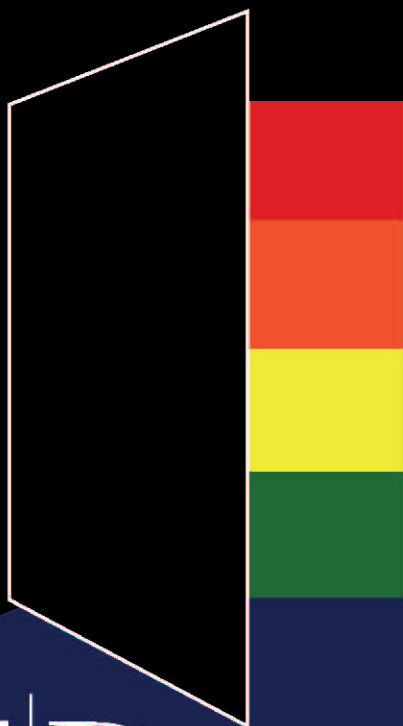


EL DERECHO AL AMOR, EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DIVERSAS EN COLOMBIA Y COSTA RICA



COORDINADORES ACADÉMICOS

Laura Pamela Solís Bastos.
Diego León Gómez Martínez.
Sergio Molina Hincapié.

ED
EDITORIAL DIKÉ

VIGILADA
MINISTERIO DE
USC
UNIVERSIDAD
SANTIAGO
DE CALI
EDITORIAL

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

I.S.B.N 978-958-5134-80-5

978-958-5134-81-2 (DIGITAL)

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

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

© EDITORIAL DIKÉ S.A.S. - 2021

EDITORIAL DIKÉ S.A.S.

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

BOGOTÁ D.C. LIBRERÍA

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

SAN JOSÉ DE COSTA RICA

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

CARACAS-VENEZUELA

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

PANAMÁ

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

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Carlos Alberto Calderón
ius.editoresjuridicos@gmail.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

COORDINADORES ACADÉMICOS

Laura Pamela Solís Bastos

Diego León Gómez Martínez

Sergio Molina Hincapié

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

ED
EDITORIAL DIKÉ

VIGILADA
MINISTERIO DE
EDUCACIÓN
USC
UNIVERSIDAD
SANTIAGO
DE CALI
EDITORIAL

Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

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

222 páginas; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

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

SCDD 323.42 ed. 23

CO-CaUSC

JRGB/2021

EDITORIAL DIKÉ S.A.S.

PRESIDENTE HONORARIO DEL COMITÉ EDITORIAL

Eduardo Quiceno Álvarez

DIRECTOR EDITORIAL

Sebastián Quintero Ocampo

TABLA DE CONTENIDO

Agradecimientos.....	15
Los Coordinadores	17
Prólogo	19
- Culturas, identidades, estados.....	20
- Tensiones inevitables.....	23
- Republicanismo y uniones diversas	24
- Conclusión.....	25

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

Laura Pamela Solís Bastos

- Introducción.....	27
- Metodología.....	28
- Luchas LGBTI en Contexto.....	30

- Los discursos en la prensa escrita en Colombia y Costa Rica en el marco de lucha por los derechos LGBTI	33
- Conclusiones.....	54
- Referencias	57

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

Laura Pamela Solís Bastos

- Introducción.....	59
- Metodología.....	61
- Estadísticas oficiales sobre los hogares conformados por parejas del mismo sexo en América Latina	62
- Caracterización de los hogares homoparentales, ¿finalmente cuentan?	65
- ¿Cuántos hogares homoparentales hay en Costa Rica?	65
- Ubicación espacio geográfico en el país	66
- Edad de los cónyuges	67
- Jefatura de hogar compartida	68
- Total de personas en el hogar	69
- Tipo de hogar	70
- Nivel Educativo.....	71

- Datos censales y derechos de las parejas del mismo sexo	72
- Matrimonio igualitario	73
- Adopción	74
- Acceso a vivienda	75
- Acceso a la salud.....	76
- Transiciones sociales y el reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo y la conformación de hogares.....	78
- Consideraciones finales.....	81
- Referencias	83

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

Laura Pamela Solís Bastos

- Introducción.....	85
- Método	86
- Los estudios de familia, en el caso de las familias conformadas por parejas del mismo sexo en América Latina	89

- El matrimonio igualitario como promesa de campaña presidencial en Costa Rica	92
- La discriminación existe y es reconocida por la población.....	93
- Consideraciones finales.....	101
- Referencias	105

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

JOSÉ ANDRÉS DÍAZ GONZÁLEZ

- Antecedentes	108
- Descripción del corpus	111
- Análisis del contenido	113
- Impacto electoral de la resolución de la Corte IDH.	118
- Consideraciones finales.....	121
- Referencias	123

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

DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ

- Introducción.....	127
1) Aproximación conceptual y doctrinaria al Derecho a la igualdad.....	128

2) El Derecho a la Igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la doctrina	138
2.1. El juicio de igualdad según la Corte Constitucional.....	145
2.2. El Test de igualdad europeo usado por la Corte	146
2.3. El test de igualdad norteamericano usado por la Corte	148
2.4. El juicio integrado de igualdad que aplica la Corte.....	153
3. Los derechos de las parejas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el derecho a la igualdad.....	154
3.1. Cuestión previa.....	154
3.2. La Sentencia C – 075 de 2007. La protección Unión Marital de Hecho de las parejas del mismo sexo y su régimen patrimonial.....	161
3.3. La Sentencia C – 811 de 2007. La protección del derecho a la salud de las parejas del mismo sexo	165
3.4. La Sentencia C – 336 de 2008. La protección del derecho a la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo	166

3.5. La Sentencia C – 798 de 2008. La protección penal de alimentos en las parejas del mismo sexo. El amparo al bien jurídico tutelado de la familia homoafectiva	168
3.6. La Sentencia C – 029 de 2009. La protección de las parejas del mismo sexo vía homologación constitucional. La equiparación de derechos entre las parejas homosexuales y heterosexuales.....	170
3.7. La Sentencia C – 577 de 2011. La protección de las parejas del mismo sexo en relación con el matrimonio y la familia. Primer tema de frontera: el matrimonio igualitario	172
3.7.1. La sentencia SU-214 de 2016. Ahora sí el matrimonio homosexual.....	177
3.8. La Sentencia C – 238 de 2012. La protección del derecho de sucesión de las parejas del mismo sexo	180
3.9. La protección del derecho a la adopción de las parejas del mismo sexo. Segundo tema de frontera: la adopción igualitaria.....	182
4. Los derechos de las parejas del mismo sexo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el derecho	

a la igualdad de las parejas del mismo sexo: breve referencia al caso Atala.....	183
4.1. El caso Atala: breve referencia jurisprudencial internacional.	187
- Conclusiones.....	191
- Referencias	195

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

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

VALENTINA MARZOLA BONILLA

- Introducción.....	199
- Del Estado legislativo al Estado constitucional.....	202
- ¿Activismo judicial en Costa Rica y Colombia?: reconocimiento derecho a contraer matrimonio de parejas del mismo sexo.....	205
- Conclusión.....	213
- Referencias	217

AGRADECIMIENTOS

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

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

Los coordinadores.

LOS COORDINADORES

LAURA PAMELA SOLÍS BASTOS

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

DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ

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

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

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

PRÓLOGO

PEDRO A. CAMINOS¹

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

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

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

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

Culturas, Entidades, Estados

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tensiones inevitables

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

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

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

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

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

Republicanism y uniones diversas

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

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

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

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

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

CONCLUSIÓN

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

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