éste la cosa juzgada constitucional.

Adicionalmente, la Sala en el **voto 7262-2006**, del año 2006, dejó claro que **“no existe impedimento legal para la convivencia entre homosexuales”**, dado que **“la prohibición demandada contenida en la normativa impugnada se refiere específicamente a la institución denominada matrimonio”**. Esto es, precisamente, lo que, con base en nuevas circunstancias y diferentes argumentos, trata de establecer la presente acción y que, en el tema que se ha considerado capaz para provocar un pronunciamiento estimatorio de fondo, se concreta en la afirmación de que **la ausencia de reconocimiento de un régimen patrimonial para las uniones homosexuales, implica colocarlas en estado de desprotección frente a normas imperativas del derecho civil y comporta un trato discriminatorio frente a las parejas heterosexuales, cuya situación patrimonial sí es objeto de regulación en la disposición acusada. Admitir que “no existe impedimento legal para la convivencia entre homosexuales” y, al mismo tiempo, negar los efectos legales de esa unión, excluyendo a las parejas homosexuales de la protección legal que el artículo 242 del Código de Familia otorga a las parejas heterosexuales, es una contradicción insuperable construida bajo una “igualdad artificial” no real.**

ii) Por otro lado, la actual protesta de inconstitucionalidad está dirigida a refutar el hecho de que el legislador únicamente previó un régimen patrimonial para las parejas heterosexuales que han decidido conformar una comunidad de vida permanente y singular, excluyendo del mismo a las parejas homosexuales,

protesta que no se hizo cuando se planteo la acción que dio lugar al voto 7262-06:

El problema de constitucionalidad que se plantea en esta oportunidad –no planteado en la anterior- está dirigido a cuestionar el hecho de que el régimen patrimonial previsto para regular la situación de quienes han decidido conformar una comunidad de vida permanente y singular se aplique exclusivamente a las parejas heterosexuales dejando por fuera a las parejas homosexuales.

No obstante que en el voto 7262-2006, la Sala se pronuncia a favor de la necesidad de regular –legislativamente- los efectos patrimoniales de la unión homosexual, es hasta este momento que planteo este problema a la Corte. Por lo que **el examen de constitucionalidad que realizó la Sala en aquella oportunidad no incluía ese cargo, no pudiendo, entonces, extenderse la vinculatoriedad de los efectos de esa sentencia a una disposición que no se acusó expresamente y que comporta elementos distintos del artículo cuestionado en aquel momento.**

El instituto de la unión de hecho que regula el artículo 242 del Código de Familia, y la Ley 7532, si bien mantiene la dimensión protectora de la familia que se encuentra en la Carta, incorporó elementos nuevos de gran significación en cuanto que en él se admite que las parejas, cumplidos ciertos requisitos – exclusividad, permanencia, publicidad-, accedan a un régimen especial de regulación de sus relaciones patrimoniales.

Con base en las anteriores consideraciones, en criterio del suscrito en relación con la materia objeto del presente control de constitucionalidad no existe cosa juzgada constitucional, resultando procedente el examen de fondo de las argumentaciones con base en las cuales se concluye que la acción debe declararse con lugar dando paso al reconocimiento legal de la unión de hecho homosexual en los mismos términos que opera para las parejas heterosexuales.

IV.- Problema

El problema que se plantea en esta oportunidad a la Corte, es el de establecer si la existencia de un régimen patrimonial entre compañeros permanentes limitado a las uniones conformadas por un hombre y una mujer viola los derechos fundamentales a la igual protección, al respeto de la dignidad humana, a conformar una familia (“no tradicional”) y al libre desarrollo de la personalidad humana.

V Régimen patrimonial de los compañeros permanentes

La Ley número 7532, del 8 de agosto de 1995, publicada en La Gaceta número 162 del 28 de agosto de 1995, y en concreto el artículo 242 del Código de Familia, objeto del presente control de constitucionalidad, define las uniones de hecho y regula el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

El primer artículo de esta ley define la unión de hecho como “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”.

En la parte final, este artículo establece una presunción sobre la existencia de la sociedad patrimonial entre los compañeros al señalar que la unión de hecho “surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa”.

En el artículo 243, se indican los supuestos que dan lugar a declarar judicialmente la existencia de la unión de hecho, esto es: a) Por solicitud expresa de cualquiera de los convivientes b) Por solicitud de cualquiera de los herederos de los convivientes.

El trámite debe hacerse en la jurisdicción de familia por la vía del proceso abreviado, y caduca en dos años contados a partir del momento de la disolución de la unión o de la muerte del compañero.

La ley no regula expresamente la posibilidad de que los convivientes puedan declarar la existencia de su unión y de la sociedad patrimonial por mutuo consentimiento expresado mediante escritura pública ante Notario, siendo que el reconocimiento legal de la unión solamente puede hacerse mediante sentencia judicial, previa demostración de la existencia de los requisitos previstos en el artículo 242 de la misma ley.

Esta situación ha llevado en el pasado a esta misma Sala a declarar la inadmisibilidad de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el suscrito contra la discriminación contenida en la norma impugnada, por considerar que los efectos legales de la unión de hecho solamente surgen cuando la misma se ha disuelto. Sin embargo, la jurisprudencia de los Tribunales de Familia y de la propia Sala Segunda, acordes con la normativa, doctrina y jurisprudencia internacional en esta materia, se han manifestado en contra de esa posición reconociendo los efectos patrimoniales y personales de la unión de hecho durante la propia convivencia, sin necesidad de esperar la ruptura (al igual que sucede con el matrimonio civil) para que surta todos sus efectos, personales y patrimoniales. En otras palabras, la unión de hecho genera consecuencias legales desde su nacimiento, no solamente cuando ya no existe. Lo contrario, equivaldría a alentar a los convivientes a romper sus vínculos familiares para obtener beneficios patrimoniales, lo cual a todas luces resulta violatorio del derecho a fundar y mantener una familia.

Los activos que forman parte de la sociedad patrimonial, están constituidos por los bienes producto del trabajo, ayuda y socorro mutuo y los originados en las ganancias, beneficios o mayor valor de los bienes propios, los cuales pertenecen por partes iguales a ambos convivientes. No forman parte de la sociedad patrimonial los bienes adquiridos por cualquiera de los compañeros convivientes en virtud de donación, herencia, legado o cualquier causa aleatoria, así como aquellos cuya causa o título de adquisición precedió a la convivencia.

La ley no menciona los supuestos para que se reconozca legalmente la existencia de la unión de hecho durante la vigencia de la misma, sino solamente los supuestos en los que se declararía la existencia de la misma una vez que ha acaecido su disolución, señalando los siguientes: decisión unilateral, justificada o injustificada, de cualquiera de los convivientes, determinada por sentencia judicial y, la muerte de uno o ambos compañeros.

En caso de muerte, la Ley dispone que cualquiera de los convivientes o sus herederos pueden solicitar la adjudicación de los bienes correspondientes a la sociedad patrimonial planteando el respectivo proceso abreviado de reconocimiento de la unión de hecho dentro del juicio sucesorio.

Sin embargo, como se dijo antes, la jurisprudencia internacional y nacional, reconoce el derecho de los compañeros a que se declare judicialmente la existencia de la convivencia de hecho por mutuo consentimiento, sin esperar a la ruptura de la unión, generando todos los efectos personales y patrimoniales que la ley le otorga a este tipo de uniones.

Esta posición resulta conforme con el derecho de la Constitución y el Derecho de los Derechos Humanos, en tanto para poder crecer y desarrollarse los compañeros requieren que el Estado reconozca los efectos personales y familiares de su convivencia, permitiéndoles el acceso a los beneficios que la seguridad social (salud, créditos, etc) -y el Estado en general- dispone para la pareja que ha decidido conformar un proyecto de vida en común.

El artículo 245, reconoce el derecho a la pensión alimenticia, “cuando la convivencia termine por un acto unilateral injustificado de uno de los convivientes”.

Y, por último, el artículo 246 se ocupa de los efectos patrimoniales de “la unión de hecho mayor de cuatro años”.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de la Ley 7532 de 1995, expediente 10644, se afirma que:

“la ‘compañera’ (como se ha dado en llamar a la mujer que vive en unión libre con un hombre) que ha formado junto a éste una familia estable y en todo acorde con las normas sociales y morales que rigen este núcleo social, procreando a veces hijos que han sido reconocidos y criados como tales por ambos padres, sigue desprotegida desde el punto de vista legal –sobre todo en el aspecto patrimonial al disolverse la unión- por el sólo hecho de no haberla formalizado por medio del matrimonio.

Son muchos los casos que se han planteado y discutido en los tribunales de justicia tendientes a obtener una justa distribución de los bienes habidos por los convivientes durante la unión, y de los cuales se despoja a uno de ellos por no tener la condición de cónyuges, a pesar de probarse su participación y ayuda en la formación del capital.

La mayor parte de estos casos se han resuelto negativamente para el conviviente que reclama su derecho en el patrimonio común, al cual, sin discusión, hubiera tenido derecho de haber estado unido en matrimonio”.

En este mismo sentido, se ha pronunciado esta Sala señalando que el reconocimiento legal de la unión de hecho –heterosexual- responde al fin que explícitamente se trazó el legislador al expedirla: reconocer jurídicamente la existencia de la “familia natural”, hecho social innegable en Costa Rica (son más los hijos nacidos de las relaciones extramatrimoniales de sus padres que de matrimonio civil o religioso) y fuente de los hijos “naturales” o “extramatrimoniales” – equiparados en la legislación civil-, con el objeto de establecer los derechos y deberes de orden patrimonial de los “concubinos”, y así llenar el vacío legal existente en una materia que interesa al bienestar de la familia y que no puede quedar al margen de la protección del Estado.

La historia de la humanidad demuestra que en la evolución de las sociedades se producen cambios sociales, culturales e institucionales que tienden a desarrollos más incluyentes de las opciones de vida de los ciudadanos, lo que se evidencia en la aceptación social de las relaciones interraciales (aunque en nuestro país nunca hubo una prohibición expresa, como la que existía en Estados Unidos, hasta el año 1967, en épocas pasadas este tipo de uniones recibía una fuerte condena social), las madres y padres solteros y las parejas divorciadas, las cuales en otro momento eran rechazadas por la sociedad. Precisamente, la Ley 7532, y más concretamente la unión de hecho, se inscribe en esta línea de progreso social de las sociedades contemporáneas, dirigida a fortalecer los principios de igualdad, equidad y mutuo respeto en el ámbito de las relaciones familiares.

En el caso de los derechos de las mujeres, este proceso se inició con el reconocimiento del derecho al sufragio (carta de ciudadanía), y los demás derechos civiles y políticos, en la Constitución Política de 1949, prosiguió con el Código de Familia, Ley N° 5476, de 1973, la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, N° 7142, de 1990 y la Ley Contra la Violencia Doméstica, N° 7586.

En este punto, la Ley 7532, del 8 de agosto de 1995, sin equiparar a los componentes de la pareja que conforman la unión de hecho con los vinculados por el matrimonio, da un paso adelante al reconocer jurídicamente su existencia y regular sus derechos y deberes patrimoniales.

Si bien la jurisprudencia con base, primero, en la teoría del enriquecimiento sin causa y, más tarde, en la de la sociedad de hecho, había protegido a la mujer que con su trabajo y apoyo contribuía a la creación de un patrimonio común de ella y su pareja masculina, las dificultades probatorias y lo engorroso y costoso de los procedimientos para alcanzar dicho reconocimiento, se convertían en obstáculos insuperables para hacer valer sus derechos.

Precisamente, el objetivo de la Ley 7532 es allanar esas barreras y terminar con la injusticia que significaba que uno de los compañeros, la mujer casi siempre, fuera despojada de los bienes que había contribuido a formar con su esfuerzo, capital y sacrificio (ver Exposición de Motivos). Las presunciones legales sobre la existencia de la unión de hecho, la configuración de la sociedad patrimonial entre los componentes de la pareja, la libertad probatoria para demostrar el vínculo, responden a una política modelada por el legislador con la finalidad de reconocer la legitimidad de este tipo de relaciones y que haya equidad.

En la actualidad, transcurridos dieciséis años de dictada la Ley 7532 de 1995, después de seis años de expedido el voto 7262-06 del 2006, teniendo en cuenta la introducción en el bloque de legalidad de la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación y el nuevo contexto social y legal en el que tiene lugar el régimen patrimonial de los compañeros permanentes, puede afirmarse que, sin dejar de lado los principios de protección a la familia y a la mujer que inspiraron su creación, asume mayor importancia la dimensión regulatoria de la situación patrimonial de la pareja en condiciones de equidad, de lo cual es prueba el énfasis que puso el legislador en la distribución del patrimonio común al finalizar la relación (artículo 246) y el mismo espíritu que la inspiró (finalidad que se evidencia en las siguientes frases de la Exposición de Motivos: *“Son muchos los casos que se han planteado y discutido en los tribunales de justicia tendientes a obtener una justa distribución de los bienes habidos por los convivientes durante la unión, y de los cuales se despoja a uno de ellos por no tener la condición de cónyuges, a pesar de probarse su participación y ayuda en la formación del capital”*).

La anterior referencia al régimen patrimonial de los convivientes, no significa que el espíritu de protección de la mujer y la familia que inspiró la creación de la Ley ha perdido relevancia, pues ambos principios siguen teniendo una gran importancia en nuestra sociedad. Es más, los dos son el fundamento constitucional del régimen tal como está concebido en ella, puesto que no puede dejarse de lado que la presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial, susceptible de ser judicialmente reconocida en un proceso contencioso, implica una limitación a la autonomía privada, que el legislador fundamentó y justificó en los artículos 51 y 52 de la Carta Fundamental y prevén una protección especial para la mujer.

Por otro lado, es innegable la insuficiencia de la regulación en relación con su finalidad, puesto que hoy, la sociedad es fiel testigo de la coexistencia de las parejas heterosexuales junto a las parejas homosexuales que demandan, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección, iguales o similares a los que se dispensan a la pareja heterosexual.

En efecto, la realidad demuestra que los compañeros permanentes homosexuales carecen de protección patrimonial, porque al finalizar la relación no tienen instrumentos legales para que el patrimonio común que conformó con su pareja le sea entregado en la parte que le corresponde, desprotección que también se pone de manifiesto en caso de muerte de uno de los compañeros, situación en la cual, el conviviente supérstite podría ser excluido de la titularidad de los bienes que conformaban ese patrimonio, por el derecho de los herederos del causante.

VI.- Situación de la comunidad homosexual en el ordenamiento jurídico

Siempre que esta Corte ha tenido oportunidad de expedir pronunciamientos sobre la población homosexual, ha destacado el hecho que se trata de una minoría tradicionalmente discriminada (ver votos 7262-06; 20233-2010; 13313-2010), pero que a la luz de la Constitución Política toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y está proscrita.

En este contexto, se ha indicado que *“la discriminación por motivos de orientación sexual es contrario al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe en su artículo 26 la discriminación por motivos de ‘raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social’; de lo que también deriva que no son permitidos los actos que atenten contra el derecho a la igualdad y dignidad humana de las personas por su orientación sexual”* (voto 20233-2010).

Sin embargo, pese a que esta Sala desaprueba la discriminación en razón de la orientación sexual, e incluso ha manifestado que el Estado está en la obligación de prevenirla (voto 13313-2010), la efectividad de tal postulado, aunque se aprecia en la protección de los individuos, no se manifiesta en el ámbito de las parejas del mismo sexo, las cuales carecen de reconocimiento jurídico.

Al respecto, en el párrafo 133 de la sentencia del caso Atala Riffo vs Chile, la Corte Interamericana **“considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”**. Reafirmando el deber del Estado de proteger no sólo a la persona

homosexual, individualmente considerada, sino a las parejas del mismo sexo que conviven en unión de hecho o que desean contraer matrimonio civil.

De esta forma se tiene que, por una parte, el ordenamiento jurídico reconoce los derechos que individualmente tienen las personas homosexuales, mientras que, por otra parte, al mismo tiempo, las priva de herramientas jurídicas que les permitan desarrollarse plenamente como pareja, espacio imprescindible para la realización personal, no solamente en el plano sexual sino en la dimensión personal como seres humanos.

Tal como lo afirma esta Corte, la prohibición de discriminación basada en la orientación sexual deriva de *“Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país”* que forman parte del bloque de legalidad. Como se dijo arriba, el escenario jurídico internacional sobre los derechos de la pareja homosexual ha cambiado en los últimos años, merced a sentencias de distintos tribunales internacionales y pronunciamientos de organismos supranacionales encargados de velar por el respeto de los derechos humanos, los cuales han puesto de manifiesto la obligación de los Estados de reconocer los derechos de la pareja homosexual.

Específicamente, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano encargado de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, emitió dos pronunciamientos en los que, por un lado, estableció que la prohibición de discriminar en razón del sexo contenida en el artículo 26 del Pacto incluye o comprende la “orientación sexual” y, por otro, que si bien es cierto no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se ofrece ningún argumento capaz de demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les niega recibir determinadas prestaciones a las que sí pueden acceder los convivientes heterosexuales, es razonable y objetiva, la misma debe considerarse como violatoria del artículo 26 del Pacto.

La jurisprudencia constitucional en esta materia, aunque no ha sido muy prolija, sí es suficiente para resolver el problema planteado a partir de los siguientes elementos: a) de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución Política, está prohibida todo tipo de discriminación basada en la orientación sexual b) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual el legislador puede dar un trato diferenciado a unas y a otras c) corresponde al legislador dotar de un marco jurídico a este tipo de uniones y d) las diferencias de trato entre personas o grupos con características esencialmente similares son inconstitucionales a menos que estén fundamentadas en los principios de razonabilidad y objetividad.

Este contexto jurídico es testimonio de que la sociedad ha avanzado hacia el reconocimiento de los derechos de la comunidad homosexual, que comporta la prohibición de la discriminación en razón de la orientación sexual.

Estas opciones diferentes y sus concretas manifestaciones en la vida social exigen reconocimiento legal, que en la presente acción se considera conforme con el ordenamiento jurídico, remite al régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y de la circunstancia de que el mismo se haya previsto únicamente en función de las parejas heterosexuales.

VII.- Análisis del problema

El problema que plantea la presente acción se resume en la ausencia de un marco legal para la realidad constituida por las parejas homosexuales en el ámbito de la sociedad patrimonial entre quienes la componen.

Aunque lo que se pretende con la declaratoria con lugar de la acción es la supresión de las palabras “hombre” y “mujer” contenidas en la definición de unión de hecho, y su sustitución por la palabra “persona de acuerdo con el voto 3435-92 de esta Sala, los beneficios y la protección que se desprenden de tal definición para las parejas heterosexuales, se apliquen por igual a las parejas homosexuales y, más específicamente, que se les aplique el mismo régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes sobre la base de los derechos fundamentales de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad humana, consagrados en la norma superior, que proscriben toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual.

Desde esta perspectiva, existe un deber de protección constitucional a las parejas homosexuales y, más concretamente, a la sociedad patrimonial que conforman los integrantes de la misma, de manera que la ausencia de regulación legislativa resulta inconstitucional.

En el voto 13313-2010, la Sala dejó claro que los poderes públicos *“están obligados, por la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a garantizar y propiciar el respeto efectivo del principio y el derecho a la igualdad –real y no formal. de tales grupos (artículos 33 constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José). Las situaciones de discriminación pueden ser fácticas o jurídicas, serán del primer tipo cuando, ante la existencia de un grupo minoritario en desventaja y discriminado, no se adoptan medidas para superar tal estado de cosas”*.

Y, más adelante, señaló: *“Principio de Apoyo de los Poderes Públicos a los Grupos Discriminados y en Desventaja. Frente a los grupos que son objeto de discriminación y prejuicios sociales no basta el principio de la igualdad real y prohibición de toda discriminación que, normalmente, operan ex post a la perpetración del acto discriminatorio. Por lo anterior, es preciso que los poderes públicos actúen el principio de apoyo a tales grupos con políticas públicas y medidas normativas efectivas. El principio de apoyo a los grupos discriminados previene y se anticipa a las discriminaciones, de modo que tiene un efecto ex ante respecto de éstas. El principio de apoyo se logra cumplir cuando se dicta legislación y reglamentación que reconoce derechos de los grupos discriminados, aunque éstos sean de configuración infra constitucional”*.

En ese voto, la Sala señaló la prohibición de los poderes públicos de realizar prácticas discriminatorias *“por aplicación del principio y el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas, independientemente del grupo al que pertenezcan”*. Y, puntualizó que tienen *“la obligación de abstenerse de implementar políticas o prácticas que producen una discriminación estructural o, incluso, de utilizar las instituciones que ofrece el ordenamiento jurídico con fines diferentes a los que se han propuesto”*.

No se discute que, en principio, la tarea de dotar de un marco legal que proteja a los diferentes grupos discriminados y en desventaja corresponde al legislador. Sin embargo, en esa función debe mantenerse dentro de los márgenes que fija la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Determinar si el legislador rebasó esos límites es labor de esta Corte, analizando si la desprotección en que se coloca a un grupo no responde a los principios

de razonabilidad y objetividad, caso en el cual dicha desprotección estaría constitucionalmente prohibida.

En el caso que nos ocupa, se tiene que el artículo 242 del Código de Familia -Ley 7532- al regular la "unión de hecho" establece un régimen de protección patrimonial para las parejas heterosexuales, pero no hace lo mismo con las parejas homosexuales. En principio es importante señalar que la forma en que se decida brindar protección patrimonial a quienes han optado como modelo de vida en común por la unión de hecho, está dentro de las potestades normativas de la Asamblea Legislativa, porque la Constitución no prevé una fórmula clara que tenga ese efecto. Sin embargo, como se dijo, este ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incorporado a nuestro bloque de legalidad. Es dentro de este escenario que la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta violatoria de la dignidad de la persona humana, lesiva al derecho al libre desarrollo de la personalidad humana y, en fin, una forma de discriminación prohibida por la Constitución.

En lo que respecta a los derechos a la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad, resulta esencial, para que el proyecto de vida en común de los compañeros permanentes no se quede en una mera aspiración y se convierta en una posibilidad real desarrollada en condiciones de dignidad, que se reconozca jurídicamente la sociedad patrimonial que surge de la vida en común de la pareja. Desde su creación, esta Honorable Cámara dejó claramente establecido que la dignidad humana es un valor superior y un principio fundante del Estado Social y Democrático de Derecho, conforme al cual todas las personas deben ser tratadas acorde con su naturaleza humana. Específicamente, se ha sostenido que *el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.*

Por dignidad se entiende la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, cuya valoración y reconocimiento no puede estimarse como la causa o el efecto de alguien o de algo (es decir, como objeto), sino como un fin superior que subyace en sí mismo.

En este contexto, los poderes públicos tienen el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre y la mujer como persona, entre los cuales se encuentran, la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar, y ciertas condiciones materiales de existencia.

Particularmente, en cuanto al objeto de la presente acción, adquieren especial relevancia las manifestaciones de la dignidad en el ámbito de la autonomía personal. Al respecto, ha señalado este alto Tribunal que la noción de dignidad humana se integra con la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. También, ha sostenido que la dignidad humana debe ser entendida como la posibilidad de autodeterminarse según el propio destino o la idea particular de perfección, con el fin de darle sentido a la propia existencia.

De acuerdo con la Constitución, la autonomía de la personas encuentra un límite en los derechos de los demás y en el orden jurídico. Por ello, esta Corte ha entendido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las persona para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias

normas y desarrollar planes de vida, siempre y cuando no se afecten derechos de los demás o el orden jurídico (artículo 28, C. Política). Para la Sala, este derecho se vulnera “cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”, y, por consiguiente, “las restricciones de las autoridades, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas, sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho”.

En este sentido, la Sala ha sostenido que no pueden superponerse intereses generales a aquellos derechos que son inherentes a la dignidad de la persona humana, como la libertad y la vida. En la misma línea, esta Corte ha dicho que al decidir sobre el tiempo mínimo para divorciarse por mutuo acuerdo del artículo 48 del Código de Familia, señaló que, obligar a uno de los cónyuges a mantener el vínculo en contra de su voluntad implica una violación a sus derechos a la dignidad, la igualdad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad (voto 16099-2008, Sala Constitucional).

Así, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la dignidad humana, como principio fundante del Estado Social y Democrático de Derecho, es un valor absoluto que no puede ser limitado bajo ninguna circunstancia.

De este modo, si bien la Constitución impone como límite al derecho al libre desarrollo de la personalidad los derechos de los demás y el orden jurídico, tal límite no puede llevarse al extremo de instrumentalizar a la persona para el logro del interés general en condiciones que afecten su dignidad.

Además, de acuerdo con el voto 13313-2010, el principio de dignidad humana implica un mandato constitucional que determina no sólo un deber negativo de no intromisión de los poderes públicos sino también un deber positivo concretado en la emisión de leyes y reglamentos que protejan y reconozcan los derechos de los grupos minoritarios o en desventaja social y en decisiones y actuaciones de órganos jurisdiccionales que, en caso de existir violaciones a ese principio, procedan a su eliminación.

De lo anterior, resulta claro que la ausencia de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales viola el derecho a la dignidad humana de sus integrantes porque lesiona el derecho a su autonomía personal impidiendo que su decisión de conformar un proyecto personal de vida en común produzca efectos jurídicos patrimoniales, lo que significa que, dado el régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar (tal como sucedía en el pasado con las mujeres que convivían en unión de hecho y una vez rota la relación, eran despojadas por su pareja del patrimonio conformado por ambos, obligándolas a acudir a procedimientos engorrosos, complejos y costosos para hacer valer sus derechos, lo que en la realidad se traducía en la negación de sus derechos patrimoniales, tal como ocurre hoy con las parejas homosexuales).

No existen razones objetivas que justifiquen someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción de vida legítima a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros

permanentes, sea indiferente ante las situaciones de desprotección que se pueden presentar tratándose de parejas homosexuales.

De este modo, se identifica un mínimo de protección que resulta constitucionalmente obligado porque la ausencia de un régimen jurídico que, en el ámbito patrimonial, implica que sus integrantes deban regirse por el régimen ordinario civil, lo cual limita su autonomía para autorregular las consecuencias patrimoniales de su decisión de vivir como pareja y deja en un limbo jurídico la dimensión patrimonial de esa decisión, con consecuencias potencialmente lesivas al terminar la relación.

Este déficit de protección se deriva de una regulación imperativa para la disposición de los integrantes de la pareja, que no consulta su propia realidad; de la imposibilidad de acceder a un sistema de regulación sino es a través de procedimientos no específicos, engorrosos y costosos y de las circunstancias lesivas que su sometimiento implica para los integrantes de la pareja.

Lo anterior, nos lleva a la conclusión de que la decisión legislativa de excluir a las parejas homosexuales del régimen patrimonial previsto para las parejas heterosexuales determina una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de dichas parejas con efectos lesivos, no sólo en cuanto dificulta su proyecto de vida en común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada a las situaciones de conflicto que se presentan cuando finaliza la relación.

Esta ausencia de regulación legislativa también se observa en la segunda dimensión en la que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se manifiesta la dignidad de la persona, por las consecuencias que en el ámbito material puede tener para un individuo la pérdida de aquello que le corresponde en el patrimonio construido en forma conjunta durante la relación de pareja y que pueden afectar sus condiciones materiales de existencia.

La afectación de la dignidad, finalmente, también es consecuencia directa de la ausencia de reconocimiento jurídico de las opciones vitales para las personas. En el ámbito de la materia que se examina, esto se produce porque la realidad de las parejas homosexuales y de sus integrantes no es reconocida legalmente por lo que resultan invisibles para el ordenamiento jurídico, puesto que, a pesar de que estas personas actúan en ejercicio de una opción protegida por la Constitución *“por no existir impedimento legal para la convivencia entre homosexuales”*, son ignoradas por el ordenamiento jurídico cuando se trata de resolver los conflictos patrimoniales que pueden surgir de tal decisión.

La constatación de que existe un déficit de protección de la situación patrimonial de las parejas homosexuales en el artículo 242 del Código de Familia, ley 7532, a la luz del Derecho de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la medida en que únicamente protege a las parejas heterosexuales, lleva a la conclusión de que dicho trato es discriminatorio.

Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja y las específicas consideraciones que llevaron al legislador a crear dicha normativa en el año 1995, dirigidas a la protección de la mujer y la familia, no es menos cierto que en la actualidad las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.

Hay que tener presente que el objeto de la ley es atender a la protección del patrimonio construido durante la relación, al finalizar el vínculo. Dentro de este contexto el régimen legal

tiene dos manifestaciones principales: Por un lado, se establece la presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y por otro, aunque concebida desde una perspectiva probatoria, se contempla la posibilidad que tienen los convivientes de acceder voluntariamente a ese régimen mediante declaración ante notario o en el escenario de una conciliación.

Con independencia de la motivación primigenia de la ley, es claro que hoy la misma tiene una clara dimensión protectora de la pareja, tanto en el ámbito de la autonomía de sus integrantes, como en el de desprotección que en materia patrimonial puedan surgir al finalizar la relación. Desde esa perspectiva, mantener este régimen de protección patrimonial exclusivamente para las parejas heterosexuales, ignorando la realidad constituida por las parejas homosexuales, resulta discriminatorio.

A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, se concluye que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales. Por esta razón, el régimen de protección patrimonial previsto en el artículo 242 y siguientes del Código de Familia, Ley 7532, debe incluir también a las parejas homosexuales que reúnan los requisitos de estabilidad, singularidad y publicidad.

VIII.- A modo de conclusión

Teniendo en cuenta todos los derechos fundamentales involucrados con el derecho al reconocimiento legal de las uniones de hecho de las parejas del mismo sexo, como igualdad libertad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad derecho la salud y a formar una familia y recibir la protección del Estado, así como la jurisprudencia internacional, en particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Karen Atala Riffo vs Chile, del 24 de febrero del 2012, la cual concluye que la orientación sexual es categoría prohibida de discriminación y que **“En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (párrafo 91)**, no existe una justificación objetiva y razonable que salve la constitucionalidad de dicha medida diferenciadora.

La defensa de la heterosexualidad como fundamento para restringir ese derecho a la minoría homosexual no tiene el peso suficiente para superar el juicio estricto de igualdad. Ciertamente, la jurisprudencia internacional que se ha citado en la presente acción recoge la evolución que a través de los años ha experimentado el derecho a la igualdad y no discriminación, dando cabida en la actualidad a la población homosexual como destinataria de los derechos que en un principio fueron previstos para la mayoría heterosexual; específicamente en lo que se refiere al reconocimiento legal de la unión de hecho.

Por este mismo proceso evolutivo pasaron otros grupos discriminados en el pasado, tales como las mujeres (a quienes se les reconoció la ciudadanía y sus derechos civiles y políticos con la actual Constitución de 1949, si bien otras leyes, como el Código de Familia, la Ley de Igualdad Real, etc, han venido a complementar la superación de los viejos prejuicios que impedían tratar a las mujeres en condiciones de igualdad con respecto a los hombres); los extranjeros (voto 3435-92 de la Sala Constitucional); indígenas (en el Gobierno de Miguel Ángel Rodríguez se les reconoció su ciudadanía); los afrocaribeños, etc.

Negar que hoy las parejas homosexuales que conviven en unión de hecho tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales que mantienen ese vínculo, sería cerrar los ojos a la historia al mismo tiempo que incumplir una decisión jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de obligado e inmediato acatamiento para nuestro país.

Es indudable que la concepción del legislador común hace dieciséis años, cuando se dictó la ley que creó el artículo 242 del Código de Familia, fue heterosexual, como una ampliación de la familia matrimonial heterosexual. Pero, no menos cierto es que la evolución que ha sufrido nuestra sociedad (principio del derecho viviente) desde ese momento ha hecho que se experimente un cambio de mentalidad en el ciudadano

común, jueces, políticos, religiosos y académicos que se ha visto reflejado en una mayor tolerancia hacia la minoría homosexual reconociendo públicamente, aún los sectores más conservadores, que se debe reconocer legalmente la unión de hecho de las parejas homosexuales. Consecuencia de cambio de mentalidad, es el compromiso asumido públicamente por el Gobierno y algunas entidades privadas de reconocer la igualdad real –no artificial, de las parejas homosexuales, algunos de los cuales se citan en la presente acción, así como la declaraciones y jurisprudencia internacional que reconoce los derechos de las parejas homosexuales, las más importantes desde el 2006 a esta fecha, se citan expresamente la presente acción, con mención particular de la decisión del 24 de febrero del 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Karen Atala Riffo vs Chile.

En concordancia con todo ello, Costa Rica no puede permanecer ajena a esta realidad, sino que debe hacerse eco de ella interpretando la discriminación contenida en el artículo 242 del Código de Familia a la luz de esa evolución social y humana.

Hoy las uniones de hecho de parejas homosexuales han cambiado la concepción tradicional del Derecho de Familia. En la actualidad la expresión “pareja” no tiene el mismo significado que hace dieciséis años, como exclusivo de hombre y mujer, sino que es un hecho público y notorio admitido por todos que las personas también pueden estar conformadas por dos mujeres o dos hombres. Este cambio no operó de un día a otro, sino que se requirió de un lento proceso de asimilación de parte de todos, proceso que ya estaba en marcha hace muchos años cuando se promulgó el artículo 242 del Código de Familia y la Ley 7532, y que se hizo más evidente cuando presenté la acción de inconstitucionalidad en contra de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues esta acción generó un debate público alrededor de esta situación y las relaciones homosexuales dejaron de ser un tema tabú para

convertirse en el tema de conversación de obreros, amas de casa, estudiantes, académicos, religiosos, políticos, empresarios, campesinos, intelectuales, etc. Este mismo Tribunal Constitucional, al resolver esa acción manifestó que las parejas homosexuales tienen derecho a que reconozca legalmente su unión de hecho. Admitir, como se ha hecho hasta este momento, que no existe impedimento alguno para la existencia de la convivencia de hecho de una pareja homosexual, pero negar sus efectos, rechazando la protección que brinda el Estado a las parejas heterosexuales en el artículo 242 del Código de Familia, lleva a una igualdad artificial pero no real. Difícilmente antes de ese debate se hubiera aceptado que los homosexuales tienen el mismo derecho a que se les reconozca su unión de hecho que tienen los heterosexuales. Era necesario que el tiempo y las acciones de los defensores de los derechos de la minoría homosexual hicieran su trabajo. Del mismo modo que se requirió tiempo, esfuerzo y sacrificio antes de que el homosexual pasara de ser considerado un enfermo mental o un delincuente, a una persona con los mismos derechos, virtudes y defectos que los heterosexuales.

El legislador común y el intérprete constitucional también han tenido que pasar por ese proceso, antes de superar la barrera cultural de la época en la que fue redactada la Constitución y los textos internacionales ratificados y comprender que hoy el elemento heterosexual no es un elemento esencial determinante del reconocimiento legal de la unión de hecho de una pareja. En este sentido, lo que se pide a este Tribunal Constitucional es que haga una interpretación amplia de la cláusula genérica del artículo 33 constitucional y flexible de la cláusula abierta de los textos internacionales ratificados, para incluir la orientación sexual como causa de discriminación. La defensa hecha por este alto Tribunal de la unión de hecho heterosexual, parte de una interpretación cerrada y rígida que niega el principio del derecho viviente, incumpliendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, este avance fue apenas un primer paso hacia el reconocimiento de esos derechos a la minoría. Lo importante es que ahí se encuentran las claves para que esos derechos se consoliden plenamente acorde con la realidad actual y los derechos y principios de la Constitución. Los derechos que consagra la Constitución deben interpretarse de la forma que afecte lo menos posible los derechos fundamentales de las personas. Tal vez fue por esto, que cuando se dictó la ley que prohibió el reconocimiento de las uniones de hecho a las parejas homosexuales el legislador común consideró que el modelo heterosexual de pareja era el único que debía ser reconocido legalmente. Sin embargo, la evolución humana y social que ha experimentado nuestra sociedad en los últimos dieciséis años, así como la comunidad internacional, ha provocado un cambio de mentalidad según el cual hoy todos aceptan que las parejas homosexuales que conviven en unión de hecho son merecedoras del reconocimiento legal que se le da a las parejas heterosexuales, lo cual impone una interpretación más amplia de esa norma acorde con esa evolución social y el respeto de los derechos fundamentales de la minoría homosexual.

PETITORIA

Con fundamento en las razones de hecho y de derecho expuestas, con el debido respeto solicito que se declare con lugar la presente acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 242 del Código de Familia, por violar los derechos de igualdad, libertad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, la salud, a formar una familia y recibir la protección del Estado y el acceso a la seguridad social y, en consecuencia, elimine la frase “entre un hombre y una mujer” para que en su lugar se lea “entre personas” y que se interprete la frase “que posean aptitud legal para contraer matrimonio” en el sentido de que el ser personas del mismo sexo no es un impedimento para el reconocimiento de la unión de hecho, a pesar de serlo para la celebración del matrimonio.

SOLICITUD DE VISTA ORAL

De conformidad con el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional “**la Sala dispondrá que los trámites se realicen, en lo posible, en forma oral y ordenará una comparecencia oral, para que los interesados formulen conclusiones** antes de la sentencia, **necesariamente en las acciones de inconstitucionalidad**”, solicito se fije fecha y hora para la celebración de una vista oral, la cual, además de la norma citada, se justifica por la relevancia social y complejidad de la acción.

Notificaciones

Recibo **notificaciones** al fax **2257-0764**

Licdo. Yashín Castrillo Fernández

Carne 7933.