

Exp: 15-013971-0007-CO

Res. N° 2018012782

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diecisiete horas y cuarenta y cinco minutos del ocho de agosto de dos mil dieciocho.

Acciones de inconstitucionalidad acumuladas y tramitadas en los expedientes No. 15-013971-0007-CO, 15-017075-0007-CO y 16-002972-0007-CO, promovidas, la primera por **MARCO ANTONIO CASTILLO ROJAS**, portador de la cédula de identidad 0301620262, la segunda por **YASHIN CASTRILLO FERNÁNDEZ**, portador de la cédula de identidad 0106120575, y la tercera por **JAZMÍN DE LOS ÁNGELES ELIZONDO ARIAS** y **LAURA ISABEL FLORES-ESTRADA PIMENTEL**, en su orden portadoras de la cédula de identidad número 0114690235 y la cédula de residencia número 172400022420, para que se declare inconstitucional el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 13:40 horas del 21 de setiembre de 2015, el accionante Castillo Rojas solicita que se declare la inconstitucionalidad del inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia. Afirma que una solicitud de matrimonio de su pareja y él, ambos del mismo sexo, se encuentra planteada en los expedientes 2015-1412-165-FA del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José y 14-000775-0187-FA-4 del Tribunal de Familia. Considera que el objetivo del matrimonio es la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio. Apunta que el ordinal 11 del Código de Familia no hace distinción entre las parejas de sexo diferente y las del mismo sexo. Estima que el inciso impugnado ha perdido vigencia ante la jurisprudencia internacional, que ya ha aceptado la unión civil de parejas del mismo sexo como un derecho humano. Enfatiza

la injusticia que ocasiona por la falta de reconocimiento del matrimonio en temas como pensión, gananciales, prestaciones laborales y sucesión. Subraya que el numeral 33 de la Constitución Política es claro en prohibir discriminaciones y que el ordinal 52 de ese cuerpo normativo no diferencia en cuanto al sexo de los cónyuges. Destaca que debe diferenciarse entre matrimonio religioso y civil. Cita el artículo I de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia y los numerales 24 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Expone que la igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza de la humanidad y es inseparable de la dignidad personal. Alega, como punto esencial, la eliminación de la discriminación en el sentido que lo ha entendido el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cita resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, las cuales han exigido medidas concretas para la protección eficaz contra actos de discriminación a la población LGBTI. Remite a consideraciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, que ha calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibidas en los ordinales 2.1 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó claro que el concepto de familia no puede ser estereotipado por la "familia tradicional", pues ello constituiría una intervención injustificada en la privacidad de las relaciones personales. Asimismo, la definición de Costa Rica como pluricultural, según señala el artículo 1º de la Constitución Política, abarca también la cultura gay, lésbica, transexual y bisexual. Cita jurisprudencia de la Sala. Sostiene que si bien el Constituyente no vislumbró el matrimonio civil de personas del mismo sexo, tampoco lo prohibió de modo expreso, por lo que

las normas pueden ser ahora desarrolladas e interpretadas de forma inclusiva.

2.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 8:43 horas del 16 de noviembre de 2015, el accionante Castrillo Fernández requiere que se declare la inconstitucionalidad del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia. Refiere que su legitimación proviene del expediente N° 15-000633-0186-FA del Juzgado Primero de Familia del Primer Circuito Judicial de San José, relativa a una solicitud de matrimonio con una persona del mismo sexo planteada el 15 de mayo de 2015. La norma impugnada dispone que es legalmente imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo y, con ello, vulnera el derecho protegido en los numerales 33 de la Constitución Política, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Sala Constitucional, desde la sentencia No. 2010-20233, incluyó la orientación sexual dentro de las causas prohibidas de discriminación. En la actualidad, la procreación no puede tomarse como un elemento diferenciador del matrimonio que justifique alguna restricción con respecto a las personas homosexuales. Por el contrario, actualmente, el matrimonio tiene múltiples rasgos característicos, entre ellos, los lazos afectivos y emocionales, el compromiso de solidaridad, el apoyo y el auxilio mutuo, así como la fidelidad en aras de construir un proyecto de vida común. Lo anterior está presente en las parejas tanto heterosexuales como homosexuales. La Constitución protege el derecho a la intimidad personal y familiar, así como el derecho de dos personas, independientemente de su sexo u orientación sexual, de formar una vida en comunidad, es decir, un núcleo familiar. Existen numerosos precedentes en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre la discriminación por razones de orientación sexual. En su criterio, la situación impugnada es discriminatoria y constituye un trato ilegítimo

contrario a su dignidad, así como al libre desarrollo de la personalidad. No existe alguna razón de orden público que justifique la restricción impugnada, que no supera un estricto juicio de proporcionalidad. Asimismo, considera la limitación cuestionada lesiva de los derechos de intimidad personal y familiar. El accionante afirma, al final de su escrito, que carece de asunto base para impugnar los artículos 176 y 179 del Código Penal; empero, solicita que sean declarados inconstitucionales. Pide que se declare con lugar la acción y la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

3.- Por resolución N° 2016-2005 de las 9:30 horas del 10 de febrero de 2016 se ordenó acumular la acción del actor Castrillo Fernández a este expediente.

4.- Por resolución de las 15:39 horas del 10 de febrero de 2016 se dio curso a la acción y se confirió audiencia a la Procuraduría General de la República.

5.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 17:14 horas del 3 de marzo de 2016, las accionantes Jazmín de los Ángeles Elizondo Arias, y Laura Isabel Flores-Estrada Pimentel plantean que se declare la inconstitucionalidad del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia. Sostienen que se dieron nuevos alegatos y desarrollos jurídicos vinculantes para el país con posterioridad a la resolución No. 2006-7262, por lo que procede interponer una nueva acción en contra de la mencionada normativa, en atención a lo dispuesto en el numeral 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Atinente al fondo, señalan que este Tribunal ya ha definido los alcances del régimen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del esquema jurídico nacional y ha señalado que *"(...) en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial*

para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución... ” (voto No. 2313-95). Argumentan que en virtud del principio de supremacía constitucional de los derechos humanos, en atención a los principios de progresividad y no regresividad en esta materia y con sustento en los principios de buena fe y de *pacta sunt servanda* (ordinal 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), la Sala Constitucional se encuentra vinculada por los derechos humanos y las resoluciones y precedentes emanados por los tribunales internacionales. Mencionan el principio de progresividad para dejar constancia de que los derechos evolucionan. Señalan que la normativa cuestionada plantea un trato discriminatorio, con injerencias indebidas en la vida íntima y en prohibición del disfrute pleno del derecho a la familia. Con posterioridad a la sentencia No. 7262- 2006 de este Tribunal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia de fondo en el caso *Atala Riffo vs. Chile* del 24 de febrero de 2012. Alegan que en tal fallo se establecieron dos aspectos esenciales: a) en primer lugar, que el respeto a la orientación sexual implica el reconocimiento de las consecuencias de dicha, como la formación de una familia con una persona del mismo sexo; b) en segundo, que en la dinámica entre derecho y conducta social, en ocasiones el derecho sirve y debe empujar cambios sociales. No obstante, también se producen cambios y evoluciones sociales que tornan el derecho obsoleto y obligan a su reforma. La Corte Interamericana reconoce que la sociedad actual no puede seguir manteniendo los modelos y concepciones de familia referidas a sociedades de otras épocas. Estiman que se pueden derivar las siguientes

conclusiones de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: a) que la orientación sexual es una de las categorías comprendidas dentro de la prohibición de discriminación estatuida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; b) que al estar incluida la orientación sexual dentro de las categorías protegidas, los Estados se encuentran impedidos para imponer limitaciones legales basadas en tal criterio; y c) que la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual implica no solo el respeto y la protección de tal orientación, sino también de la intimidad en cuanto a formar una vida en pareja. Lo anterior resulta de un avance en la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos frente a los cambios en las nuevas sociedades. En relación con el inciso 6) del ordinal 14 del Código de Familia –que impone una prohibición dirigida, exclusivamente, a personas homosexuales–, sostienen que, al establecerse una prohibición fundada en una categoría protegida por el sistema de derechos humanos, la prohibición cuestionada es incompatible con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, por ende, con el bloque de constitucionalidad, merced a lo regulado en el artículo 48 de la Ley Fundamental. Añaden que la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que los conceptos y estructuras sociales son mutantes en el tiempo, espacio y sociedad, y que la relación dinámica con el derecho debe mantenerse en constante movimiento para evitar transgresiones excesivas o desfases en el Derecho. Este es un aspecto importante, pues, en la sentencia No. 2006-7262, la Sala Constitucional hizo referencia a institutos e instrumentos pertenecientes y propios de sociedades, culturas y esquemas tan arcaicos –como la Grecia antigua– para justificar su concepción de familia. La última referencia histórica contenida en ese pronunciamiento, referida a ajustes entre derecho y sociedad, pertenece a la aprobación del Código de Familia en 1974, sea, data de hace más de 40 años, cuando el tema de la orientación sexual se

mantenía como tabú y estigma social. Afirman que tal situación ha cambiado de manera radical. A su juicio, el voto No. 2006-7262 y su fundamento son anacrónicos y su contenido ha perdido vigencia jurídica. Solicitan que se acoja su acción y se declare la inconstitucionalidad del inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia.

6.- Por resolución N° 2016-3865 de las 10:30 horas del 16 de marzo de 2016 se ordenó acumular la acción de las actoras Elizondo Arias y Flores-Estrada Pimentel a este expediente.

7.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 50, 51 y 52 del Boletín Judicial, de los días 11, 14 y 15 de marzo de 2016, respectivamente.

8.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:11 horas del 4 de marzo de 2015, rinde informe Ana Lorena Brenes Esquivel, en su condición de Procuradora General de la República. En cuanto a la admisibilidad de las acciones formuladas, considera procedente la del actor Castillo Rojas, al tener por asunto base un proceso en etapa de apelación, dentro del cual se discute su solicitud de matrimonio y se adujo la inconstitucionalidad de la norma objeto de la acción. Atinente al actor Castrillo, asegura que su acción es inadmisibile, toda vez que, antes de su interposición, no se había trabado la *litis* en el proceso base. En ese tanto, estima que la acción es prematura, pues el Juzgado de Familia no se había pronunciado aún sobre la admisibilidad del proceso de matrimonio, por lo que no se había trabado la *litis* y técnicamente no existía un proceso pendiente de resolución, en los términos exigidos por el ordinal 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Alude a la regulación de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo en el derecho comparado. Resalta que la Sala ha conocido el tema en otras ocasiones y ha declarado improcedente la acción, al afirmar que el matrimonio gay no se

encuentra en igualdad de condiciones. Cita la sentencia N° 2006-7262 de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006, posición reiterada en la sentencia N° 2011-9765 de las 15:13 horas del 27 de julio de 2011. Resume la tesis de la Sala: a) Las parejas homosexuales no se encuentran en igual situación que las heterosexuales. b) Al no encontrarse en la misma situación, el legislador puede fijar diferentes regulaciones para las parejas homosexuales y heterosexuales, ya que no corresponde otorgar igualdad de trato, al no estar en la misma situación. c) El ordenamiento jurídico no prohíbe que personas del mismo sexo mantengan una relación sentimental o que convivan. d) La regulación civil de las uniones entre personas del mismo sexo atañe al legislador. e) La falta de regulación de las uniones entre personas del mismo sexo, no constituye un problema de omisión legislativa, sino un tema de *lege ferenda*. Concluye que la acción del señor Castillo Rojas se debe admitir pero, en cuanto al fondo, plantea que se declare sin lugar con base en los antecedentes de esta jurisdicción; en cuanto a la acción interpuesta por Castrillo Fernández, la considera inadmisibile.

9.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 17:04 horas del 7 de abril de 2016, se apersona al proceso Jorge Fisher Aragón para presentar coadyuvancia pasiva. Afirma que tiene interés en el caso por tratarse de intereses difusos. Estima que la norma impugnada no incurre en discriminación alguna, toda vez que el legislador está facultado para dar un trato diferenciado, con base en la realidad de que el hombre y la mujer, como personas de sexo diferente, no están en la misma situación que dos personas del mismo sexo. Opina que el legislador protegió el tipo de matrimonio elegido por el Constituyente y que la Sala no tiene competencia para modificar la concepción de matrimonio establecida por él. Afirma que las relaciones homosexuales contradicen el mandato divino.

10.- El 20 de abril de 2016, la Magistrada Hernández López solicitó su inhibitoria en este proceso.

11.- Mediante resolución de las 14:45 horas del 6 de mayo de 2016 se denegó la gestión de inhibitoria de la Magistrada Hernández López y se le tuvo por habilitada para conocer este asunto.

12.- Mediante resolución de las 13:38 horas del 10 de mayo de 2016 se tuvo por contestada la audiencia conferida a la Procuraduría General de la República. Asimismo, se admitió la coadyuvancia pasiva presentada.

13.- Por escrito recibido en la Sala el 11 de enero de 2018, el accionante Castrillo Fernández remite a la opinión consultiva OC-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Solicita que se declare con lugar la acción.

14.- Por escrito recibido en la Sala el 12 de enero de 2018, el accionante Castillo Rojas remite a la opinión consultiva OC-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Solicita que se declare con lugar la acción.

15.- Por escrito recibido en la Sala el 15 de mayo de 2018, el accionante Castillo Rojas remite al dictamen N° ADPB-ESC-8986-2018 de la Procuraduría General de la República y lo comenta.

16.- Por escrito recibido en la Sala el 17 de mayo de 2018, Roberth Enrique Castillo Rodríguez y Mario Arturo Arias Chaves presentan coadyuvancia activa.

17.- Por escrito recibido en la Sala el 31 de mayo de 2018, manifiesta Julio Alberto Jurado Fernández, en su condición de Procurador General de la República, que el criterio de la Procuraduría ha variado con respecto al tema de fondo. Afirma que el criterio vigente fue expuesto en el informe emitido con ocasión de la acción de inconstitucionalidad conocida en el expediente N° 18-001265-0007-CO. Aporta una copia.

18.- Por escrito recibido en la Sala el 22 de julio de 2018, Yalena Patricia de la Cruz Figueroa presenta coadyuvancia activa. Realiza manifestaciones desde la perspectiva de la salud. Cita jurisprudencia constitucional y convencional. Solicita que se declare con lugar la acción.

19.- Por escrito recibido en la Sala el 21 de julio de 2018, Manuel Antonio Brenes Corrales realiza manifestaciones con respecto al fondo del proceso.

20.- Por escrito recibido en la Sala el 23 de julio de 2018, Luis Salazar Muñoz y Enrique Sánchez Carballo se manifiestan en cuanto al fondo del proceso.

21.- Por escrito recibido en la Sala el 31 de julio de 2018, se formulan argumentos a favor de que se declare con lugar la acción.

22.- Por escrito recibido en la Sala el 31 de julio de 2018, el Movimiento Nacional por el Matrimonio Igualitario presenta argumentos a favor de que se declare con lugar la acción.

23.- Por escrito recibido en la Sala el 1º de agosto de 2018, Yashin Castrillo Fernández amplía sus argumentos.

24.- Por escrito recibido en la Sala el 3 de agosto de 2018, Jorge Fisher Aragón presenta razonamientos para que se declare sin lugar la acción.

En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Rueda Leal,

Considerando:

I.- En cuanto a las coadyuvancias planteadas. El artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone lo siguiente:

“En los quince días posteriores a la primera publicación del aviso a que alude el párrafo segundo del artículo 81, las partes que figuren en los asuntos pendientes a la fecha de la interposición de la acción, o aquellos con interés legítimo, podrán apersonarse dentro de ésta, a fin de

coadyuvar en las alegaciones que pudieren justificar su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interesa.”

En el *sub lite*, la primera publicación del aviso en el Boletín Judicial es del 11 de marzo de 2016. Visto lo anterior, se rechazan las coadyuvancias activas planteadas por Roberth Enrique Castillo Rodríguez, Mario Arturo Arias Chaves el 17 de mayo de 2018; Yalena de la Cruz Figueroa el 22 de julio de 2018; representantes del Comisionado Presidencial para Asuntos de la población LGBTI y el diputado Enrique Sánchez Carballo el 23 de julio de 2018; los representantes del Movimiento Nacional por el Matrimonio Igualitario el 31 de julio de 2018; así como el escrito presentado por Manuel Antonio Brenes Corrales el 21 de julio de 2018, puesto que todas esas gestiones son extemporáneas por haber sido planteadas más de 2 años después de la primera publicación del citado aviso el 11 de marzo de 2016. Del mismo modo, extemporánea es la gestión de Soraya Long Saborío, Ana Isabel Garita Vilchez, Ana María Méndez Libby, Alda Facio Montejó, Cristina Zeledón Mangel, Francisco José Aguilar Urbina, Gilda Pacheco Oreamuno, Irene Aguilar Víquez, Javier Rodríguez Oconitrillo, Larissa Arroyo Navarrete, Paola Casafont Villalobos, Rodrigo Jiménez Sandoval, Roxana Arroyo Vargas el 31 de julio de 2018, la cual, además, carece de firmas. Se acota que la coadyuvancia pasiva presentada por Jorge Fisher Aragón fue admitida mediante resolución de las 13:38 horas del 10 de mayo de 2016.

II.- Objeto de la acción. Los accionantes impugnan el inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia, que dispone:

“Artículo 14.-Es legalmente imposible el matrimonio:

(...)

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

Los accionantes consideran el numeral referido contrario a los ordinales 1, 7, 28, 33 y 51 de la Constitución Política, 1.1, 8.1, 11, 17, 24 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 1, 5, 14, 23 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

III.- Las reglas de legitimación en las acciones de inconstitucionalidad. El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional regula los presupuestos que determinan la admisibilidad de las acciones de inconstitucionalidad, exigiendo la existencia de un asunto pendiente de resolver en sede administrativa o judicial en el que se invoque la inconstitucionalidad. Tal requisito es innecesario en los asuntos previstos en los párrafos segundo y tercero de ese artículo, es decir, cuando por la naturaleza de la norma no hay lesión individual o directa, cuando la acción se fundamenta en la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, o cuando esta es planteada por el Procurador General de la República, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República o el Defensor de los Habitantes, en estos últimos casos, únicamente en el marco de sus respectivas esferas competenciales.

IV.- La legitimación de los accionantes en el *sub examine*. A partir de lo expuesto en el párrafo anterior, debe valorarse, si los actores se encuentran legitimados en este proceso constitucional.

Concerniente a la acción interpuesta por Castillo Rojas, en ella se hace referencia a los procesos judiciales N° 15-001412-0165-FA del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José y N° 14-000775-0187-FA-4 del Tribunal de Familia como asunto base pendiente de resolver. Esos expedientes se encuentran en fase de apelación, toda vez que en primera instancia se rechazó su solicitud de matrimonio civil (entre personas del mismo sexo). Asimismo, se acusó la inconstitucionalidad de la norma impugnada en este proceso, por lo que la acción es admisible.

En cuanto al proceso incoado por Castrillo Fernández, se invoca la legitimación a partir del proceso judicial 15-000633-0186-FA del Juzgado Primero de Familia del Primer Circuito Judicial de San José. Al examinar tal expediente, se extraña que el actor invocara la inconstitucionalidad de la norma. Veamos lo que el accionante indicó en ese expediente: *“4.- La normativa nacional –artículo 4 inciso m) de la Reforma a la Ley General de la Persona Joven, publicada en La Gaceta N° 130, el 8 de julio de 2013- e internacional citada, elimina la heterosexualidad de la pareja como requisito de validez y legitimación para la celebración del matrimonio civil, tal como lo reguló e (sic) legislador en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, por resultar contrario a los derechos constitucionales de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad humana (...). En particular, el artículo 4 inciso m) de la Reforma a la Ley General de la Persona Joven, estableció que el requisito de la “aptitud legal para contraer matrimonio”, que fundamenta la prohibición del artículo 14 inciso 6) del Código de Familia (...) dejó de ser un impedimento para la celebración del matrimonio civil de dos personas del mismo sexo. A partir de esta reforma legal (...) la “aptitud legal para contraer matrimonio” alude directamente a la capacidad jurídica...”*. (Folio 4 del expediente judicial). Nótese que el actor no solo defiende la validez del artículo 4 inciso m) de la Reforma a la Ley General de la Persona Joven, sino que estima que operó una reforma legal que afectó al inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, aquí impugnado, y que, por tanto, tal requisito es inexistente. Por consiguiente, este Tribunal concluye que el accionante, en el asunto base, no invocó con la precisión requerida ni de forma directa la inconstitucionalidad de la norma cuestionada en la acción. En cuanto a la impugnación de los artículos 176 y 179 del Código Penal, el propio accionante reconoce que carece de asunto base para tal pretensión. Proceder a examinar la inconstitucionalidad de tales disposiciones (que

atañen a un cuerpo normativo diferente al que pertenece el numeral objeto del *sub lite* -Código de Familia-), cuando falta un requisito indispensable - el asunto base- y no se advierte que exista una nulidad inexorablemente necesaria por conexión o consecuencia, no solo resulta jurídicamente imposible sino que implicaría emitir una resolución contraria a la ley. Aún menos se puede derivar de ello la inconstitucionalidad de toda una normativa penal en términos abstractos y genéricos. En virtud de todo lo expuesto, la acción de Castrillo Fernández deviene inadmisibile.

Con respecto a la acción formulada por Elizondo Arias y Flores-Estrada Pimentel, la parte actora señaló el expediente judicial N° 15-000902-0612-PE como asunto base. Ahora, la Sala observa que el Tribunal Supremo de Elecciones planteó una denuncia penal en contra de ellas por haber celebrado un matrimonio legalmente imposible, debido a la prohibición del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia. En ese proceso se pretende tanto la nulidad de tal matrimonio como la sanción penal de las accionantes. Se tiene que la inconstitucionalidad de la norma fue invocada por las partes a folios 14 y 18 del expediente judicial. Así las cosas, esa acción se estima admisible.

V.- Sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada. Como punto de partida, se debe recordar que la jurisprudencia de la Sala ha determinado que toda discriminación sustentada en la orientación sexual o la identidad de género de una persona es contraria a la Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y demás instrumentos internacionales atinentes al tema, ratificados por el país:

“V.- Sobre la discriminación sexual. A través de su línea jurisprudencial esta Sala ha reconocido como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la

prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. 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 contraria 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, pues tienen derecho a acceder a cualquier establecimiento comercial y a recibir un trato igual, sin discriminación en razón de su preferencia sexual." (Sentencia N° 2007-018660 de las 11:17 horas del 21 de diciembre de 2007; en el mismo sentido ver los votos N° 2010-20233 de las 17:36 horas del 30 de noviembre de 2010, N° 2011-8724 de las 9:18 horas del 1° de julio de 2011, N° 2012-6203 de las 11:06 horas del 11 de mayo de 2012, N° 2012-10774 de las 9:15 horas del 10 de agosto de 2012 y N° 2014-2273 de las 9:05 horas del 21 de febrero de 2014).

1) En cuanto a las uniones entre personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Sala. Al respecto, la jurisprudencia de esta sede comenzó por señalar que porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, imponía que el legislador llenara la laguna jurídica derivada de la

falta de regulación jurídico-positiva respecto de las uniones entre personas del mismo sexo. Tal situación fue mencionada en la sentencia N° 2006-7262 de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006, donde la Sala se pronunció de esta forma:

“IX.- Ausencia de normativa para regular las uniones homosexuales. De acuerdo con el análisis realizado, la Sala concluye que la imposibilidad legal para que personas del mismo sexo contraigan matrimonio, contenida en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, no lesiona el principio de libertad previsto en el artículo 28, ni el contenido del numeral 33, ambos de la Carta Política, toda vez que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las homosexuales. De manera que, ante situaciones distintas, no corresponde otorgar igualdad de trato. En consecuencia, tampoco procede aplicar la normativa desarrollada para el matrimonio en los términos actualmente concebidos en nuestro ordenamiento constitucional. Asimismo, no se produce roce constitucional por no existir impedimento legal para la convivencia entre homosexuales, y la prohibición contenida en la normativa impugnada se refiere específicamente a la institución denominada matrimonio, que el constituyente originario reservó para las parejas heterosexuales, según se explicó. A pesar de lo dicho en el considerando III de esta sentencia en cuanto a la naturaleza y evolución histórica del matrimonio (que permite llegar a la conclusión contraria a las pretensiones del accionante), esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello, se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para

regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario. Estamos, entonces, en presencia de un escenario de lege ferenda, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado. Esto se indica, además, porque en la documentación que corre agregada en autos, y según lo expresado en la audiencia oral llevada a cabo durante la sustanciación de este proceso, algunos países han ido promulgando leyes (en sentido formal) que han dotado de un marco jurídico y ciertas formalidades a estas uniones, con el propósito de que tengan efectos jurídicos específicos en relación a (sic) las personas que las llevan a cabo. Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales.”

De esa forma, la situación de las uniones homosexuales fue calificada como “*de lege ferenda*” y se sostuvo que el matrimonio era una institución para parejas heterosexuales, a la luz de la valoración jurídica que la Sala de ese momento hizo respecto del ordenamiento jurídico y la realidad social en el país.

2) Sobre el caso *Oliari y otros vs. Italia* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el fallo *Oliari y otros vs. Italia* del 21 de julio de 2015, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) conoció el caso de

varias personas que reclamaban que la legislación italiana no les permitía casarse o formalizar algún otro tipo de unión civil, lo que estimaron una discriminación basada en su orientación sexual.

Al decidir, el TEDH tomó en consideración que la legislación italiana no preveía ningún tipo de unión para el reconocimiento de uniones homosexuales.

Además, el TEDH observó que 24 de los 47 estados que conformaban el Consejo de Europa habían promulgado legislación que permitía el reconocimiento de parejas del mismo sexo, y que tal Consejo había emitido múltiples resoluciones y recomendaciones relacionadas con la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Al analizar el mérito de los reclamos, el TEDH basó sus argumentos en el cuadro fáctico expuesto y el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho al respeto a la vida privada y familiar). Inició por indicar que ese numeral buscaba en esencia proteger a los individuos frente a interferencias arbitrarias de las autoridades públicas, pero también imponía ciertas obligaciones positivas al Estado con el propósito de asegurar el respeto efectivo a los derechos protegidos por esa norma. Estas obligaciones podían incluir la adopción de medidas tendentes a asegurar el respeto de la vida privada y familiar, incluyendo la esfera de las relaciones de los individuos entre ellos. Si bien el concepto de respeto no era unívoco, toda vez que se debía tomar en consideración la situación de cada Estado, algunos factores eran relevantes para determinarlo, tales como el impacto en el sujeto de la discordancia entre la realidad social y la ley, la coherencia de las prácticas administrativas y legales en el sistema doméstico, y el impacto o carga que la medida significaría para el Estado concernido. El TEDH manifestó que los Estados disfrutaban de cierto margen de apreciación al implementar las obligaciones positivas del numeral 8. A la hora de determinar ese margen, se estimó que era restrictivo, cuando una faceta

particularmente importante de una persona estaba en juego. Si no había consenso entre los Estados en cuanto a la importancia de los intereses o la mejor manera de protegerlos –especialmente si el caso generaba problemas sensibles de moral o ética– el margen sería más amplio. Sería igualmente amplio, si el Estado debía realizar un balance entre intereses privados y públicos contrapuestos.

Luego, el TEDH procedió a aplicar esos principios al caso italiano. Reiteró que las parejas del mismo sexo eran igualmente capaces de estar en una relación estable y comprometida y que estaban en una situación similar a las parejas de diferente sexo, en cuanto a su necesidad de reconocimiento legal y protección. Notó que los demandantes, quienes no podían casarse, tampoco tenían acceso a un marco legal específico capaz de proveerles el reconocimiento de su estatus y garantizarles ciertos derechos relevantes para una pareja estable, como los derechos y obligaciones recíprocos, incluyendo el apoyo moral y TEDH, obligaciones alimentarias y derechos sucesorios.

Asimismo, el TEDH explicó que los órganos jurisdiccionales italianos habían defendido de manera reiterada la necesidad de asegurar la protección a las uniones del mismo sexo y evitar el tratamiento discriminatorio. También reparó en que la jurisprudencia doméstica defendía de manera rigurosa el reconocimiento de ciertos derechos, mientras que otros temas relacionados con las uniones del mismo sexo permanecían inciertos, pues los hallazgos de las cortes se hacían de modo casuístico. De ello, el TEDH derivó que, en Italia, incluso las necesidades regulares surgidas en el contexto de una unión del mismo sexo debían ser determinadas en la vía judicial. Igualmente estimó que esta situación —la necesidad de acudir repetidamente a las cortes domésticas en busca de tratamiento igualitario— se sumaba a los significativos obstáculos a las gestiones de las parejas por obtener respeto de su vida privada y familiar, lo anterior agravado por el estado de incertidumbre.

El TEDH analizó que existía un conflicto entre la realidad social de los demandantes, quienes en Italia habían vivido su relación de manera abierta, y la ley, que no les daba reconocimiento oficial. Más aún, sostuvo que la obligación de proveer reconocimiento y protección a las uniones del mismo sexo y permitir que la ley reflejara la realidad de la situación de los demandantes, no creaba una carga particular para las instancias estatales.

En cuanto al margen de apreciación, El TEDH aceptó que el caso podía estar asociado a cuestiones morales y éticas que permitirían un margen mayor ante la falta de consenso entre los Estados; sin embargo, notó que el caso concreto no se refería a derechos “suplementarios” (en oposición a “centrales”) que podrían ser objeto de controversia. Reiteró que el Estado gozaba de cierto margen de apreciación atinente a un estatus exacto conferido por medios alternativos de reconocimiento y los derechos y obligaciones derivados de esas uniones. En ese sentido, enfatizó que el caso únicamente se refería a la necesidad general de reconocimiento legal y la protección central de los demandantes en tanto pareja del mismo sexo. Así, consideró que estas eran facetas de la existencia e identidad del individuo para las cuales debía aplicarse el margen pertinente.

Además, el TEDH otorgó relevancia al movimiento desarrollado en Europa en dirección al reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, el cual también era identificable a nivel global, particularmente en países de América y partes de Oceanía.

El TEDH observó que la necesidad de reconocer y proteger tales relaciones había tenido un alto perfil en las más altas instancias jurídicas de Italia, incluyendo la Corte Constitucional y la Corte de Casación de ese país. Precisamente, la primera había reiterado el llamado al reconocimiento jurídico de los deberes y obligaciones de las uniones homosexuales, una medida que, sin embargo, solo podía ser tomada por el Parlamento. Esta situación se reflejaba en los sentimientos de la mayoría de la población

italiana, según encuestas oficiales. A pesar de ello y de varios intentos, el Legislador no había logrado promulgar la legislación pertinente.

En conexión con lo anterior, el TEDH recordó que el intento deliberado de prevenir la implementación de una sentencia final y ejecutable por parte de los Poderes Ejecutivo y Legislativo –aunque sea por tolerancia o aprobación tácita– no podía ser explicado a través de intereses públicos legítimos; por el contrario, esto era capaz de minar la credibilidad y autoridad del Poder Judicial y comprometer su efectividad. En el caso concreto, el Legislativo había desoído los repetidos llamados de las cortes italianas, lo que potencialmente venía a afectar al Judicial y dejaba a los individuos afectados en una situación de incertidumbre jurídica.

A la luz de lo expresado, el TEDH concluyó que el gobierno italiano había traspasado su margen de apreciación e incumplido su obligación positiva de garantizar que los solicitantes tuvieran un marco jurídico específico, que previera el reconocimiento y la protección de sus uniones del mismo sexo.

Si bien el antecedente corresponde a un órgano sin jurisdicción sobre el país, por su trascendencia y el reconocido prestigio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta resolución constituye, en tanto referencia doctrinaria, una fuente jurídica de suyo relevante.

El caso Oliari no es el único que ha sido llevado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), relacionado con parejas del mismo sexo. Esta temática, con diferentes matices, ha sido tratada en otros asuntos, como *Schalk y Kopf vs Austria* (24 de junio de 2010), *Vallianatos y Otros vs Grecia* (7 de noviembre de 2013), *Hämäläinen vs Finlandia* (16 de julio de 2014) y *Chapin y Charpentier vs Francia* (9 de junio de 2016). Al igual que en Oliari, en estos casos ha enfatizado el TEDH la necesidad de reconocer un margen de apreciación a los Estados, dada las particulares connotaciones de la cuestión. Justamente, en *Chapin y Charpentier vs Francia*, el TEDH

concluyó que la institución del matrimonio había sido profundamente trastocada por la evolución de la sociedad desde que se adoptó el Convenio; empero, no existía un consenso europeo sobre la cuestión del matrimonio homosexual, de ahí que debía regirse por las leyes nacionales de los Estados contratantes. En ese caso, el Tribunal subraya que continúa con el criterio de Hämäläinen y Oliari y otros, y, además, destaca, por un lado, que Francia ya contaba con el Pacto Civil de Solidaridad (figura jurídica que regula las relaciones de pareja en personas del mismo sexo) y, por otro, “que, desde la presentación de la solicitud” [ante el TEDH]”, la ley del 17 de mayo 2013 otorgó el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales (párrafo 24, arriba citado) y que los demandantes son ahora libres de casarse.”. El criterio recogido en Chapin y Charpentier, según se consigna, tuvo como un argumento para resolver, el hecho de que luego de formulada la gestión, se hubiera emitido una ley que vino a permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Para el sub examine, como se analiza ut infra, el caso Oliari revela que la ausencia absoluta en el ordenamiento jurídico de una institución formal y legal de reconocimiento para las relaciones homosexuales puede generar un estado lesivo para los derechos fundamentales de esta minoría.

3) Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación por la Sala Constitucional. Más cercana al ordenamiento costarricense es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Tres de sus resoluciones cobran particular importancia: *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *Duque vs. Colombia* y la opinión consultiva OC-24/17.

En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte IDH reconoció la orientación sexual y la identidad de género de las personas como categorías protegidas por el artículo 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. En resumen, el asunto versaba sobre la pérdida que sufrió la señora Atala Riffo de la custodia o tuición sobre sus hijas, debido a su

orientación sexual y convivencia en pareja con una persona del mismo sexo. En lo que interesa a esta decisión, la Corte IDH aseveró que el Estado chileno había incurrido en actuaciones contrarias a la Convención, al quitarle la custodia en cuestión con base en argumentos abstractos, estereotipados y discriminatorios.

Atala Riffo y niñas vs. Chile ha sido invocado varias veces por esta Sala. Dos fallos particulares merecen atención, a fin de comprender a cabalidad el razonamiento subyacente en este voto. El primero de ellos es la sentencia N° 2012-05590 de las 16:01 horas del 2 de mayo de 2012. En esa ocasión se sometió a conocimiento de esta Sala la constitucionalidad del artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social. Tal norma fue impugnada por cuanto definía la noción de “compañero” como “*Persona, hombre o mujer, que convive en unión libre, en forma estable y bajo un mismo techo con otra de distinto sexo*”. La importancia de la citada definición radicaba en su impacto en la posibilidad de parejas del mismo sexo de acceder a beneficios que la Caja Costarricense de Seguro Social concedía a las parejas heterosexuales.

En el voto de mayoría de la Sala Constitucional, se declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad con base en los siguientes motivos, entre otros:

“...en cuanto a la solicitud de aplicar la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe señalarse que lo planteado por el accionante resulta improcedente en el tanto el voto de mayoría de la Corte, no desarrolla ni realiza referencia alguna al tema de la conyugalidad homosexual; la seguridad social homosexual; la democratización de instituciones social y jurídicamente reconocidas a las personas heterosexuales, ni los derechos reproductivos de las personas homosexuales. En dicha resolución se desarrolló el tema del derecho a la vida familiar como

derecho humano, señalándose que no es posible decidir sobre la custodia y cuidado de los hijos con base en la orientación sexual de los progenitores. Es claro que el “juicio base” de la resolución de la CIDH, en nada resulta aplicable al caso concreto. En aquel caso tenemos como supuesto fáctico dos menores de edad que no pueden relacionarse con su progenitor con inclinación homosexual. Menores producto de un matrimonio disuelto. En el caso que nos ocupa, lo pretendido es el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo para tener acceso a seguro social de su conviviente. Ahora, si bien es cierto la sentencia de la C... (sic) desarrolla en uno de sus considerandos el tema de la discriminación, no lo hace por estar en presencia de un tema de reserva de ley que debe resolver el legislador, sino por derechos legalmente otorgados y negados con base en su inclinación sexual. (...).” (El subrayado es agregado).

Se evidencia entonces que en la resolución supracitada, la persona no gozaba de un derecho ni mucho menos venía ejerciéndolo, como sí acaecía en el supuesto de hecho de *Atala Riffo*. Por el contrario, en el caso costarricense, el actor pretendía el reconocimiento *ex novo* de derechos mediante una acción de inconstitucionalidad. Esta diferencia sustancial justificó en ese momento, que *Atala Riffo* no fuera aplicado en tal asunto y que este fuera declarado sin lugar.

El segundo expediente relevante para comprender este voto fue resuelto por la Sala Constitucional mediante la sentencia N° 2014-012703 de las 11:51 horas del 1º de agosto de 2014. En esa oportunidad, el recurrente reclamaba que el Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica, al cual estaba incorporado, lo discriminaba a causa de su orientación sexual, toda vez que, por ser su compañero sentimental una persona del mismo sexo, a este se le negó por parte de esa corporación profesional el otorgamiento de un

carne para el uso de las instalaciones. La mayoría de la Sala procedió a declarar con lugar el recurso:

“En el presente asunto, se discute, entre otros aspectos, el aseguramiento que pretende hacer una persona a su pareja del mismo sexo por lo que, en criterio de la mayoría de este Tribunal Constitucional, resultan aplicables las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual. Ciertamente, en la sentencia No.2012-5590 de las 16:01 horas de 2 de mayo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro —norma que definía como beneficiario del seguro de salud a aquella persona de sexo distinto—, la mayoría de esta Sala consideró que no resultaba aplicable al tema del aseguramiento para parejas del mismo sexo lo resuelto en la sentencia dictada por la CIDH. No obstante, bajo una mejor ponderación (partiendo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley que rige esta jurisdicción) y considerando la doctrina establecida por ese Tribunal internacional en cuanto a la prohibición de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de incurrir en actos discriminatorios en contra de las personas por su orientación sexual, esta Sala estima procedente utilizar aquellas consideraciones jurídicas como parámetro de interpretación para resolver el presente asunto aun cuando se trate de situaciones fácticas distintas, ya que, la ratio decidendi es igual, por cuanto, se trata de impedir toda discriminación por razón de la orientación sexual. Lo anterior atendiendo a que, según lo dispuesto por la CIDH “la orientación

sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención” y, por ende, quedan proscrita cualquier práctica fundada en esos aspectos.”

En este precedente, conviene subrayar, que la interpretación de la norma en cuestión llevó a concluir, que esta había previsto el derecho del “compañero sentimental” a tener acceso al carné y a las instalaciones del colegio profesional recurrido, toda vez que tal noción comprende las relaciones amorosas en general, esto es, sin hacer distinción alguna entre las heterosexuales y las homosexuales. A partir de tal presupuesto, la actuación que se reprochó a la parte recurrida fue justamente la desaplicación arbitraria y discriminatoria de la normativa existente en perjuicio de la parte recurrente en el caso concreto. Así, la siguiente similitud de ese asunto con *Atala Riffo* se torna clara: en ambos se trata de la limitación o eliminación de un derecho ya concedido a una persona; no se refiere, reiteramos, a la creación o el reconocimiento de derechos no previstos legalmente.

Continuando con el análisis interamericano, en el caso *Duque vs. Colombia* del 26 de febrero de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), la Corte IDH conoció la alegada discriminación realizada mediante los artículos 10, 15, 47 y 74 de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, que reglaba el sistema de seguridad social integral, en relación con el numeral 1º de la Ley 54 de 28 de diciembre de 1990, relativa a las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, y el decreto 1889 de 3 de agosto de 1994, que es reglamentario de la Ley 100.

Al respecto, primeramente, es necesario enfatizar la diferencia entre los supuestos fácticos que se presentaron en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, en comparación con aquellos del caso *Duque vs. Colombia* y que sirvieron para que la Corte IDH llegara a sus respectivas decisiones.

Como se explicó, en *Atala Riffo vs Chile*, el trato discriminatorio del Estado chileno consistió en limitar o restringir a la señora Atala un derecho del que ya venía gozando –el cuidado y la custodia de sus hijas– con base en su orientación sexual y acudiendo a argumentos abstractos, estereotipados y discriminatorios para fundamentar su actuación. Obsérvese que la sentencia no versaba sobre el reconocimiento de un derecho para la señora Atala, sino sobre la restricción injustificada al ejercicio de un derecho ya reconocido.

La situación difiere en *Duque vs. Colombia*. En este país, la ley en materia de seguridad social (Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 reglamentada mediante Decreto 1889 de 3 de agosto de 1994) establecía la posibilidad de otorgar una pensión de sobrevivencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente que acreditara vida marital con el causante por cierto tiempo. Las instancias judiciales domésticas negaron al señor Duque el reconocimiento de ese derecho, toda vez que su pretensión se basaba en la unión que había mantenido con una persona del mismo sexo, cuando la normativa únicamente preveía tal beneficio a la persona superviviente de una unión heterosexual, lo anterior tomando en consideración que el artículo 1º de la Ley 54 de 28 de diciembre de 1990 definía la unión marital de hecho como aquella formada por un hombre y una mujer.

Tras reiterar que la orientación sexual es una categoría protegida por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (por ejemplo, en el párrafo 104 expresamente señala que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención, por lo que esta proscribiera cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona), la Corte IDH decidió:

“124. En el presente caso, se puede concluir que el Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la

orientación sexual. En consecuencia, la Corte encuentra que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana.

125. Por tanto, la Corte encuentra que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. (...).”

De esta manera, la Corte IDH dispuso que no se puede negar o limitar el reconocimiento de ningún derecho a una persona, como lo es el acceso a una pensión, debido a su orientación sexual, toda vez que ello violenta el artículo 24 de la Convención Americana. Se hace hincapié en el hecho de que el cuadro fáctico de este fallo difiere de aquel conocido en el asunto *Atala Riffo vs. Chile*, por cuanto en el primero se pretendía el reconocimiento de un derecho al que todavía no se había accedido, mientras en el segundo el derecho en cuestión ya le había sido reconocido a la persona afectada pero arbitrariamente le había sido cercenado.

Finalmente, la Corte IDH se pronunció sobre el tema en la opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. A instancia de Costa Rica, la Corte IDH dilucidó las siguientes preguntas, entre otras:

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

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

Al atender la consulta, la Corte IDH respondió, en lo que interesa:

“217. De conformidad con lo anterior, la Corte observa que existen medidas administrativas, judiciales y legislativas de diversa índole que pueden ser adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo. Como fue mencionado con anterioridad, los artículos 11.2 y 17 de la Convención no protegen un modelo en particular de familia, y ninguna de estas disposiciones puede ser interpretada de manera tal que se excluya a un grupo de personas a los derechos allí reconocidos.

218. En efecto, si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo – incluyendo el matrimonio–, de conformidad con el principio pro persona contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal considera que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo.

(...)

224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del

mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al (sic) estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados "normales" en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados "anormales" según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.

225. *Por otra parte, como ya fuera señalado, el Tribunal entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes (artículos 11.2 y 17). Al afirmar esto, el Tribunal no se encuentra restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado (supra párr. 33).*

226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.

227. De cualquier manera, los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.

228. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, en respuesta a la quinta pregunta del Estado de Costa Rica, en torno a si es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación, la respuesta de la Corte es que:

“Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los (sic) todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin

discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.” (Énfasis contenido en el original).

De manera conclusiva, la Corte IDH opinó:

“por seis votos a favor y uno en contra, que:

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

VI. Sobre el matrimonio religioso y las instituciones civiles. La Sala estima necesario recordar la diferente naturaleza jurídica entre el matrimonio religioso y las instituciones civiles relativas a las relaciones de pareja. El primero, de fuerte raigambre histórica y cultural, se basa en las creencias espirituales de cada persona, las cuales usualmente vinculan la unión marital de una pareja con un compromiso respecto de determinada

concepción de Dios y, concomitantemente, de los valores, principios y reglas aparejados a la correspondiente religión. En este caso, desde el punto de vista del Estado, cobra trascendental importancia el respeto a la libertad religiosa y de culto:

“VII.- La libertad religiosa encierra, en su concepto genérico, un haz complejo de facultades. En este sentido, en primer lugar se refiere al plano individual, es decir, la libertad de conciencia, que debe ser considerado como un derecho público subjetivo individual, esgrimido frente al Estado, para exigirle abstención y protección de ataques de otras personas o entidades. Consiste en la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar el sujeto, su conducta religiosa y su forma de vida a lo que prescriba su propia convicción, sin ser obligado a hacer cosa contraria a ella. En segundo lugar, se refiere al plano social, la libertad de culto, que se traduce en el derecho a practicar externamente la creencia hecha propia. Además la integran la libertad de proselitismo o propaganda, la libertad de congregación o fundación, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y asociación y los derechos de las comunidades religiosas, etc.

VIII.- La libertad de culto, en cuanto manifestación externa de la libertad religiosa, comprende el derecho a mantener lugares de culto y a practicarlos, tanto dentro de recintos como en el exterior, siempre dentro de las limitaciones establecidas por el ordenamiento, sea por norma constitucional o norma legal. En este sentido, es el mismo texto constitucional que permite el libre ejercicio en la República de otros cultos -de la religión católica-, siempre y cuando "no se opongan a la moral universal, ni a las buenas costumbres" (artículo 75).” (Sentencia N° 1993-003173 de las 14:57 horas del 6 de julio de 1993).

En cuanto a las instituciones civiles, como la unión de hecho y el matrimonio civil, constituyen el marco jurídico que el legislador ha previsto a fin de regular situaciones fácticas o sociales y sus consecuencias. Naturalmente, tales instituciones no son de naturaleza religiosa y restringen sus efectos al ámbito legal. En tanto figuras legislativas, su reconocimiento, requisitos, límites, efectos y demás contornos son definidos por las diputadas y los diputados, como representantes democráticos del Pueblo y miembros del Poder constitucionalmente competente para legislar.

Es claro, entonces, que se trata de ámbitos completamente distintos del libre desarrollo de la personalidad. Uno es el aspecto espiritual y religioso, cuyo respeto es garantizado a todas las personas por normativa constitucional y convencional; otro es el civil, esto es, el modo en que la sociedad democrática confiere reconocimiento jurídico a la vida en pareja en sus diversas formas.

Por consiguiente, lo que se resuelve en el *sub judice*, en nada afecta los requerimientos y cualidades propios del matrimonio religioso. Este se sigue rigiendo por los cánones propios de un particular conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos y expresiones de veneración y compromiso para con ella, de normas morales que dirigen la conducta individual y social de los creyentes, y de prácticas rituales, principalmente la oración y el culto. Reiteramos, esto se encuentra cobijado por la libertad religiosa y de culto, que implica someterse voluntaria y libremente a las reglas de cierto credo. Este acto de libertad merece y debe ser protegido constitucionalmente, de manera que, con motivo de la práctica y el seguimiento de las diversas reglas religiosas, no cabe alegar discriminación por orientación sexual, toda vez que la pertenencia o no a alguna religión es una decisión libre y voluntaria de cada quien.

VII.- Sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Los elementos recogidos hasta ahora permiten a la Sala analizar la

constitucionalidad del inciso 6 artículo 14 del Código de Familia, objeto de esta acción.

Como primer elemento, la Sala recuerda que en la sentencia N° 2006-007262 de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006 ya se había manifestado la necesidad de regular las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. En esa oportunidad y en ese contexto histórico, este Tribunal refirió que al no existir impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales, “... *se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario*”. En tal contexto, se estaba “... *en presencia de un escenario de lege ferenda, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado...*” pues se puntualizó que el “...*problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada...*” (El destacado no está incluido en el original). Se observa que el criterio del Tribunal hizo énfasis en la obligación de regular las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo por razones de “seguridad jurídica” y “justicia”, las que ya han sido catalogadas por la jurisprudencia de esta jurisdicción como valores (ver sentencias 1997-003682 de las 11:57 horas del 27 de junio de 1997 y 2002-002326 de las 15:13 horas de 6 de marzo de 2002), principios (ver sentencias 2005-00398 de las 12:10 horas del 21 de enero de 2005 y 2017-003262 de las 9:05 horas del 3 de marzo de 2017) e, incluso, derechos de rango constitucional (ver sentencias 1996-003275 de las 14:51 horas del 3 de julio de 1996 y 2014-005797 de las 16:30 horas del 30 de abril de 2014).

Para esta Sala es claro que, desde ese entonces, el contexto histórico y social ha evolucionado,

Así, por un lado, la ausencia de un marco normativo para regular las uniones de parejas del mismo sexo ha sido estimada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) –instancia cuya medida y buen juicio son reconocidos internacionalmente– como contraria a los derechos humanos (caso *Oliari y otros vs. Italia*). La Sala no obvia que el TEDH valoró elementos particulares del contexto italiano para llegar a esa conclusión. Sin embargo, atinente a la situación patria resulta jurídicamente plausible una analogía, *mutatis mutandis*, vista la ausencia de un marco normativo en Costa Rica, así como la necesidad que se ha impuesto en la práctica, consistente en que las personas de orientación homosexual se han visto obligadas a acudir a los tribunales de justicia para exigir el reconocimiento de sus derechos, merced a las omisiones o debilidades del ordenamiento jurídico vigente.

Por otro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido una serie de resoluciones a favor de minorías sexualmente diversas, en particular, hallamos los casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*, así como la opinión consultiva OC-24/17, lo que evidencia una clara línea jurisprudencial, respecto de lo cual no se barrunta giro alguno en eventuales procesos por resolver.

Particularmente, en *Duque vs. Colombia*, en un caso donde la parte reclamante aspiraba a un derecho exclusivo de parejas heterosexuales, la Corte IDH reafirma que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que esta proscribiera cualquier norma o actuación discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. Es decir, en ese asunto contencioso, la Corte IDH vino a precisar que el criterio de la orientación sexual no puede ser utilizado para justificar que a alguna persona se le niegue el acceso a un derecho.

Ahora, cuando se constata una línea jurisprudencial de la Corte IDH, como la esbozada, que en el ámbito de los derechos fundamentales ofrece una tutela más amplia que la brindada por el ordenamiento jurídico interno (condición *sine que non*), emerge la obligación de los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de actuar según el numeral 2 de ese instrumento internacional. Precisamente –se reitera– solo si se da la condición supracitada, los Estados tienen el deber de adoptar disposiciones normativas para garantizar los derechos y libertades expresados en el ordinal 1 de ese mismo instrumento, “*si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter*”.

En la opinión consultiva OC-24/17, la Corte IDH, siguiendo el criterio de que la orientación sexual no es un argumento válido para discriminar, llegó a la siguiente conclusión:

“Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los (sic) todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.” (Párrafo 228. El destacado es agregado).

Observemos que la parte subrayada de esta transcripción debe leerse en conjunto con el resto de la resolución, en particular, los siguientes párrafos:

“226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.

227. De cualquier manera, los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.” (El destacado es agregado).

De este modo, luego de examinar los elementos supra citados, la Sala arriba a las siguientes conclusiones.

El impedimento estatuido en el inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia, impugnado en esta acción, resulta inconstitucional por violación al derecho a la igualdad, cobijado en los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos. Por un lado, la norma cuestionada se traduce por sí misma en una prohibición para el matrimonio entre personas del mismo sexo, negándoseles con base en su orientación sexual el acceso a tal instituto; por otro, de manera refleja afecta la posibilidad de que las parejas del mismo sexo accedan a la figura de la unión de hecho, toda vez que el ordinal 242 del Código de Familia se refiere a la “...*aptitud legal para contraer matrimonio...*”, con lo que remite a las imposibilidades legales del numeral 14, entre ellas la que es objeto del *sub examine*. Es decir, la norma cuestionada impide tanto la formalización de un matrimonio como el reconocimiento de una unión de hecho entre personas del mismo sexo por la sola razón de la orientación sexual, lo que contraría la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida que esta ha venido a expandir la cobertura de protección en esta materia.

Ahora bien, la inconstitucionalidad originada en un problema sistémico ha motivado variedad de sentencias exhortativas como las sentencias piloto (creadas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), las “*structural injunctions*” (noción concebida por la Corte Suprema de los Estados Unidos) o, como hacemos en el *sub lite*, las que declaran un “estado de cosas inconstitucionales” (término acuñado por la jurisprudencia constitucional colombiana y de ahí esparcido por el constitucionalismo latinoamericano).

Así, en el ámbito del derecho convencional europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha acudido a las mencionadas sentencias piloto, cuando detecta que determinada violación a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) se origina en un problema generalizado y sistémico subyacente en un Estado que viene a afectar a toda una clase de personas. Cuando esto ocurre, con base los artículos 1, 18 y 46.1 del CEDH, el TEDH exige al Estado demandado que

adopte medidas generales para solventar la situación, suspendiendo de paso los procesos asociados a la misma causa. El primer caso fue *Broniowski V. Polonia* (Nº 31443/96 sentencias sobre el fondo de 22 de junio de 2004 y sobre el arreglo amistoso de 28 de setiembre de 2005), en el que el demandante alegó que las autoridades polacas habían incumplido la obligación de indemnizarle por ciertos bienes familiares en el territorio cercano al río Bug, que se vio obligada a ceder tras la Segunda Guerra Mundial. El TEDH consideró lo anterior contrario al artículo 1 del protocolo adicional del CEDH y sostuvo que tal violación se originó en un problema sistémico relacionado con el mal funcionamiento de la legislación y práctica doméstica de Polonia causado por la falla en establecer un mecanismo efectivo para implementar el "derecho al crédito" de los demandantes de Bug River. Posteriormente, se han dictado muchas sentencias piloto (entre ellas, *Hutten-Czapska c. Polonia* núm. 35014/97, *Sejdovic c. Italia*, núm. 56581/00, *Burdov (No. 2) c. Rusia*, núm. 33509/04, *Olaru y otros c. Moldavia*, núms. 476/07, 22539/05, 17911/08 y 13136/07, *Yurig Nikolayevich Ivanov c. Ucrania*, núm. 40450/04, *Suljagic c. Bosnia Herzegovina*, núm. 27912/02, *Maria Atanasiu y otros c. Rumanía*, núm. 30767/05 y 33800/06, *Vassilios Athanasiou c. Grecia*, núm. 50973/08, *Greens y M. T. c. Reino Unido*, núm. 60041/08, *Dimitrov y Hamanov c. Bulgaria*, núm. 48059/06, *Finger c. Bulgaria*, núm. 37346/05).

En sentido similar, pero dentro del ámbito constitucional, la Corte Suprema de Estados Unidos fue pionera en las citadas *structural injunctions*. Por ejemplo, en el trascendental caso de lucha contra la discriminación racial *Brown contra Consejo de Educación de Topeka* (347 U.S. 483, sentencias de 17 de mayo de 1954 -Brown I- y 31 de mayo de 1955 -Brown II-), por voto unánime fueron declaradas inconstitucionales las leyes que permitían escuelas públicas separadas para estudiantes afroamericanos y blancos, porque las instalaciones educativas separadas eran inherentemente

desiguales, lo que atentaba contra la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos (protección igualitaria). Estas decisiones allanaron el camino a la integración racial y fueron una gran victoria del Movimiento por los Derechos Civiles, así como posteriormente han servido de modelo en muchos casos de impacto. Las resoluciones son emblemáticas de las “*structural injunctions*”, donde la inconstitucionalidad declarada no es resuelta de inmediato, sino que se dictan remedios correctivos para reformar una institución estatal entera a fin de armonizarla con la Constitución. Especialmente, en la sentencia del 31 de mayo de 1955 (Brown II), esta Corte reconoció que la plena implementación de los principios constitucionales podría requerir la solución de diversos problemas, cuya mejor evaluación y solución recaería en las autoridades escolares locales; los tribunales locales, a su vez, controlarían que tales acciones fueran implementadas de buena fe y con vista en los principios constitucionales.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional colombiana creó el “estado de cosas inconstitucionales”. El término se usó por primera vez en la sentencia SU-559 de 1997, ante la omisión de dos municipios en afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pesar de que se les hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstos en la ley. Fruto del desarrollo del concepto, en la sentencia T025/04 de 2004 se indica: “*Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho*

conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.”

De esta manera, si bien en la mencionada variedad de modalidades de sentencia se advierten diversos enfoques en los presupuestos jurídicos específicos y la fase remedial, todas ellas parten de un elemento general: la constatación de un problema sistémico en el trasfondo de una inconstitucionalidad o inconvencionalidad, que, a los efectos de restablecer la armonía constitucional o convencional, obliga a trascender de la típica sentencia declaratoria para en su lugar formular pronunciamientos de tipo exhortativo a fin de enfrentar vicios de inconstitucionalidad con raíces más profundas, incluso culturales, o afectaciones particularmente extendidas y poliédricas.

Concerniente a esta acción, distinguimos que, en el fondo, la inconstitucionalidad detectada trasciende la norma en sí, toda vez que, desde un enfoque sistémico, emerge un verdadero “estado de cosas inconstitucionales”, término por el que nos decantamos en consonancia con el constitucionalismo latinoamericano y conscientes de la permeabilidad de un concepto que está en plena evolución, y de que se trata de una adaptación conceptual acorde con las circunstancias propias del país (igual ha hecho el Tribunal Constitucional de Perú, verbigracia en sentencia del 14 de marzo de 2017). En efecto, el quid consiste en que la mera anulación de la norma impugnada no restaura en forma automática el orden

constitucional, precisamente, por tratarse de un problema de naturaleza estructural y poliédrico, el cual se extiende allende las fronteras del acto o la norma individual y se convierte en un patrón discriminatorio que se configura de manera sistémica y se encuentra enraizado tanto en el ordenamiento jurídico como en las instituciones civiles y estatales. Dentro de este contexto, el dogma del matrimonio exclusivo para parejas heterosexuales ha constituido un fundamento cultural e histórico de la estructura del sistema jurídico, por lo que el cambio de tal paradigma –esto es, la ampliación de su cobertura en favor de las parejas del mismo sexo– conlleva de manera inexorable una revisión general del ordenamiento jurídico vigente a los efectos de velar por la seguridad jurídica y una solución más integral, tarea que en razón de su naturaleza jurídica y en respeto al principio de división de poderes, en primera instancia compete al Poder Legislativo. Obsérvese que, en una situación de discriminación sistémica como la expuesta, la resolución judicial del caso concreto no representa un verdadero remedio para la cuestión de fondo, sino una medida paliativa, de manera que si tal problema no es resuelto (o por lo menos se da una solución más integral), se barruntan actuaciones o interpretaciones administrativas y de la jurisdicción ordinaria contradictorias, algunas acaso contrarias a la línea expuesta en este voto, lo que representa una seria amenaza a la seguridad jurídica.

De este modo y por las razones planteadas, concluimos que en la especie subyace un estado de cosas inconstitucionales, que queda aún más evidenciado con el análisis que se efectúa en los considerandos siguientes, donde cantidad de normas ejemplifica la dimensión sistémica de la inconstitucionalidad aquí declarada. De ahí que estimemos que la manera más adecuada de superar tal situación es por medio de una “sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple”, en la que se insta al Parlamento a que en ejercicio de su potestad legislativa adecue el marco

jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. No está de más agregar que la alternativa de constatar tal estado de cosas inconstitucionales, pero no fijar un término para su solución, resulta improcedente por razones de seguridad jurídica, toda vez que el remedio para restablecer el orden constitucional no puede ser formulado en términos indefinidos y vagos, cuando la inconstitucionalidad ya ha sido verificada y declarada, máxime que se está ante la ruptura con un dogma jurídico histórico sobre el cual se ha edificado una parte relevante del andamiaje jurídico-positivo vigente. Del mismo modo, la particular dimensión del estado de cosas inconstitucionales en el *sub judice* hace que el eventual dictado de una regulación provisional carezca de plausibilidad jurídica.

VIII.- Sobre el dimensionamiento de las sentencias inconstitucionalidad y el *sub lite*.

El vasto alcance de las declaratorias de inconstitucionalidad surge de la propia teoría jurídica por la cual se ha decantado el Constituyente, quien ha venido a posicionar la Constitución Política como basamento del Estado democrático costarricense y pilar del ordenamiento jurídico nacional. En efecto, la Ley Fundamental contiene los lineamientos cardinales que debe seguir todo el articulado infra constitucional, así como las normas orgánicas que rigen la institucionalidad de nuestro país. La relevancia de la Constitución Política es tal, que su mera interpretación por parte de este Tribunal puede llevar aparejados efectos de peso para la seguridad jurídica, los derechos adquiridos, la actuación de las instituciones públicas, la estabilidad social, entre otros.

Dentro de este contexto, la Sala Constitucional ha sido consciente de la trascendencia de sus decisiones, cuyas ramificaciones pueden incidir en

múltiples ámbitos de la sociedad costarricense. En ese sentido, desde los inicios de esta jurisdicción, este Tribunal señaló:

“Nuestro sistema jurisdiccional constitucional sigue una tesis mixta entre el llamado "norteamericano" que simplemente declara la inexistencia o nulidad absoluta de las normas dictadas en contra de la constitución, y el llamado "austriaco" que admite la vigencia y eficacia de la norma hasta su anulación por lo que faculta al Juez a definir los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, para evitar que situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos de buena fe sean afectados. En efecto, el artículo 11 faculta a esta Sala a declarar la inconstitucionalidad de las normas a cualquier naturaleza, y el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional define como ya se dijo, el efecto declarativo y retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, y además faculta a la Sala a graduar los efectos de esta sentencia para evitar "graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales" con lo que se demuestra que la norma aunque es inconstitucional por vicio originario, surtió efectos que prevalecen en el tiempo y en el espacio.” (Sentencia N° 1990-001409 de las 14:27 horas del 26 de octubre de 1990).

La normativa que regula la jurisdicción constitucional reconoce la supremacía de la Ley Fundamental y desarrolla, de manera consecuente, las derivaciones de la premisa descrita. Verbigracia, el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional otorga efectos vinculantes *erga omnes* a la jurisprudencia y los precedentes de esta jurisdicción. Ninguna otra instancia, más que la Sala Constitucional, puede variar o revertir tales criterios. Esto es así porque la especial potencia o fuerza activa de los pronunciamientos de este Tribunal no proviene de su carácter de autoridad jurisdiccional, sino que tales cualidades dimanen de la propia Constitución,

la cual se impone sobre cualquier instancia o norma que se le oponga. Así como la Constitución prevalece sobre el resto del ordenamiento jurídico, de igual forma lo hacen las sentencias de la jurisdicción constitucional que vienen a interpretar, aplicar y resguardar la Ley Fundamental.

Al momento de aprobar la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el Legislador comprendió la relevancia de esta sede y, más aún, previó que las sentencias de este Tribunal, a causa de la citada potencia y ante los efectos de la abrupta anulación de una norma, pudieran ser dimensionadas en el caso de declaratorias de inconstitucionalidad. De este modo, el Legislador creó herramientas jurídicas con el propósito de que la ejecución de las sentencias de inconstitucionalidad se diere en armonía con la Constitución pero sin pasar por alto sus efectos materiales en la realidad.

A manera de ejemplo, el numeral 93 estatuye que la disposición contenida en el artículo 91 (en lo atinente al efecto retroactivo de las declaraciones de inconstitucionalidad) no se aplicase respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubiesen consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando estos fuesen material o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afectase seriamente derechos adquiridos de buena fe. Acto seguido, la norma dispone "*todo lo anterior sin perjuicio de las potestades de la Sala, de conformidad con dicho artículo*" (refiriéndose al ordinal 91).

Ahora bien, a los efectos de resolver el *sub examine*, precisamente, este numeral 91 constituye un claro ejemplo de la previsión del legislador de tomar en consideración el impacto de las sentencias de la Sala, cuando declaran la inconstitucionalidad de una norma. El primer párrafo de esa regulación impone la regla general del efecto *ipso iure* y *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad:

“Artículo 91. La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.

Empero, acto seguido modula tales efectos, cuando estipula:

La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.”

De este modo, el ordinal 91 confiere amplias facultades a la Sala. En concreto, por un lado, puede *“graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia”* el efecto retroactivo de sus sentencias, por otro, puede dictar *“las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.”* A partir de tal normativa, la jurisprudencia constitucional ha valorado que el dimensionamiento también opera para el futuro, lo que resulta del todo congruente y necesario, toda vez que la *ratio iuris* de tal potestad radica en modular los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad, que evidentemente tienen la capacidad de afectar tanto hacia el pasado como en el presente y con posterioridad (ver sentencias 2015-012250 de las 11:30 horas del 7 de agosto de 2015, 2015-018537 de las 10:20 horas del 25 de noviembre de 2015, 2006-07965 de las 16:58 horas del 31 de mayo de 2006 y 2005-013914 de las 15:08 horas del 11 de octubre de 2005). Más adelante nos referiremos la tipología de sentencias normativas que resulta de la modulación de los efectos de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad.

Criterios similares se advierten en otros ordenamientos jurídicos (verbigracia, el artículo 140.5 de la Ley Constitucional Federal de Austria) así como en pronunciamientos con efectos diferidos dictados por tribunales

constitucionales de otros países. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Italia utiliza varios tipos de sentencias exhortativas. En unas, el órgano jurisdiccional se pronuncia acerca de la necesidad de adecuar la ley a la Constitución, exhorta al legislador a que lo haga y a la vez previene al Poder Legislativo que, de no actuar conforme a la recomendación de la Corte, se declararía la inconstitucionalidad de la norma impugnada en la próxima ocasión en que fuere impugnada. En otras, la Corte, aunque reconoce la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, no la declara, dado que pondera los probables efectos negativos de la hipotética sentencia desestimatoria inmediata (se habla entonces de una constitucionalidad provisional). Igualmente, el Tribunal Constitucional de España ha acudido a sentencias de inconstitucionalidad diferida. De esta manera ha señalado que se puede declarar que la norma es inconstitucional y al mismo tiempo prever un plazo de manera diferida o prospectiva para que la ley quede anulada en forma definitiva (sentencias 45/1989, 13/92, 195/98 y 209/99, entre otras). Particularmente, en la sentencia 195/98, aunque la Ley 6/1992 se estimó inconstitucional porque su tramitación fue desarrollada por el Estado Central y no por la Comunidad Autónoma de Cantabria, transitoriamente se mantuvo la legislación por cuanto una declaración inmediata de inconstitucionalidad "*podría producir graves perjuicios a los recursos naturales de la zona objeto de controversia*". En Alemania, si bien la Ley del Tribunal Constitucional Federal, en su numeral 35, le permite a este órgano jurisdiccional en forma genérica regular la ejecución de sus fallos, no menos cierto es que no existe norma alguna que lo faculte a diferir los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad ni menos aún a darle plazo al Parlamento para que emita determinada ley. No obstante, a partir de la sentencia del 11 de mayo de 1970 (BVerfGE 28, 227), por vía jurisprudencial se creó la denominada "verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze" (declaración de

incompatibilidad de leyes inconstitucionales), cuya consecuencia práctica ha sido la posibilidad, con carácter excepcional, de aplicar provisionalmente una norma declarada inconstitucional. Este tipo de sentencia normativa vino a ser incorporada al texto positivo a partir de la reforma de 21 de diciembre de 1970 a la Ley del Tribunal Constitucional Federal sin que a la fecha ni esa ni ninguna reforma posterior haya llegado a regular cuáles son sus efectos, de manera que el mencionado vacío jurídico positivo persiste hasta el día de hoy, como pacíficamente admite la doctrina alemana. Pese a ello, lo cierto es que las sentencias de incompatibilidad, en tanto realidad normativa, ya son parte de la dogmática jurídica alemana; jurisprudencialmente se han utilizado, entre otros casos, cuando, ante las particularidades de la norma declarada inconstitucional, razones jurídico-constitucionales vuelven necesaria su aplicación temporal o provisoria a fin de evitar que se caiga en una situación aún más lejana del orden constitucional o que emerja un grave problema de seguridad jurídica. Por ejemplo, en BVerfGE 109, 64 (sentencia del 18 de noviembre de 2003) se declaró incompatible con la Constitución al ordinal 14 inciso 1 punto 1 de la Ley de Protección a las Madres. Esta normativa preveía que la mujeres recibieran su salario completo antes y después del parto. Al respecto, los costos fueron divididos entre el estado y el empleador: el primero debía aportar 25 DM por día mientras al segundo le correspondía cubrir la diferencia de salario. Al tiempo de la adopción de la ley en 1968, tal diferencia ascendía a 13 DM, pero en el 2000 tal suma subió a 88,60 DM. Consecuencia de los gastos adicionales para los empleadores, las mujeres tenían menos oportunidad de ser contratadas. Lo anterior resultó inconstitucional por violación a los derechos a la igualdad y a la libertad de trabajo. Empero, al Legislador se le confirió plazo hasta el 31 de diciembre de 2005 para aprobar una ley que fuere constitucional; en el ínterin, la norma incompatible con la Constitución continuó vigente. De similar

forma, la Corte Suprema de Estados Unidos de América ha acudido a una variante de este tipo de sentencia. Por ejemplo, en el *supra* citado caso de lucha contra la discriminación racial Brown versus Consejo de Educación de Topeka (explicado en el considerando anterior), amén de que las sentencias de 17 de mayo de 1954 y 31 de mayo de 1955 se catalogan como estructurales, también pueden ser vistas como una especie de sentencias exhortativas -particularmente Brown II-, dado que la Corte estadounidense concluyó que para erradicar la discriminación en las escuelas públicas donde se separaban a estudiantes afroamericanos y blancos, no bastaba la anulación de una norma sino que se requería de diversidad de medidas a cargo de distintas dependencias. En Perú, el Tribunal Constitucional ha aplicado la sentencia de efectos diferidos cuando se está ante un cambio de precedente. Así, en sentencia de 10 de octubre de 2005 dispuso: *“El Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (vacatio sententiae), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia insita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos. En efecto, la decisión de otorgar expresa y residualmente eficacia prospectiva es establecida por el Tribunal Constitucional, en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional de naturaleza constitucional. La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.”* Del mismo modo, la Corte Constitucional de Colombia

reiteradamente ha dictado sentencias con efectos diferidos, variante de las sentencias exhortativas. Así, en la sentencia C-366 de 2011, la Corte determinó la inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010, que había modificado la Ley 685 de 2001 Código de Minas, por haber omitido la consulta previa a los pueblos indígenas y afrodescendientes; sin embargo, dado que, por un lado, una sentencia integradora no era jurídicamente plausible y, por otro, una inconstitucionalidad inmediata de la regulación cuestionada dejaba un vacío normativo sobre la materia ambiental en el ámbito minero –lo que acarrearía una situación grave e indeseable en materia de protección al ambiente–, la Corte consideró que los efectos de la inconstitucionalidad de la norma demandada se diferían por un lapso de dos años. “...para que tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República y dentro de sus competencias, den curso a las medidas legislativas dirigidas a la reforma del Código de Minas, previo el agotamiento de un procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del artículo 330 de la Carta Política”. También pueden verse los votos C-818 de 2011, C-720 de 2007 y C-737 de 2001, entre muchos otros. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el caso Rosza, Carlos Alberto y otro (resuelto en sentencia de 23 de mayo de 2007), declaró la inconstitucionalidad del régimen de subrogancias (reemplazos de jueces) aprobado por el Consejo de la Magistratura. No obstante, dado el impacto que la decisión provocaba en los procesos en curso, dispuso que los jueces subrogantes afectados continuasen en sus cargos hasta que cesasen las razones que habían originado su nombramiento o hasta que fuesen reemplazados o ratificados mediante un procedimiento constitucionalmente válido, según las pautas fijadas en tal voto. “En ningún caso dichos subrogantes podrán continuar en funciones más allá del término de un año, contado a partir de la notificación de este pronunciamiento, lapso

durante el cual el Congreso y el Poder Ejecutivo, en ejercicio de sus atribuciones, procedan a establecer un sistema definitivo sobre la materia en debate con estricta observancia de los parámetros constitucionales ya examinados.”

En el ámbito doctrinario, la jurisprudencia y dinámicas constitucionales que han llevado a este tipo de sentencias atípicas, han sido recogidas, sistematizadas y clasificadas. Por ejemplo, tomando como base el criterio de Néstor Pedro Sagüés, pero con ciertos ajustes, podemos calificar este tipo de sentencias como “exhortativas”, las cuales a su vez se subdividen de la siguiente forma: A) La sentencia exhortativa de delegación, que declara inconstitucional a una norma, y advierte al Poder Legislativo qué pautas debería satisfacer para emitir una nueva ley que sea compatible con la Constitución. En este tipo de voto, se ha admitido el dictado de una regulación mínima provisional, cuando la laguna jurídica derivada de la anulación de la norma impugnada lo exige (un ejemplo de esta tesitura es la sentencia 2013-011499 de las 16:00 horas del 28 de agosto de 2013). B) La sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria, en la que la jurisdicción constitucional estima que la norma impugnada todavía es constitucional, pero que puede pronto dejar de serlo; o que no resulta del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que el Tribunal Constitucional insta al legislador a que produzca una nueva regulación plenamente constitucional, para lo cual puede darle también pautas de contenido (en Alemania, este tipo de sentencia se denomina “Appellentscheidung”). C) La sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple, llamada “Unvereinbarerklärung” en la doctrina alemana, en la que el Tribunal Constitucional si bien constata la inconstitucionalidad de una norma, lo cierto es que no la invalida (por diversas razones, como los efectos adversos de una repentina anulación o cuando la inconstitucionalidad no radica en la norma en sí sino en una relación

normativa cuya resolución atañe al Legislador) pero sí impone al Poder Legislativo el deber de solucionar la situación de inconstitucionalidad a través de la aprobación de un proyecto de ley que devuelva la armonía con la Constitución. De este modo, la ley reputada inconstitucional se continúa aplicando por cierto lapso hasta que se apruebe una nueva normativa que esté conforme con la Constitución. Según se evidenciará de seguido, la decisión tomada en el *sub judice* se subsume en este último tipo de sentencia exhortativa.

En efecto, un típico caso de sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple acaece cuando la anulación de la norma impugnada no comporta por sí solo o de manera automática el retorno a una situación de normalidad constitucional, sino que requiere de la cooperación del Poder Legislativo. Esto ocurre en la especie, donde la inconstitucionalidad de la norma impugnada, desde un enfoque sistémico, en realidad forma parte de un verdadero estado de cosas inconstitucionales que implica la ruptura con un dogma jurídico histórico, sobre el cual ha sido construida una parte relevante del andamiaje jurídico nacional, como explicamos a continuación.

Justamente, en el caso de marras, las dificultades del “estado de cosas inconstitucionales” que se está declarando, van en línea con lo expresado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, quien reconoce que “...*algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo...*”, por lo que “insta” a que se impulsen las reformas necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos a la luz de la línea jurisprudencial convencional, respecto de lo cual son de destacar los párrafos 226 a 228 de la opinión ya citada. Precisamente, el dogma de que el matrimonio corresponde solo a las relaciones entre un hombre y una

mujer, que del mismo modo ha irradiado sobre las uniones de hecho, históricamente ha venido a permear cantidad de normas en el ordenamiento jurídico nacional, como se extrae de algunos ejemplos que a continuación procedemos a citar, con la advertencia de que se trata de un listado trazado con carácter meramente enumerativo, por tratarse de un entramado jurídico-positivo que excede el objeto de esta acción, limitada al inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia.

Dentro de este contexto, observemos el ordinal 35 del Código de Familia:

“Artículo 35.- El marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia. La esposa está obligada a contribuir a ellos en forma solidaria y proporcional, cuando cuente con recursos propios.” (Código de Familia. El subrayado es agregado).

Dada una relación homosexual, ¿cuál de las personas asumiría la obligación del marido y cuál la de la esposa, a la luz de la norma transcrita?

En relación con el orden de los apellidos, tenemos esta disposición del Código de Familia:

“Artículo 49.- Toda persona tiene el derecho y la obligación de tener un nombre que la identifique, el cual estará formado por una o a lo sumo dos palabras usadas como nombre de pila, seguida del primer apellido del padre y del primer apellido de la madre, en ese orden.” (El subrayado es agregado).

Y, atinente a la misma materia, se encuentra el numeral 104 del Código de Familia:

“Artículo 104.- Apellidos del adoptado.

(...)

El adoptado en forma conjunta llevará, como primer apellido, el primero del adoptante y, como segundo apellido, el primero de la adoptante.

En el caso de que un cónyuge adopte al hijo o la hija de su consorte, el adoptado usará, como primer apellido, el primero del adoptante o padre consanguíneo y, como segundo apellido, el primero de la madre consanguínea o adoptiva. (El subrayado es agregado).

De la lectura de esa normativa, emerge la siguiente incertidumbre, cuando se trata de una relación entre personas del mismo sexo: ¿cuál va a ser el orden de los apellidos que llevará la persona adoptada?

En una materia diferente, también es de inquirir cómo se va a regular el tema de la filiación. Al respecto, el ordinal 69 del Código de Familia establece:

“Artículo 69.- Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada. (...)”

Ante la actual imposibilidad biológica de concepción entre personas del mismo sexo, ¿se tendrían como hijos del matrimonio aquellos nacidos en los términos de la norma transcrita, si se trata de una pareja de hombres gay o de una de mujeres lesbianas?

Cuestión similar sucede con la norma siguiente:

“Artículo 70.- En contra de la presunción del artículo anterior, es admisible prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo.

El adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo; pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida prueba de cualquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad.” (El subrayado es agregado).

En caso de una relación entre mujeres, ¿aplica la misma presunción contemplada en la norma? O bien, dado que en el estado actual de la ciencia es imposible que una mujer embarace a otra ¿se debe acudir a la misma necesidad probatoria para la mujer no adúltera, cuando su pareja concibe un hijo extramatrimonial?

Veamos esta otra disposición de la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y Creación del BANHIVI:

“Artículo 56.- Las familias que reciban el subsidio deberán inscribir el inmueble a nombre de la pareja en el matrimonio y, en caso de unión de hecho, a nombre de la mujer; asimismo, sobre el inmueble deberá constituirse el régimen de patrimonio familiar tanto en caso de matrimonio como en unión de hecho.” (El subrayado es agregado).

Esta regulación deja por fuera las uniones de hecho entre hombres y plantea la incógnita de cómo actuar, cuando se trata de una relación entre dos mujeres.

En el Código Procesal Penal se consigna:

“Artículo 486 bis.- Sustitución de la prisión durante la ejecución de la pena por arresto domiciliario con monitoreo electrónico

El juez de ejecución de la pena podrá ordenar el arresto domiciliario con monitoreo electrónico durante la ejecución de la pena, como sustitutivo de la prisión, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1) Cuando la mujer condenada se encuentre en estado avanzado de embarazo al momento del ingreso a prisión, sea madre jefa de hogar de hijo o hija menor de edad hasta de doce años, o que el hijo o familiar sufra algún tipo de discapacidad o enfermedad grave debidamente probada. Podrá ordenarse también este sustitutivo siempre que haya estado bajo su cuidado y se acredite que no existe otra persona que pueda ocuparse del cuidado. En ausencia de ella, el padre que haya asumido esta responsabilidad tendrá el mismo beneficio." (El subrayado es agregado).

En el caso de una relación entre personas del mismo sexo, donde la pareja está compuesta por dos hombres o dos mujeres, ¿cómo debe aplicarse la norma transcrita? ¿cómo entender el concepto de madre jefa de hogar, cuando se trata de una pareja lésbica en la que las dos madres trabajan en un empleo remunerado?

La Ley de Penalización de la Violencia en contra de la Mujer genera igualmente dudas ante el rompimiento del paradigma del matrimonio basado solo en relaciones heterosexuales, que también se expande sobre las uniones de hecho.

Estatuye el ordinal 2:

"Artículo 2.- Ámbito de aplicación

Esta Ley se aplicará cuando las conductas tipificadas en ella como delitos penales se dirijan contra una mujer mayor de edad, en el contexto de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.

Además, se aplicará cuando las víctimas sean mujeres mayores de quince años y menores de dieciocho, siempre que no se trate de una relación derivada del ejercicio de autoridad parental."

(El subrayado es agregado).

¿Aplica la Ley de Penalización de la Violencia en contra de la Mujer en el caso de parejas lésbicas? Leamos lo que regula el ordinal 21:

“Artículo 21.- Femicidio

Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.”

Al respecto, un sector sostiene que el sujeto activo solo puede ser el hombre, porque la *ratio iuris* de ese delito se encuentra directamente vinculada con la desigual distribución del poder y con las relaciones asimétricas entre mujeres y hombres en la sociedad; para otro grupo, la conducta típica del femicidio solo demanda que el delito sea cometido en contra de la mujer por razones de género, lo que no está limitado al hombre y más bien deja abierta la posibilidad de que el sujeto activo sea una mujer (por ejemplo en una relación lésbica) o una persona con una opción sexual diferente. Atinente a esta controversia, con el rompimiento del paradigma del matrimonio como exclusivo entre heterosexuales se hace todavía más patente, tanto la duda de cómo conceptualizar el femicidio en el tipo penal transcrito cuando la muerte de la mujer ocurre en el marco de un matrimonio o una unión de hecho entre personas lesbianas, como la concomitante necesidad de que el propio legislador aclare el punto en aras de la seguridad jurídica. ¿A los efectos de definir el sujeto activo del femicidio, se deberá trascender el enfoque de la relación asimétrica entre mujeres y hombres, y más bien subrayar el contexto de opresión de la mujer víctima sin importar el sexo de la persona agresora? ¿Puede considerarse como sujeto pasivo una persona que biológicamente sea varón pero se identifique con el género femenino en el marco de una relación de pareja entre dos hombres? ¿Debe entonces precisarse mejor la conducta típica de ese delito?

Asimismo, advirtamos lo que impone el numeral 22:

“Artículo 22.-Maltrato

A quien por cualquier medio golpee o maltrate físicamente a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, sin que incapacite para sus ocupaciones habituales, se le impondrá pena de prisión de tres meses a un año.

Si de la acción resulta una incapacidad para sus labores habituales menor a cinco días, se le impondrá pena de seis meses a un año de prisión.

A quien cause daño en el físico o a la salud de una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, que le produzca una incapacidad para sus ocupaciones habituales por un tiempo mayor a cinco días y hasta por un mes, se le impondrá pena de prisión de ocho meses a dos años.”

¿Cómo se aplicaría esa norma, si dos mujeres contraen matrimonio, en la que una asume el papel de proveedora y otra el de ama de casa? ¿acaso se requerirá de una nueva regulación? ¿emerge una laguna jurídica?

Atinente al Código de Trabajo, ¿se mantendría la regulación específica de riesgo de trabajo de su ordinal 243?

“Artículo 243.- Cuando un riesgo del trabajo produzca la muerte al trabajador, las personas que a continuación se señalan, tendrán derecho a una renta anual, pagadera en dozeavos, a partir de la fecha de defunción del trabajador, o bien a partir del nacimiento del hijo póstumo derechohabientes, calculada sobre el salario anual que se determine que percibió el occiso, en el siguiente orden y condiciones:

a. (...)

Cuando el cónyuge supérstite fuere el marido, sólo tendrá derecho a rentas si justifica que es incapaz para el trabajo, y que no tiene bienes o rentas suficientes para su manutención;

b. (...)

c. Si no hubiera esposa en los términos del inciso a), la compañera del trabajador fallecido, que tuviere hijos con él, o que sin hijos haya convivido con éste por un plazo mínimo ininterrumpido de cinco años, tendrá derecho a una renta equivalente al 30% del salario indicado, durante el término de diez años, que se elevará al 40% si no hubiere beneficiarios de los enumerados en el inciso b) de este artículo. Para ello deberá aportar las pruebas que demuestren su convivencia con el occiso. Perderá el derecho a esa renta la compañera que contraiga matrimonio, o entre en unión libre;

ch) Una renta del 20% del salario dicho, durante un plazo de diez años, para la madre del occiso, o la madre de crianza, que se elevará al 30% cuando no hubiere beneficiarios de los que se enumeran en el inciso b) de este artículo; (...)" (El subrayado es agregado)

Otras disposiciones del Código de Trabajo, cuya modificación debería ser valorada por el Legislador, son las siguientes:

"Artículo 43.-

En ningún caso el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social podrá permitir que realicen contratos para trabajar fuera del país:

(...)

c. Los hombres casados, si no demuestran que dejan provisto lo necesario para el mantenimiento de sus mujeres e hijos, legítimos o naturales, o si el contrato no estipula que de los salarios habrá de rebajarse una suma suficiente para ese objeto, que será remitida mensualmente o pagada aquí a dichos familiares, y

d. (...)."

Artículo 95.- *La trabajadora embarazada gozará obligatoriamente de una licencia remunerada por maternidad,*

durante el mes anterior al parto y los tres posteriores a él. Estos tres meses también se considerarán como período mínimo de lactancia, el cual, por prescripción médica, podrá ser prorrogado para los efectos del artículo anterior.

Durante la licencia, el sistema de remuneración se regirá según lo dispuesto por la Caja Costarricense de Seguro Social para el "Riesgo de Maternidad". Esta remuneración deberá computarse para los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo. El monto que corresponda al pago de esta licencia deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono. Asimismo, para no interrumpir la cotización durante ese periodo, el patrono y la trabajadora deberán aportar a esta Caja sus contribuciones sociales sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia.

Los derechos laborales derivados del salario y establecidos en esta ley a cargo del patrono, deberán ser cancelados por él en su totalidad.

La trabajadora que adopte un menor de edad disfrutará de los mismos derechos y la misma licencia de tres meses, para que ambos tengan un período de adaptación. En casos de adopción la licencia se iniciará el día inmediato siguiente a la fecha en que sea entregada la persona menor de edad. Para gozar de la licencia, la adoptante deberá presentar una certificación, extendida por el Patronato Nacional de la Infancia o el juzgado de familia correspondiente, en la que consten los trámites de adopción.

Artículo 96.-

Dicho descanso puede abonarse a las vacaciones de ley pagando a la trabajadora su salario completo. Si no se abonare, la

mujer a quien se le haya concedido tendrá derecho, por lo menos, a las dos terceras partes de su sueldo o a lo que falte para que lo reciba completo si estuviere acogida a los beneficios de la Caja Costarricense de Seguro Social y a volver a su puesto una vez desaparecidas las circunstancias que la obligaron a abandonarlo o a otro puesto equivalente en remuneración, que guarde relación con sus aptitudes, capacidad y competencia. (El subrayado es agregado).

Adviértase, que en el caso de los numerales 95 y 96, cuando se alude a “*la trabajadora que adopte*”, evidentemente, emerge la duda de cómo regular el caso de la adopción efectuada por una pareja de mujeres trabajadoras (¿se les dará el beneficio a ambas o solo a una, en cuyo caso con base en qué parámetros se determinaría la beneficiaria?), así como si el mismo derecho se les reconocería a las parejas de hombres trabajadores.

También es razonable inquirir cómo debe adaptarse el Sistema Nacional para la Atención y Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Intrafamiliar (Ley N° 8688) a las relaciones entre personas del mismo sexo, cuando se dan situaciones de violencia en parejas de mujeres u hombres, habida cuenta que tal característica –que las personas sean del mismo sexo– evidentemente no exime de eventuales escenarios de violencia intrafamiliar.

Los anteriores son algunos ejemplos de las modificaciones o aclaraciones legislativas que resultan necesarias con motivo del rompimiento del paradigma objeto de esta acción, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico, desde sus orígenes, se edificó a partir del presupuesto jurídico (dogma) de que el matrimonio solo procede entre personas del mismo sexo, y a partir de ahí construyó todo un andamiaje jurídico-positivo, lo que se transforma sustancialmente con este pronunciamiento.

En tal sentido, igualmente debe mencionarse que el cambio de paradigma podría acarrear consecuencias en las funciones o competencias de diferentes instancias estatales, desde el Instituto Nacional de las Mujeres, el Instituto Mixto de Ayuda Social, el Patronato Nacional de la Infancia, la Caja Costarricense de Seguro Social, la Oficina de Control de Propaganda del Ministerio de Gobernación y Policía, la política crediticia de la banca estatal, entre muchas otras. De esta manera, tal como se expresó supra, el estado de cosas inconstitucionales detectado va más allá del impedimento regulado en el inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia, pues afecta numerosas normas e institutos jurídicos; por ello, los efectos de esta sentencia deben ser suficientemente comprensivos en aras de que el Legislador adecue el marco jurídico en los términos expuestos en el voto.

IX.- Según se manifestó, la Sala concluye que la norma impugnada es inconstitucional por violación al derecho constitucional y convencional a la igualdad, la cual se expande sobre el sistema jurídico-positivo e impide el reconocimiento legal pleno de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. El análisis anterior permite razonar que la implementación cabal de un sistema de igualdad no puede limitarse a la simple anulación de la norma impugnada, debido a que deviene inexorable regular todos los alcances y efectos derivados del reconocimiento jurídico al vínculo entre parejas del mismo sexo.

La adecuada comprensión del sistema democrático, del control y balance existente entre los Poderes de la República, trazado por los Constituyentes de esta Patria, obliga a reconocer que, al lado del principio de autocontención del juez constitucional, se encuentra la potestad de libre configuración del Legislador. Quien pretenda una Sala Constitucional omnipotente o un Legislador desvinculado de la Constitución Política, desconoce los más básicos elementos del sistema de pesos y contrapesos.

Este Tribunal carece de funciones legislativas propiamente dichas. Se le han asignado, más bien, competencias de legislador negativo. Es decir, tiene la potestad de eliminar una norma del ordenamiento jurídico por contravenir el bloque de constitucionalidad, mas no puede disponer una norma nueva ni variar el contenido de las existentes, cuya inconstitucionalidad no haya sido declarada. Incluso, la vía de la interpretación conforme, mediante la cual hermenéuticamente se puede, entre varios sentidos posibles, escoger aquel más ajustado al orden constitucional (evitando así la anulación de una norma), halla un límite infranqueable cuando la literalidad del texto positivo lo impide. Tales limitaciones a las potestades de esta Sala se hacen aún más patentes cuando lo detectado es, como en el caso de marras, un estado de cosas inconstitucionales, pues su remedio cabal requiere del accionar del Legislador en los términos competenciales que la Constitución le ha conferido.

La Sala enfatiza dos aspectos concretos. Por un lado y reiterando la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la situación normativa actual de Costa Rica reviste un carácter transitorio, toda vez que la magnitud de los cambios legislativos requeridos para satisfacer los criterios externados por ese órgano jurisdiccional de la Organización de los Estados Americanos (OEA) conllevará indefectiblemente la presentación de propuestas, la consulta a distintas instancias públicas y sectores de la sociedad civil, y la discusión en el seno parlamentario. La trascendencia de la nueva normativa implica un examen jurídico, axiológico y antropológico, así como una transición jurídica y cultural hacia los postulados planteados por la Corte IDH. Por otro, la Sala subraya que el sistema político costarricense es democrático y representativo, en cuyo marco no le corresponde a este Tribunal el rol de un legislador positivo con la competencia o la legitimación democrática

para aprobar los proyectos de leyes atinentes a lo requerido por la Corte IDH. Semejante función la ostenta de manera exclusiva la Asamblea Legislativa, que es tanto un órgano deliberativo como un foro de opinión para los diferentes actores de la sociedad civil, en el esquema de nuestro régimen político democrático:

“Debe tenerse presente que, dentro del diseño orgánico previsto en nuestra Constitución Política, la Asamblea Legislativa está llamada a constituirse en el máximo órgano representativo del pueblo y de las diferentes fuerzas políticas, sociales y económicas que conforman el Estado (artículos 1 y 105 de la Constitución Política), de forma que en su seno se expresa la pluralidad de cosmovisiones, pensamientos e intereses que integran la sociedad costarricense. Esta Sala ha señalado que “el Parlamento representa el foro propiciador de la concertación de criterios de las diversas fuerzas políticas” (sentencia 2006-3671 de las 14:30 minutos del 22 de marzo de 2006). Es en tal contexto que debe recordarse que el procedimiento parlamentario de formación de la ley supone una ordenación de actos sucesivos, dirigidos –entre otros extremos- a garantizar distintos momentos de reflexión, análisis y debate por parte de los diputados en ejercicio de su función representativa y que permiten la defensa de la pluralidad de intereses existentes en la sociedad civil y que se encuentran representados en la Asamblea Legislativa.” (Sentencia N° 2013-012014 de las 14:30 horas del 11 de setiembre de 2013).

Se apunta que la Sala, en realidad, no está innovando con este criterio, sino que constituye más bien una revaloración –a la luz de la jurisprudencia convencional y demás fuentes citadas– del criterio que ya había emitido en la citada sentencia N° 2006-7262 de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006:

“...es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales.” (El subrayado es agregado).

Asimismo, debe resaltarse que la interpretación convencional y sus implicaciones para el país fueron puestas en conocimiento mediante la notificación oficial de la opinión consultiva de la Corte IDH, efectuada el 9 de enero de 2018. Solo a partir de este momento, esto es de manera muy reciente, el Estado es consciente del contenido que la Corte IDH infiere del Pacto de San José y está en condiciones de poner en marcha el proceso de transición hacia una situación de conformidad convencional.

De ahí que este Tribunal estime necesario otorgar a la Asamblea Legislativa un plazo razonable, a fin de que adecue el marco jurídico nacional, con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo.

Se acota que la Sala ha optado por remitir el asunto a la Asamblea Legislativa, instándole a regular un tema concreto en un plazo dado, cuando la correcta adecuación del ordenamiento jurídico requiere el actuar del Legislador. Ergo, el tipo de sentencia exhortativa que se dicta en el *sub lite*, ha sido de uso común en las jurisdicciones constitucionales, como ya se explicó en el considerando anterior, pero también ya ha sido aplicado por la Sala Constitucional. Muestra de ello son las sentencias números 2010-11352 de las 15:05 horas del 29 de junio de 2010 y 2010-11637 de las 10:31 horas del 2 de julio de 2010 (al Poder Legislativo se le confieren 36 meses para normar la pérdida de credenciales por violación al deber de

probidad), 2008-01572 de las 14:54 horas del 30 de enero de 2008 (relacionada con el Instituto Costarricense contra el Cáncer; se otorga a la Asamblea Legislativa un periodo de 3 años para la creación de un instituto acorde con la doctrina constitucional), 2006-07965 de las 16:58 horas del 31 de mayo de 2006 (se concede un término de 3 años al Parlamento para definir a qué ente u órgano público debe ser adscrita la Dirección Nacional de Notariado, así como efectuar los ajustes legislativos en el Código de la materia para determinar el procedimiento de nombramiento y el órgano que designa al Director; en el ínterin, esa Dirección continuaría adscrita al Poder Judicial) y 2005-05649 de las 14:39 horas del 11 de mayo de 2005 (a la Asamblea Legislativa se le otorgan 6 meses para dictar la ley sobre el referéndum y la iniciativa popular).

La Sala reitera que la concesión de un plazo al legislador para remediar un estado de cosas inconstitucionales es usual en tribunales constitucionales, como se explicó en el considerando anterior.

Incluso, tal fenómeno se ha dado de manera específica, cuando tribunales constitucionales han resuelto conflictos de constitucionalidad relativos, particularmente, al reconocimiento legal de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo.

Primero, observamos que el 20 de diciembre de 1999, la Corte Suprema de Vermont conoció el caso *Baker v. Vermont* (744 A.2d 864), ocasión en la que decidió que las parejas del mismo sexo debían disfrutar los mismos beneficios, protecciones y obligaciones que las heterosexuales. Consciente de sus competencias, este Tribunal señaló que no pretendía infringir las prerrogativas del Cuerpo Legislativo de elaborar un medio apropiado para abordar el tema, y aseguró que un cambio repentino en las leyes matrimoniales o los beneficios legales tradicionalmente atribuidos al matrimonio podría tener consecuencias perturbadoras e imprevistas. Afirmó que la ausencia de directrices legislativas que definieran el estado y

los derechos de las parejas del mismo sexo, de conformidad con los requisitos constitucionales, podría resultar en incertidumbre y confusión. Por lo tanto, decidió que el esquema legal permaneciera vigente durante un periodo de tiempo razonable con el propósito de permitirle al Congreso, que considerara y promulgara legislación en la materia. Luego, en el 2000, el Congreso reaccionó a la resolución de marras y legisló para regular las uniones civiles entre personas del mismo sexo.

En el caso CCT 46/02 del 28 de marzo de 2003 (conocido como *J and Another v Director General, Department of Home Affairs and Others*), la Corte Constitucional de Sudáfrica estimó necesaria una legislación comprehensiva que regulara las relaciones de parejas del mismo sexo. Sin embargo, no emitió orden alguna en cuanto a ese punto. No obstante, años después, en los casos CCT 60/04 y CCT 10/05 del 1 de diciembre de 2006 (conocidos como *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another; Lesbian and Gay Equality Project and Others v Minister of Home Affairs and Others*), la Corte Constitucional de Sudáfrica concluyó que era inconstitucional la ausencia de medios para posibilitar que las parejas del mismo sexo gozaran del mismo estatus, derechos y responsabilidades que las parejas heterosexuales a través del matrimonio. De este modo, determinó que los avances legislativos no habían satisfecho lo requerido por la sentencia del citado caso CCT 46/02. Al decidir, la Corte cuestionó, si debía proveer un remedio inmediato a la inconstitucionalidad declarada o permitir que el Parlamento lo hiciera. En definitiva, concluyó que el caso requería de una apreciación legislativa estable, que tendría mayor probabilidad de lograr igualdad en el disfrute de derechos. En consecuencia, si bien la Corte verificó la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, suspendió la declaratoria de invalidez por 12 meses, a fin de permitir que el Parlamento corrigiera el defecto detectado.

El 18 de noviembre de 2003, en el caso *Goodridge v. Department of Public Health* (798 N.E.2d 941), la Corte Suprema de Massachusetts reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo y concedió 180 días al Poder Legislativo para tomar acciones apropiadas, a la luz de su pronunciamiento.

El 24 de mayo de 2017, por interpretación No. 748, la Corte Suprema de Taiwán (“Yuan Judicial”) declaró inconstitucional la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo y pidió a las autoridades competentes que enmendaran o implementaran las leyes necesarias de acuerdo con las consideraciones de su sentencia. En concreto, al “Yuan Legislativo”, parlamento unicameral de Taiwán, se le confirió el plazo de dos años para enmendar las leyes matrimoniales a fin de que fueran conformes a la Constitución; de incumplir, las parejas del mismo sexo podrán registrar sus uniones como matrimonios y ser tratados como tales por ley.

El 4 de diciembre de 2017, mediante sentencia G 258-259/2017-9, el Tribunal Constitucional de Austria declaró la inconstitucionalidad de las normas que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero mantuvo la vigencia de tal prohibición hasta el 31 de diciembre de 2018, esto es por el lapso aproximado de un año, dejando a salvo la eventualidad de que el legislador remediara la situación antes que venciera tal plazo. A la fecha del dictado de la resolución, el Partido Socialdemócrata de Austria ya había planteado un proyecto de ley desde el 9 de noviembre de 2017, que vino a sustituirlo por uno nuevo el 31 de enero de 2018; por su parte, el partido La Nueva Austria y Foro Liberal hizo lo propio el 13 de diciembre de 2017.

En la sentencia C-577/11 del 26 de julio de 2011, la Corte Constitucional de Colombia exhortó “...al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y

organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.” En cuanto al plazo para actuar, esa Corte expresó: “La duración del término en el cual se espera que el órgano representativo expida la regulación destinada a superar el déficit de protección depende de la importancia de la materia y en este caso la Corte observa que la ausencia de toda previsión tiene el efecto indeseable de prolongar la desprotección, pero también advierte que el Congreso requiere de un lapso suficiente para debatir un asunto controvertido y para darle el alcance que considere pertinente, de modo que la ponderación de las dos variables le permite concluir que dos legislaturas constituyen el tiempo adecuado para plantear y resolver el tema.” Acto seguido, en ese mismo pronunciamiento, la Corte concretó la fecha límite de cumplimiento para el 20 de junio de 2013, por lo que, en la práctica, al Congreso le confirió un término de 22 meses y 22 días. Sin embargo, el Congreso desoyó la sentencia constitucional, lo que llevó a la sentencia SU214/16 del 28 de abril de 2016, donde, finalmente, la Corte dictó la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en los siguientes términos: *“En conclusión: tomando en consideración que el Congreso de la República omitió legislar para poner fin al déficit de protección que aqueja a las parejas del mismo sexo en materia de formalización de su vínculo marital solemne, y con base en lo decidido en Sentencia C-577 de 2011, la Corte reitera que el referido vínculo contractual corresponde a la celebración de un matrimonio civil, en los términos del artículo 113 del Código Civil.”* Para tales efectos, consignó que estaba adoptando una sentencia de unificación en materia de uniones maritales solemnes entre parejas del mismo sexo.

En virtud de lo expuesto, al observar que las reformas legislativas requeridas para dar plena vigencia a las uniones entre personas del mismo

sexo y solucionar el estado de cosas inconstitucionales “...son fruto de una evolución jurídica...”, impulsada ahora, por primera vez y de manera contundente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero que este mismo organismo internacional (párrafos 226 y 227 de la opinión consultiva OC-24/17) admite que no pueden ser impuestas de manera inmediata e irreflexiva; y vista la potestad que ostenta la Sala de graduar y dimensionar los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad (artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad ya explicada en este pronunciamiento, se insta a la Asamblea Legislativa para que en el plazo de dieciocho meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo.

Como indicamos supra, la alternativa de constatar el estado de cosas inconstitucionales, pero no fijar un término para su solución, la consideramos del todo improcedente por razones de seguridad jurídica, toda vez que el remedio para restaurar el orden constitucional no puede ser formulado en términos indefinidos y vagos, cuando ya la constitucionalidad ha sido verificada y declarada. De otro lado, a la luz del principio de autocontención del juez constitucional y el respeto a la libre configuración del legislador, el dictado de una regulación provisional por parte de la Sala carece de plausibilidad, por tratarse de la ruptura con un dogma jurídico, sobre el cual históricamente se ha edificado una parte relevante del andamiaje jurídico-positivo vigente.

X.- Finalmente, este Tribunal retoma la doctrina establecida en la sentencia N° 1995-2313 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995:

“Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se

aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución... ”. (El subrayado no está incorporado en el original).

Según se expuso, en el *sub judice* se trata de otorgar mayores derechos a una minoría que es objeto de discriminación. En ese tanto, este Tribunal respalda la doctrina fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y valida su aplicación al *sub examine*.

Sin embargo, la tesis del mencionado voto 1995-2313 también lleva a esta Sala a concluir –en su rol de intérprete último de la Constitución Política, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico– que, en caso de conflicto jurídico-positivo con normas del derecho internacional, invariablemente se impondrá aquella normativa que, en el caso concreto, brinde mayor protección a los derechos humanos. De esta forma, las garantías y derechos reconocidos en la Constitución siempre prevalecerán, cuando su contenido protector sea más amplio que el previsto en cualesquiera instrumentos internacionales, toda vez que estos son la base mas no el techo de la evolución de los derechos humanos (Castilla Juárez, 2012; Sáiz Arnaiz, 1999). En tal sentido, se subraya que este Tribunal está en la obligación de velar por que el núcleo esencial de los derechos fundamentales resguardados en nuestra Carta Magna sea respetado, aunque, ciertamente, en esa tarea se debe procurar una interpretación

armoniosa con el derecho internacional de los derechos humanos. La propia Convención Interamericana invita a esta hermenéutica:

“Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.” (El subrayado es agregado).

En esta norma se encuentra no solo el respeto máximo al carácter evolutivo de los derechos humanos, sino a la soberanía y margen de apreciación de que goza un Estado en su derecho interno por voluntad del propio legislador convencional.

XI.- Conformación del criterio de mayoría en cuanto al plazo de 18 meses para la adecuación del marco jurídico nacional. Las consideraciones del texto integral de esta sentencia han mostrado la coincidencia de una mayoría, en cuanto a la procedencia de declarar con lugar la acción de inconstitucionalidad interpuesta. Sin embargo, también

se extrae la discrepancia existente en cuanto a las consecuencias jurídicas de dicha declaratoria. Se observa que sí hay una mayoría de la Sala – magistrados Rueda Leal, Salazar Alvarado, Hernández Gutiérrez y Esquivel Rodríguez- que se decanta por la consecuencia jurídica de instar a la Asamblea Legislativa a adecuar el marco jurídico con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo. No obstante, también se denota discrepancia a lo interno de esa mayoría en torno a la fijación de un plazo en la exhortación efectuada al órgano legislativo. Una posición es asumida por los magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez, quienes estiman procedente establecer un plazo de 18 meses para efectuar tal adecuación –de acuerdo con la explicación contenida en su voto-; el segundo criterio proviene de los magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez, quienes se decantan por prescindir de tal plazo, según la aclaración que efectuaron oportunamente. También existe una posición de minoría en cuanto a los efectos jurídicos de la declaratoria de inconstitucionalidad, conformada por los magistrados Cruz Castro y Hernández López, quienes estiman que la consecuencia necesaria de tal declaratoria es la anulación inmediata del impedimento contenido en el inciso 6 artículo 14 del Código de Familia. Ahora bien, al ser este un criterio de minoría y ante la necesidad de establecer efectos jurídicos claros para el voto de mayoría, dichos magistrados valoran que, entre los dos criterios de mayoría supracitados, la posición de los magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez es la que contiene mayores garantías para los derechos humanos, toda vez que establece previsibilidad en cuanto al plazo fijado para la Asamblea Legislativa, lo que redundará en seguridad jurídica y mayor protección para las personas afectadas por la norma inconstitucional. En virtud de estos razonamientos, los magistrados Cruz Castro y Hernández López se adhieren al criterio mencionado para que haya voto de toda conformidad y, consecuentemente, instan a la

Asamblea Legislativa en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia, lo que constituye el criterio de mayoría de esta Sala.

XII.- Voto salvado parcial y razones separadas de la Magistrada Hernández López

Conuerdo con los razonamientos jurídicos de los accionantes que reclaman un derecho al matrimonio en igualdad de condiciones frente a la ley, como instituto del derecho civil, por aplicación del derecho convencional, a partir de la Consulta OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Respetuosamente me separo de los razonamientos de los restantes integrantes del Tribunal para fundamentar su estimación de la inconstitucionalidad del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia. En particular, estimo que la opinión consultiva de la Corte Interamericana y el derecho convencional obligan al Estado costarricense al reconocimiento del derecho de igual acceso al matrimonio, **en forma inmediata**, desde la notificación de la citada opinión consultiva para lo cual las parejas del mismo sexo que deseen contraer matrimonio deberán tener acceso al mismo trato frente a la ley, en la regulación de esta figura jurídica, es decir con los mismos efectos que para las parejas heterosexuales que contraen matrimonio civil. Sin embargo, en este punto, como señala la parte dispositiva de la sentencia, el magistrado Cruz Casto y la suscrita, hemos sumado nuestra voluntad para lograr un voto de toda conformidad en cuanto a los efectos de la inconstitucionalidad y el plazo otorgado a la Asamblea Legislativa, todo con el objetivo de conformar una mayoría en la

votación como lo exige la ley. Cada uno dará las razones de su posición. De seguido expongo el fundamento de mi voto:

I.- La Sala Constitucional está regulada en el artículo 10 de la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional. La normativa establece que estará integrada por 7 propietarios y sus decisiones se tomarán por mayoría. Supletoriamente se le aplican otros ordenamientos jurídicos en lo que resulten compatibles. En ese sentido, la legislación costarricense tiene regulado en los artículos 170 y 171 del Código Procesal Civil la figura de la discordia y del “voto conforme de toda conformidad” que establece la necesidad de que los votos de un Tribunal se den por mayoría de votos. Si existe una discordia que no permite alcanzar ninguna mayoría (a favor o en contra, por ejemplo), se autoriza a los jueces a que se sumen a una determinada tesis para conformar esa mayoría y permitir la resolución del caso, sin que exista responsabilidad para ellos y de ello se dejará constancia. En este caso lo hacemos a través de nuestros votos razonados particulares. Precisamente en esta acción, luego de largas horas de discusión, sin poder llegar a una mayoría en cuanto a los efectos y las consecuencias de la estimación de la sentencia, los suscritos magistrados Cruz Castro y Hernández López, nos unimos a la posición de los Magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez quienes estiman procedente establecer un plazo de 18 meses para efectuar la adecuación del ordenamiento jurídico para corregir la omisión inconstitucional ocasionada por la falta de regulación del matrimonio igualitario, de acuerdo con la explicación dada en su voto. Nuestra posición es que a partir de la notificación de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana citada y del derecho convencional, ese reconocimiento debe ser de aplicación inmediata; no obstante, con el fin de conformar una mayoría (según se explicó) suscribimos la tesis de los magistrados Rueda Leal y Esquivel

Rodríguez en cuanto al plazo, tal y como consta en la parte dispositiva de la sentencia, por ser esa la tesis que, después de la nuestra, mejor tutela el derecho reclamado por los accionantes. La posición de estimar en abstracto esta acción -sin plazo-, desde nuestra perspectiva, deja en un limbo jurídico a los accionantes porque, no pueden recurrir al sistema interamericano (al haber sido estimada la acción a nivel interno) y pueden quedar sujetos de manera indefinida a la inercia de la Asamblea Legislativa que ya lleva 11 años de inacción desde que la Sala Constitucional le señaló que existía una omisión en la materia que requería regulación (sentencia **07262-2006**).

Es importante aclarar que el número de integrantes de la Sala Constitucional, y la forma que se adoptan las decisiones en esta jurisdicción, están fijados por la Constitución y por ley especial, de tal forma que no resulta aplicable la ampliación de jueces que regula el Código Procesal Civil para estos supuestos de discordia, porque esa es una regulación de rango legal para tribunales ordinarios, que no puede tener el efecto de modificar la integración dada por Constitución, ni por ley especial a esta jurisdicción. Es en virtud de lo señalado, que los suscritos magistrados Cruz Castro y Hernández López nos adherimos al criterio mencionado en el voto de Rueda Leal y Esquivel Rodríguez para que haya un voto de toda conformidad, según consta en la parte dispositiva de la sentencia, pero únicamente en cuanto al dimensionamiento y efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, no así de la totalidad de sus motivaciones.

Seguidamente expongo las razones para estimar por el fondo la acción y declarar inconstitucional el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia.

2.-Existe un derecho al trato igual frente a la ley, de parejas del mismo sexo como derecho convencionalmente reconocido y por lo

tanto vinculante para nuestro ordenamiento jurídico. Siendo coherente con el razonamiento jurídico expuesto en mi voto salvado de la sentencia número 2014-003715 (caso conocido como de la Fertilización in Vitro), estimo que en el caso costarricense, no existe discusión de que las consultas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial las formuladas por el Estado costarricense, tienen fuerza vinculante. En efecto, el texto del Convenio sede (Convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente en nuestro país, con la promulgación de la Ley 6889 del nueve de septiembre de 1983), en su artículo 27 señala que las resoluciones (en general, no dice que sólo sentencias) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que la dictada por los tribunales costarricenses. Señala expresamente el artículo 27:

“Artículo 27.- Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses”.

La norma utiliza el término “resoluciones” en sentido genérico, para incluir aquellas que no se refieren sólo a casos contenciosos, es decir a sentencias, de lo contrario las habría especificado como tales, además incluye como vinculantes incluso las dictadas en forma unipersonal por su Presidente, las cuales son simples resoluciones.

Cito nuevamente -como lo señalé en el voto salvado citado de la sentencia de la FIV-, lo expuesto por el propio Magistrado Castillo Víquez en su voto salvado a la resolución 2013-12801 de esta Sala de las catorce

horas cuarenta y cinco minutos del veinticinco de setiembre de dos mil trece, sobre este tema (Se advierte que para facilidad del lector se han omitido las referencias y notas al pie existentes en el texto original):

“En el caso del Estado de Costa Rica, cuando se discutió en la Asamblea Legislativa el Convenio Sede con la CIDH, no así la CADH que no suscitó mayor discusión, el que en su numeral 27 puntualiza que las resoluciones de la Corte o, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tienen la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses, algunos diputados expresaron alguna preocupación por esta norma, incluso, el diputado Ulloa Varela expresó que: “(...) viene a ser una Corte sobre la Corte nuestra” Otro diputado manifestó, concretamente el diputado Azofeifa Víquez, que esa norma podía atentar contra la autoridad del Poder Judicial. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la sesión del 26 de abril de 1982, artículo XI.VIII, expresó a la Asamblea Legislativa, al pronunciarse sobre la consulta constitucional del numeral 167 constitucional, lo siguiente:

“Sobre este artículo es necesario hacer las dos siguientes observaciones:

El texto se refiere a las resoluciones de la Corte o de su Presidente, ‘en su caso’. Se supone que, en cuanto al Presidente, se tratará de resoluciones de trámite o de mera ejecución; es decir, dictadas éstas últimas para lograr que se ejecute una decisión firme de la Corte. Es

obvio que el Presidente no podría dictar otras resoluciones, las cuales son atribución exclusiva de la Corte.- La Convención Interamericana de Derechos Humanos guarda silencio acerca de las resoluciones que pueda o corresponda dictar al Presidente; y es necesario que en este nuevo convenio se diga en qué casos puede actuar el Presidente, a fin de que los tribunales costarricenses puedan dar cumplimiento a esas resoluciones.-

También habla ese artículo 27 de que las resoluciones de la Corte 'tendrán la misma fuerza ejecutiva o ejecutoria que las dictadas por los Tribunales costarricenses'.

Hay que entender que esas resoluciones con fuerza ejecutoria son las sentencias que dicte la Corte, de acuerdo con los artículos 67 y 68 de la Convención sobre Derechos Humanos, concretamente cuando se trate de las indemnizaciones compensatorias a que se refiere el artículo 68, en cuyo caso lo dispuesto 'se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado'.-

No se ve cuáles otras sentencias podrían hallarse en este caso; por lo menos el Convenio no lo determina, y en esta materia es conveniente que las normas sean bien precisas, para que no se produzcan ulteriores conflictos o problemas acerca del carácter ejecutorio que tendrán los fallos de la Corte Interamericana en relación a los tribunales costarricenses.

En resumen, el artículo 27 debe redactarse en dos párrafos:

Uno para indicar cuáles son las resoluciones 'con fuerza ejecutiva' que pueda dictar el Presidente de la Corte; y otro para referirse allí,

separadamente, a las resoluciones 'con fuerza ejecutoria' dictadas por la Corte".

El Juez de la CIDH, Piza Escalante, compareció ante la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, y en las sesiones n.º s. 151 y 152 del 19 de octubre de 1982, entre otras cosas, manifestó lo siguiente:

"Se especificó un poco más en el Convenio [se refiere al de la Sede de la CIDH] que las resoluciones de la Corte o del Presidente en materia de su competencia, tendrán fuerza ejecutiva en el país; y la duda de la Corte [se refiere a la Corte Suprema de Justicia] fue respecto de cuáles serían esas resoluciones del Presidente o esas resoluciones de la Corte [se refiere a la CIDH] que no fueran sentencia. En esto no podemos hacer otra cosa que remitirnos – porque es nuestro Estatuto- a las normas que tiene la Corte establecidas, establecidas de conformidad con la Convención y de conformidad con el Estatuto aprobado por la Asamblea General de la OEA.(...)"

De lo anterior no cabe duda que el carácter de ejecutorias lo tienen las sentencias comunicadas a las autoridades -incluso jurisdiccionales-, y como en casos contenciosos, en lo demás como lo indica Piza Escalante, no cabe más que remitirse al propio estatuto, es decir a las disposiciones que regulan la materia, naturalmente una de ellas es el Estatuto y otro las resoluciones de la propia Corte que no se puede discutir que constituyen a su vez fuente de derecho. En el caso de las consultas, como bien lo señaló la Sala en la sentencia 2313-95, no tendría sentido, que el Estado

costarricense voluntariamente decidiera formar parte del sistema interamericano de derechos humanos, aceptando su competencia por encima de sus tribunales nacionales, si a la hora de consultar cómo debe interpretarse o aplicarse una determinada norma de la Convención, ignora sus postulados o actúa en contra. En ese sentido me parece correcta y hasta visionaria la tesis expresada en su oportunidad por la Sala al señalar:

“VI.- Ahora bien, si la Corte elogió el hecho de que Costa Rica acudiera en procura de su opinión, emitida hace diez años, resulta inexplicable lo que desde aquella fecha ha seguido sucediendo en el país en la materia decidida, puesto que las cosas han permanecido igual y la norma declarada incompatible en aquella ocasión, ha gozado de plena vigencia durante el tiempo que ha transcurrido hasta la fecha de esta sentencia. Eso llama a la reflexión, porque para darle una lógica al sistema, ya en la Parte I, la Convención establece dentro de los deberes de los Estados, respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio (artículo 2). Especialmente debe transcribirse lo que dispone el artículo 68:

"1. Los estados partes en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes..."

Si se pretendiera que tal norma, por referirse a quienes "sean partes", solamente contempla la situación de los casos contenciosos, la Corte Interamericana misma ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones también a la materia consultiva (OC-3-83), y en el caso bajo examen **no le cabe duda a la Sala que Costa Rica asumió el carácter de parte en el procedimiento de consulta, toda vez que ella misma la formuló y la opinión se refiere al caso específico de una ley costarricense declarada incompatible con la Convención.**

Por lo tanto, se trata de una ley (la norma específica) declarada formalmente ilegítima. Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años.-

VII.- No puede ocultarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasiones parece distinguir entre los efectos de una opinión consultiva y una sentencia propiamente tal, no tanto por lo que puede obedecer a un punto de vista estrictamente formal, sino más bien pensando en que la vía consultiva se puede convertir en un sustituto encubierto e indebido del caso contencioso, soslayándose así la oportunidad para las víctimas de intervenir en el proceso. En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo

que esta Sala tiene ahora para resolver, debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que **las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan** (artículo 7.1.).

En los propios antecedentes de este asunto, está claro que fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia toma inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mantenerse una colegiatura -obligatoria- para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. En otras palabras, la tesis de "la fuerza moral de la opinión consultiva", si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente respecto de otros países -Estados- que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta. Pero aplicada al propio Estado consultante, **la tesis suena**

un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta - Opinión Consultiva- la puede archivar aquél lisa y llanamente.

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley N° 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. **Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación.** Ciertamente, no ha sucedido así y desde hace ya casi diez años, como se dijo, el Estado costarricense ha mal disimulado su deber a acatar lo dispuesto por la Corte, la que precisamente se pronunció ante la propia petición de este país.-

VIII. Es necesario agregar que, por virtud de la reforma a la Constitución Política, se crea la Sala Constitucional, la cual entre sus amplias competencias tiene la de "**declarar la inconstitucionalidad de las normas**" (artículo 10). A su vez, la Ley de la Jurisdicción Constitucional desarrolla esa competencia y solamente para señalar dos ejemplos, dispone:

"Artículo 1º. La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y los del derecho

internacional o comunitario vigente en la República, la uniforme interpretación y aplicación de los mismos y los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica."

"Artículo 2°. Corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

a)...

b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como de la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad..."

Se hace más que notorio que la Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país. Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-05-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia."

2-. El control de convencionalidad incluye la competencia no contenciosa, por lo que las opiniones consultivas resultan vinculantes para los Estados, en particular para aquellos que la formulan.

Pero, en todo caso, si había duda en algún sector de los operadores jurídicos nacionales, recientemente la Corte Interamericana señaló, en la Opinión Consultiva OC-25/18 del 30 de mayo del año 2018 que los diversos órganos del Estado, todos, están obligados a realizar el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de su competencia no contenciosa o consultiva. Esa resolución, tiene para nuestro país, un efecto vinculante por ser una disposición que le imprime mayor fuerza a nuestro compromiso adquirido en la Ley que regula el Convenio sede, y también en general, como país integrante del Sistema Interamericano. En lo que interesa señala:

“58. La Corte estima necesario, además, recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos incluidos los poderes judiciales y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos, genera responsabilidad internacional para aquél. **Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre de la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa, o consultiva,** la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es “la protección de los derechos humanos de los seres humanos” (Corte IDH Opinión Consultiva OC-25/18 del 30 de mayo del año 2018. Lo resaltado no corresponde al original)

Es decir, la Corte la opinión consultiva supra citada, viene a ratificar lo que la Sala Constitucional en la citada sentencia 2313-95 había dicho en forma unánime desde hace más de 20 años.

Por su parte, en la Consulta OC-24, la Corte, expresamente reconoce el derecho al matrimonio civil como derecho para parejas del mismo sexo, al señalar:

199. La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que *puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo*. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales (supra párr. 198).

228. Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos

de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna. (El resaltado no es del original).

3-. La Discriminación por razón de la orientación sexual está prohibida constitucional y convencionalmente.

Sobre el tema, la Sala Constitucional tiene una línea jurisprudencial muy clara sobre la prohibición de discriminar por orientación sexual a las personas. Seguidamente cito alguna de esas sentencias a manera de referencia. Inicio con la sentencia que declara contrario a la Constitución Política, la discriminación por orientación sexual (18660-2007), así como el derecho de las parejas del mismo sexo a tener una regulación jurídica de sus derechos patrimoniales -incluso señalando la obligación de la Asamblea de suplir esa omisión- (07262-2006) y reconocer expresamente ese derecho como derecho humano; también en su momento se anuló por inconstitucional una propuesta de referéndum sobre el tema (13313-2010), indicando que en esta materia, por tratarse de derechos humanos, es prohibido someter el tema a consulta popular vía referéndum, lo cual necesariamente implica, que reconoce el derecho, en este caso a la unión

civil como un derecho fundamental, de lo contrario, habría tenido que permitir que el referéndum siguiera adelante. Pero la lista de casos en que la jurisprudencia constitucional costarricense ha actuado para proteger contra actos discriminatorios a las personas por su orientación sexual, abarca muchos otros temas, como es la sentencia 5934-97 mediante la cual la Sala obligó a la Caja Costarricense de Seguro Social a dar acceso a las personas con VIH/Sida al tratamiento de antirretrovirales. Hay que recordar que las autoridades de salud, alegaron que desde el punto de vista costo beneficio, sería ruinoso para el sistema de seguridad social dar acceso a esos medicamentos. El tiempo demostró que no sería así, y que no existían razones objetivas para que este grupo de personas en particular no tuviera acceso a su atención a la salud en la forma prescrita por sus médicos tratantes. También está la sentencia que anuló un reglamento penitenciario que impedía la visita íntima a parejas homosexuales (13880-11). Se mencionan estos como ejemplos de la reiterada posición de esta Sala en la protección contra la discriminación sexual, sin que se trate de una lista exhaustiva de casos.

Transcribo seguidamente algunas de las sentencias a las que he hecho referencia, en lo que resulta relevante:

a) orientación sexual

“V.- Sobre la discriminación sexual. A través de su línea jurisprudencial esta Sala ha reconocido como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. 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 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, pues tienen derecho a acceder a cualquier establecimiento comercial y a recibir un trato igual, sin discriminación en razón de su preferencia sexual (18660 2007)".

b) Es prohibido hacer referéndums en materia de derechos humanos. Se prohíbe al Tribunal Supremo de Elecciones, autorizar un referéndum en materia de derechos de las personas del mismo sexo. (13313- 2010).

En este caso la Sala declaró con lugar la acción interpuesta e indicó que los derechos humanos no pueden ser sujetos a un referéndum. En la sentencia, detalló en cuanto a la naturaleza de los derechos de las minorías o grupos en desventaja que estos "*derechos humanos, fundamentales y de configuración legal de los grupos minoritarios o en desventaja, por haber sufrido, tradicionalmente, discriminación, sanción, exclusión y toda clase de prejuicios sociales -como ocurre con el de los homosexuales-, surgen a partir movimientos de reivindicación de éstos, ordinariamente, contra mayoritarios, dada la insistencia e inclinación natural de las mayorías por mantener y perpetuar cualquier discriminación y trato asimétrico. Los*

poderees públlicos, de su parte, 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 (13313 2010)''.

Como consecuencia de este voto, la recolección de firmas para el referéndum fue cancelada y este no se realizó. La Sala una vez más resaltó la responsabilidad del legislador, al indicar que debe ser éste quien regule la unión de personas del mismo sexo y, al declarar dicho referéndum como inconstitucional por versar sobre derechos fundamentales de una minoría, la Sala tuvo que haber considerado el instituto jurídico de la unión de personas del mismo sexo como un derecho humano, de otra forma no tendría sentido el voto emitido, de declarar inconstitucional el referéndum sobre esa materia. En definitiva, sólo podría ser inconstitucional el referéndum en cuestión, sobre el reconocimiento de derechos a parejas del mismo sexo, si éste tema es considerado un derecho humano (trato igual frente a la ley), de otra forma, la acción habría sido declarada sin lugar (13313 2010).

- c) Sentencia 07262-2006. Existe un derecho a la regulación de los efectos patrimoniales y personales de las uniones del mismo sexo. El legislador está obligado a suplir la omisión del legislador de regular los efectos personales y patrimoniales de las uniones del mismo sexo.**

“la naturaleza y evolución histórica del matrimonio (que permite llegar a la conclusión contraria a las pretensiones del accionante), esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello, se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario...

Esto se indica, además, porque en la documentación que corre agregada en autos, y según lo expresado en la audiencia oral llevada a cabo durante la sustanciación de este proceso, algunos países han ido promulgando leyes (en sentido formal) que han dotado de un marco jurídico y ciertas formalidades a estas uniones, con el propósito de que tengan efectos jurídicos específicos en relación a las personas que las llevan a cabo. Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales”.

d) Es inconstitucional y discriminatorio negar acceso a la atención a la salud y a antirretrovirales a pacientes en razón con VIH/SIDA.

En este caso el recurrente estaba internado en el Hospital México de la

Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), diagnosticado con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). De acuerdo con sus médicos, su única esperanza de recuperación es que utilizara lo que en ese entonces era la medicina disponible, es decir, los nuevos medicamentos antirretrovirales, que la CCSS no proporciona por no estar en la lista oficial de medicamentos. Según los doctores del recurrente, ese tratamiento produce un bienestar general al reducir los niveles del virus VIH en la sangre y elevar los de las células protectoras. "Las personas que han recibido este tratamiento recuperan en corto plazo su salud y regresan a su vida productiva o estudiantil. Estos medicamentos hacen la diferencia entre una persona incapacitada y una trabajadora, y pueden establecer la diferencia entre la vida y la muerte." No obstante la C.C.S.S se negó a proporcionar los medicamentos indicando que su costo era muy elevado, que no se encuentran en la lista oficial de medicamentos porque "dicho listado comprende a aquellos medicamentos que han sido seleccionados o establecidos como necesarios o esenciales en un determinado contexto sanitario, donde por "esencial" se entiende "Aquel medicamento que satisface los cuidados de salud necesarios para la mayoría de la población, en este caso de nuestro país" (negritas son del original)."

La Sala declaró con lugar el recurso con las siguientes argumentaciones:

"Como se nota, la literatura científica es clara en el sentido de que el panorama de tratamiento del SIDA definitivamente no es hoy el mismo que el de hace cinco años. La Sala tiene presente que no existe aún una cura definitiva, pero –como bien lo indicó el Dr. Salom Echeverría– la inexistencia de un remedio nunca ha sido (ni, agregamos, podría ser) el parámetro que determine a quién se da tratamiento y a quién no. Si lo fuera, es claro que otras diversas dolencias (sobresalen entre ellas algunas

formas de cáncer) sumirían a quienes las padezcan en el mismo estado de desesperación y oscuridad que caracteriza hoy en Costa Rica a los enfermos de SIDA. Si, por su parte, se tomara como criterio delimitador el de la importancia del fenómeno del SIDA desde una perspectiva epidemiológica, sería ineludible arribar a conclusiones similares. El informe de la Dra. Gisela Herrera es igualmente claro a este efecto. Partiendo de las estadísticas del Sistema de Vigilancia Epidemiológica, sostiene ella que en 1995 murieron más personas en Costa Rica por causa del SIDA (29,5%) que por otras enfermedades si se quiere más "tradicionales" y que son también de denuncia obligatoria, tales como la diarrea (27%), la tuberculosis (15,3%), la meningitis (8,2%) o las hepatitis virales (5,8%). De hecho, como se ve, el porcentaje de aquél es superior al de estas últimas tres sumadas. Y si se consideran otras enfermedades sexualmente transmisibles, la sífilis guarda una distancia abismal (0,62%). Así las cosas, no puede haber duda de que el SIDA juega un papel preponderante en los datos nacionales de mortalidad. Este hecho, por sí sólo, exige de las autoridades nacionales una postura clara y acciones inmediatas y consecuentes.

V.- Conclusión. De lo expuesto se sigue que la Sala debe adaptar su jurisprudencia previa a las circunstancias actualmente imperantes. Esto exige reconocer y afirmar que la prestación de efectivo auxilio médico a los enfermos de SIDA es un deber del Estado costarricense, derivado de los conceptos de justicia y solidaridad que impregnan al régimen de seguridad social contenido en la Constitución Política y de la misión que ésta le encomienda a la Caja Costarricense de Seguro Social. La Sala entiende que esta decisión puede colocar a las autoridades de esa institución en un estado de congoja en lo que toca a llevarla a su correcto cumplimiento. En efecto, las crisis pueden significar –para emplear las palabras de la representante de la recurrida– el principio del fin de personas y entidades.

Pero, teniendo en cuenta el grado de madurez y experiencia desarrolladas por la CCSS durante su medio siglo de existencia, así como su probada capacidad de enfrentar y responder a los retos que plantea el cuidado de la salud pública, la Sala espera que esta crisis en particular sea más bien el acicate que produzca las nuevas respuestas que esperan los enfermos de SIDA y la sociedad costarricense en general."

e) Reconocimiento a la igualdad en el derecho a la visita íntima de privados de libertad homosexuales con respecto a los heterosexuales, considerando que limita el derecho a la autodeterminación sexual de privados de libertad homosexuales. (Sentencia 13800 2011)

En este caso, la Sala declaró inconstitucional el artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo Número 33876-J, el cual establece que los privados de libertad únicamente podrán recibir visita íntima por personas de distinto sexo al suyo. Al respecto la Sala señaló que:

"la norma impugnada sí quebranta el principio de igualdad. Este Tribunal ha reconocido ampliamente que un principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de nuestro país es el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Pero ¿qué implica ese principio?, en palabras simples, implica dar un trato igual a iguales y desigual a desiguales, por lo que es constitucional reconocer diferencias entre personas o grupos de ellas, claro está, siempre y cuando, exista una diferenciación justificada de forma razonable y objetiva. Por lo tanto, la dignidad humana no puede violentarse a través de normas legales que no respeten el derecho inalienable que tiene cada

persona a la diversidad, tal como sucede con la norma que se impugna en la presente acción, la cual establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva, pues se basa en criterios de orientación sexual, discriminando ilegítimamente a quienes tienen preferencias distintas de las de la mayoría, cuyos derechos o intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos. Tomando en cuenta que la norma tiene como fin el permitir el contacto de con el mundo exterior con el objeto de consentir la libertad sexual de los internos, la diferencia de trato no se encuentra justificada, toda vez que los privados de libertad con una orientación sexual hacia personas del mismo sexo, se encuentran en la misma situación fáctica de los privados de libertad con una orientación heterosexual, situación que resulta contraria no solamente al derecho de igualdad, sino también al derecho que tienen los privados de libertad de ejercer su derecho a comunicarse con el mundo exterior por medio de la visita íntima. Con base en las razones anteriormente expuestas, esta Sala estima que la frase "que sea de distinto sexo al suyo" del artículo 66 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario, resulta a todas luces contrario al artículo 33 de la Constitución Política, por cuanto limita el derecho de autodeterminación sexual de los privados de libertad homosexuales".

f) Sentencia 12703-2014. Prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual. Igualdad de trato y no discriminación de acceso a los beneficios del Colegio de Abogados con base en la orientación sexual diversa de la pareja.

Se trata de un recurso de amparo interpuesto por un abogado contra el Colegio de Abogados, por rehusarse este a extender un carné a su pareja, una persona de su mismo sexo, con el fin de que pudiera hacer uso de las

instalaciones, beneficios y derechos que dicha corporación otorga a las parejas de sus agremiados. Para el recurrente esto es una violación del derecho de igualdad o discriminación contenido en el artículo 33 de la Constitución Política y, en otros tratados internacionales ratificados por Costa Rica. Se determinó que el Colegio incurrió en una diferenciación de trato del recurrente y su pareja respecto de las parejas heterosexuales de los colegios, basado únicamente en la orientación sexual diversa de la persona, de tal forma que así violó el principio de igualdad y no discriminación.

“IV.- SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL. Tradicionalmente, las personas que conforman la población LGTB (siglas que designan, colectivamente, a lesbianas, gais, bisexuales y transexuales) han sido sujetos de acciones discriminatorias, sea, por acción u omisión por parte de autoridades públicas como por parte de terceros. Lo anterior, pese a que conforme nuestro ordenamiento jurídico, toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona resulta contraria a la dignidad humana y al principio de igualdad. La orientación sexual es un aspecto esencial de la identidad de la persona, cuya protección se ha ido reconociendo a partir de la interpretación de las disposiciones de diferentes instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, las cuales prohíben la discriminación basada en el sexo. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26 establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento

o cualquier otra condición social.”; de igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, establece que ‘todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley’ (artículo 24). No obstante, en el sistema universal de protección de las Naciones Unidas, existe una declaratoria específica conocida como los Principios de Yogyakarta, cuya denominación completa es Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, presentado en el 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra. El documento contiene una serie de principios que pretenden marcar estándares básicos para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas que conforman la población LGBT. En su principio 2 se establecen los derechos a la igualdad y a la no discriminación, según los cuales “todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.” Una proclama como esta visibiliza la necesidad de tutelar la libre orientación sexual y la identidad de género dadas las violaciones de derechos humanos, marginación, estigmatización y prejuicios que sufre esta población. Este Tribunal, en su función protectora de derechos fundamentales, ha tutelado la orientación sexual de las personas como parte del respeto a la dignidad humana y al principio de igualdad. Así, en la sentencia No. 2007-018660 de las 11:17 horas de 21 de diciembre de 2007 y en otras posteriores, este Tribunal ha reconocido “(...) como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier

tipo de discriminación contraria a esa dignidad. 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 concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país". De igual forma, en la sentencia No. 2011-13800 de las 15:00 horas de 12 de octubre de 2011, en la cual se acogió la acción de inconstitucionalidad planteada en contra del artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo No. 33876-J que limitaba la visita íntima de las personas privadas de libertad al contacto con una persona de sexo distinto al suyo, esta Sala sostuvo: "(...) la dignidad humana no puede violentarse a través de normas legales que no respeten el derecho inalienable que tiene cada persona a la diversidad, tal como sucede con la norma que se impugna en la presente acción, la cual establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva, pues se basa en criterios de orientación sexual, discriminando ilegítimamente a quienes tienen preferencias distintas de las de la mayoría, cuyos derechos o intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos. Tomando en cuenta que la norma tiene como fin el permitir el contacto de con el mundo exterior con el objeto de consentir la libertad sexual de los internos, la diferencia de trato no se encuentra justificada, toda vez que los privados de libertad con una orientación sexual hacia personas del mismo sexo, se encuentran en la misma situación fáctica de los privados de libertad con una orientación heterosexual, situación que resulta contraria no solamente al derecho de igualdad, sino también al derecho que tienen los privados de libertad de ejercer su derecho a comunicarse con el mundo exterior por medio de la

visita íntima” (el énfasis es agregado). Aun cuando en este contexto jurídico, la realidad de la población LGTB se ha hecho más visible, todavía subsisten resistencias sociales y culturales que se proyectan más allá de los ámbitos y espacios privados y se plasman en actuaciones administrativas e incluso, en normas jurídicas que restringen los derechos de estas personas. Por lo anterior, la diversidad sexual y sus manifestaciones concretas en la vida social exigen un reconocimiento jurídico que no puede eludirse en un Estado que tiene como pilar fundamental el respeto a la dignidad humana.”

Sobre este mismo tema, la Corte Interamericana ha sido clara en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile* (24 de febrero de 2012), que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. En dicha sentencia, la Corte IDH dispuso que:

“ 91. (...) 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.” (El resaltado no es del original).

“120. El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las

cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos."

Mientras que en el caso *Duque vs Colombia* cuya sentencia se dictó el 26 febrero del año 2016, la Corte IDH estableció que:

"91.(...) los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias."

En la misma línea, se continuó diciendo que:

123. (...) *la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.* El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales

contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana. (El resaltado no es del original).

También la Sala ha estimado reiteradamente casos contra sujetos de derecho privado, por discriminación debido a la orientación sexual de las personas. A manera de ejemplo, está la sentencia 8724-11 en la cual un recurrente, reclamó un trato discriminatorio, porque el 24 de marzo de 2011, mientras él y su pareja del mismo sexo consumían un refresco en el bar del Bingo Multicolor, se dieron la mano, motivo por el que un guarda y el gerente del local los aperebieron salir del lugar sino cesaban con tal comportamiento. Comprobado el agravio, se declaró con lugar el recurso. De igual forma, en la sentencia 6203-12, se estimó un caso contra un centro comercial, luego de comprobarse que una pareja del mismo sexo fue obligada por oficiales de seguridad privados a abandonar el establecimiento por supuestas escenas amorosas con pareja, las cuales explica, eran normales. En ese caso se alegó que la administración del Mall lo trató de forma distinta, se negó a atenderle y a explicarle directamente las razones por las cuales no podía permanecer en el establecimiento comercial, mucho menos, le mostraron el Reglamento del condominio en el cual constara la prohibición que los oficiales de seguridad alegaban. El recurrente reclamó que él y su novio, por su orientación sexual, fueron expuestos a una situación vergonzosa y humillante frente a los demás individuos que se encontraban en el Mall. El caso se declaró con lugar. En lo que interesa se señaló:

“IV.- Sobre el fondo. A través de su línea jurisprudencial esta Sala ha reconocido como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier

tipo de discriminación contraria a esa dignidad. 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 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, pues tienen derecho a acceder a cualquier establecimiento comercial y a recibir un trato igual, sin discriminación en razón de su preferencia sexual (ver sentencia No. 2007-018660 de las 11:17 hrs. de 21 de diciembre de 2007).

IV.- Tal y como se expuso en la sentencia No. 2011-08724 de las 09:18 hrs. de 1º de junio de 2011, a efectos de resolver este tipo de discriminación por orientación sexual, resulta fundamental determinar, por una parte, si la pareja afectada estaba realizando acciones de evidente contenido erótico o amoroso en un grado desproporcionado de acuerdo con las normas del local o los estándares culturales del país, y, por otra, si tal tipo de escenas le resulta permitida a una pareja heterosexual pero no a una homosexual. Asimismo, es relevante comprobar si la conducta de la pareja homosexual afectó al dueño del local comercial por quejas del resto de la clientela.

V.- En el caso concreto, los representantes legales del Mall ... en su contestación han explicado que en el sitio están prohibidos cualquier tipo

de actos amorosos y escenas libidinosas (con independencia de su orientación sexual), de modo que niegan que se haya conferido al actor un tratamiento discriminatorio, contrario a su dignidad personal, cuando fue obligado a abandonar el sitio. Sobre el particular, la parte recurrente ha aportado los testimonios de P. A .Q. G, cédula de identidad No. ..., M. G. R., cédula de identidad, W. O. C., cédula de identidad No. ... y M.E. V.M., cédula de identidad No. ..., quienes han sostenido, en primer lugar, que el amparado se encontraba con su novio en el área de comidas del Mall ..., y si bien se encontraban abrazados y se besaban, no se trataba de una escena de alto contenido erótico o desproporcionado contrario a los estándares culturales del país, en segundo, que inicialmente los guardias de seguridad del condominio recurrido únicamente solicitaron a la pareja homosexual que se retirara del lugar, no así a la pareja heterosexual que los acompañaba, pese a que ambas parejas desplegaban el mismo comportamiento. De lo anterior se deduce, con toda claridad, que los guardias de seguridad del Mall .. han conferido al amparado y a su novio, un trato discriminatorio, contrario a su dignidad personal, que desde todo punto de vista debe ser reparado en esta Jurisdicción. En este sentido, llama profundamente la atención de este Tribunal Constitucional que ningún cliente del condominio accionado se haya quejado por el comportamiento del actor y su novio, por el contrario han servido como testigos de la parte actora, quienes han afirmado bajo la solemnidad del juramento acerca del trato discriminatorio que han recibido los tutelados, justamente por su orientación sexual. En este orden de ideas, si bien los recurridos han manifestado que en el sitio existen rótulos en el sentido que están vedados los actos que alteren las buenas costumbres, así como la moral pública, como son precisamente los actos amorosos en un área de comidas con independencia de su orientación sexual (ver folios 30, 32 y 33), lo cierto es que los guardias de seguridad del centro comercial accionado únicamente

solicitaron al amparado y a su novio que se retiraran del sitio, no así a la pareja heterosexual que los acompañaba, pese a que ambas realizaban la misma conducta (ver folios 16, 19 y 20). De otro lado, en el caso de una pareja heterosexual y de acuerdo con los estándares culturales del país, el mero hecho de tomarse la mano, permanecer abrazados y besarse ocasionalmente difícilmente podría ser catalogado como una interacción amorosa excesiva o un acto erótico desproporcionado, razón por la que se debe aplicar idéntico criterio cuando se trata de parejas del mismo sexo. Es evidente en el caso presente la violación del derecho protegido en el artículo 33 de la Constitución Política, razón por la cual lo procedente es declarar con lugar el recurso, con la advertencia que se expondrá en la parte dispositiva de esta decisión.”

Finalmente, en forma más reciente, en la sentencia 10289-2018, dos mujeres alegaron ser sacadas de un bar por estar en supuestas escenas amorosas indebidas, lo cual ellas negaron. Al solicitarse al dueño del Bar, la grabación correspondiente se negó a aportarlo, razón por la cual, se resolvió a favor de las amparadas.

4. Como señala la Procuraduría General de la República, la desigualdad de trato actual, entre parejas heterosexuales y del mismo sexo, frente a la protección de la ley, en el caso del matrimonio civil, no resiste el test de constitucionalidad.

Uno de los fines principales del derecho en las sociedades democráticas es la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. En el estado actual de la Costa Rica del siglo 21, existe un grupo de personas a los que la legislación y la jurisprudencia, les permite en condiciones de igualdad - independientemente de su orientación sexual-, convivir, trabajar, pagar impuestos, tener hijos y ejercer la patria potestad sobre éstos (sucede todos los días, especialmente cuando esos hijos vienen de relaciones anteriores de

carácter heterosexual), heredar la pensión a su pareja, acceder al sistema de salud tanto para recibir atención como en carácter de parejas de quienes están enfermos, tener visita conyugal en la cárcel, para mencionar unos ejemplos; en fin, con excepción del derecho a ser tratados en igualdad de condiciones frente a la ley en casos de matrimonio o uniones civiles, no existe acto jurídico que no puedan realizar las personas no heterosexuales, de acuerdo a la normativa actual y a la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, en este tema, del derecho a acceder en igualdad de condiciones a una figura del derecho civil como el matrimonio, no tienen garantizada la protección de la ley, frente a instituciones de derecho civil que sí están disponibles para parejas heterosexuales, para garantizarles derechos patrimoniales y personales, derivados de relaciones de pareja estables, voluntarias para compartir un proyecto de vida en común en ejercicio de su libertad de autodeterminación. Esa omisión, definitivamente no resiste ningún test de constitucionalidad y va en contra de las libertades fundamentales que el proyecto democrático busca tutelar, en definitiva, la igualdad de trato frente a la ley y el amparo de ésta para dar seguridad jurídica a sus habitantes, indistintamente de su origen, género, religión u orientación sexual. Ese trato desigual frente a la tutela del derecho, en sí mismo, es lesivo de la dignidad humana, porque implica que frente a la ley, unos valen más que otros y eso, en un estado constitucional de derecho, es inaceptable. Finalmente, en el expediente no se ha podido comprobar, ninguna causa objetiva que sustente este trato desigual frente a la ley, en este aspecto en particular.

En todo caso, a partir de la opinión consultiva OC24/17 y los artículos 28 y 33 de la Constitución Política, considero que debe entenderse que las parejas del mismo sexo tienen acceso igualitario a la protección de la ley, frente a las figuras jurídicas de los artículos 14 inciso 6) del Código de Familia y del artículo 242 del Código de Familia y sus derivados.

Asimismo, considero que toda normativa penal que establezca delitos (entre esta los artículos 176 y 179) aplicables a los notarios o a personas, deben entenderse como no aplicables en tratándose de la materia referida en esta sentencia. Igualmente, en forma conexa resultan inconstitucionales todas las directrices administrativas y normativa infralegal que vaya en contra de la aplicación de la Opinión Consultiva 0C24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual incluye el acuerdo del Consejo Superior Notarial 2018-002-024.

5.- Es innecesaria e inapropiada suspensión de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en este caso y el otorgamiento de un plazo a la Asamblea Legislativa para promulgar legislación apropiada.

Como señalé en la parte inicial del razonamiento de este voto, el reconocimiento de la igualdad de trato frente a la ley que debe darse a parejas del mismo sexo con respecto a las parejas heterosexuales, con respecto a la figura del matrimonio civil, debe darse a partir de la notificación de la opinión consultiva OC24/17 a nuestro país, sin necesidad de dictar normativa específica.

Varios Tribunales Constitucionales como el Colombiano o Norteamericano, por ejemplo, han hecho el reconocimiento inmediato a partir de la sentencia, en el entendido que al tratarse de la aplicación de la ley en condiciones de igualdad, frente a figuras jurídicas vigentes, simplemente se ordena eliminar la prohibición y aplicar a las parejas del mismo sexo, las mismas disposiciones creadas para las parejas heterosexuales.

Desde mi perspectiva, esa es la tesis más viable, y como puede verse de la jurisprudencia constitucional y convencional citada, se ha concluido que la diferencia de trato basada en la preferencia sexual (tanto en general, como en este caso en particular), no tiene cabida en el ámbito de los derechos humanos, porque se lesiona la dignidad humana y el derecho a la igualdad. Por esta razón, la decisión de la Sala, desde mi perspectiva, debió dirigirse a remediar de forma real y efectiva ese estado de cosas inconstitucional, a través de la anulación y exclusión del ordenamiento de la prohibición discutida, como lo indica el recto sentido. Tal ha sido además -hasta este momento- el curso de acción seguido por la Sala a lo largo de toda su existencia al conocer temas de igualdad como este, en los que se trata de eliminar una norma que prohíbe a unas personas, lo que, en cambio, les concede a otras.

Pero lo más relevante en este punto es que no puede dejarse de lado que ya existe verdaderamente un marco normativo amplio y cuidadoso que regula las relaciones matrimoniales y justamente lo que se busca es levantar el impedimento para que las parejas del mismo sexo tengan acceso -en pie de igualdad- a dicho marco normativo y a los derechos y obligaciones establecidas, lo cual se puede realizar eficaz y plenamente anulando tal impedimento de acceso. Por eso, disponer que el reconocimiento del derecho de igualdad de acceso a la figura legal del matrimonio (con sus derechos y obligaciones), para las parejas del mismo sexo, requiere una "legislación especial" o un tiempo para promulgarla por parte de la Asamblea Legislativa, no puede entenderse más que como una contradicción; un refuerzo para una desigualdad de trato que la Sala ha intentado eliminar en esta resolución.

Se sostiene que la opinión consultiva OC-24-2017 de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, reconoció que pueden existir

Estados en los que el reconocimiento de derechos de las parejas del mismo sexo para el igual y pleno acceso a las figuras disponibles para la protección de la vida familiar, incluido el matrimonio, puede enfrentar la existencia de dificultades institucionales. Según los textos transcritos la Corte dijo:

“226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.

227. De cualquier manera, los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.” (el destacado no está en el original)

Como puede verse, éste no es el caso de nuestro país, pues -se repite- no existe ninguna omisión que subsanar y nada parecido ha sido solicitado por las partes en este asunto. Al contrario, en este caso concreto se ha pedido la nulidad y desaparición de una prohibición específica impuesta en

el ordenamiento, de modo que -una vez reconocido que tal prohibición es contraria a los derechos humanos- este Tribunal tiene plena competencia para eliminarla del ordenamiento, con sus consecuencias favorables al ejercicio más inmediato posible de derechos fundamentales. Es evidente que -de ninguna forma- la Corte Interamericana está condicionando el reconocimiento del derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo de acceder al matrimonio y demás figuras de protección a la familia, a la obligada culminación de una fase previa de normación legal; lo que requiere es que -sin perjuicio de tener en cuenta las “dificultades estatales que puedan presentarse- se intente de buena fe el ajuste más rápido posible del ordenamiento para que aquel derecho se torne una realidad en nuestros Estados, y eso es, precisamente, lo que en Costa Rica se puede lograr con el simple y celoso apego de la Sala al ejercicio de sus competencias constitucionales, en la forma y modo en que lo ha venido haciendo hasta ahora. Pero tal vez, el mejor argumento de que no hace falta hacer ningún ajuste de legislación, es que al final del plazo dado por la Sala de 18 meses, sin que la Asamblea Legislativa haya procedido a adecuar el marco jurídico, automáticamente se elimina la prohibición impugnada, ergo, entra a funcionar todo el marco normativo ya existente, pero aplicado en igualdad de condiciones, prueba fehaciente de que dar un plazo no es indispensable para restablecer el derecho violado.

No resulta ocioso resaltar en este mismo sentido, que el Estado, en cuanto beneficiado de la opción abierta por la Corte Interamericana, no ha hecho solicitud alguna en el sentido de solicitar la aplicación en este proceso la pauta dilatoria autorizada por la Corte Interamericana. Por el contrario, en el expediente consta la intervención del Procurador General de la República, donde se manifiesta en favor de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma discutida y de su eliminación del

ordenamiento, lo cual -en su criterio- daría cabal cumplimiento a lo establecido en la Opinión Consultiva OC-24-17.

Finalmente, tal y como lo sostuve en mi nota separada a la sentencia número 2016-004348, y antes de ello en voto salvado conjunto con el Magistrado Castillo Víquez número 2016-001216, la legislación costarricense no tiene una disposición, como sí existe en otros ordenamientos jurídicos, como el Alemán por ejemplo que permita a este tribunal darle plazo a la Asamblea Legislativa para emitir una determinada ley, salvo en el caso que la orden o el plazo provengan de la misma norma constitucional, es decir del constituyente al cual el Parlamento está sometido, como resultó ser en el caso de la Ley reguladora del Referéndum, caso en el cual el Parlamento estaba omiso frente al mandato del constituyente que obligaba a la Asamblea Legislativa a emitir una Ley en un plazo de un año, lo cual no se hizo oportunamente, lo que originó la sentencia 2005-5649 en cumplimiento de ese mandato.

Así, frente a la falta de una disposición expresa de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, o de la misma Constitución Política que autorice a la Sala Constitucional ponerle un plazo específico a la Asamblea Legislativa para emitir una normativa, estimo que la Sala carece de competencia para ello, pero, sí puede -vía jurisprudencial-, como han hecho otros Tribunales Constitucionales (entre éstos México, Estados Unidos, Colombia), vía sentencia, reconocer la igualdad de derechos a la institución del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo, en cumplimiento de lo señalado en la consulta OC/024. De lo contrario, como lo señala la propia Corte en existiría responsabilidad internacional del Estado Costarricense.

Señalo estos argumentos, para exponer transparentemente mi posición, aunque reitero que he debido abandonarla por mandato legal para

conformar una mayoría, conforme lo explicado en el aparte número I de este voto razonado.

XIII.- Nota del Magistrado Fernando Cruz Castro. He procedido a consignar esta nota a efectos de hacer algunas observaciones sobre las razones por las que he concurrido con el voto que otorga un plazo a la Asamblea Legislativa. Además, para hacer algunas consideraciones sobre la posición que ahora mantengo sobre la figura del matrimonio y sobre el tema de la dignidad humana y los prejuicios.

a- Algunas particularidades y observaciones sobre el voto de mayoría.

He concurrido con la Magistrada Hernández López para que se lograra en este asunto, *voto de conformidad*, en cuanto al plazo. Es mi posición que, la necesaria consecuencia de esta declaratoria debía ser anular de inmediato el impedimento contenido en el inciso 6 artículo 14 del Código de Familia y entenderse que las parejas del mismo sexo tienen a partir del momento de este voto, un derecho de acceso –en igualdad de consideraciones– a la figura jurídica del matrimonio civil y a todas sus regulaciones legales así como a igual protección de la ley, todo de conformidad con lo establecido en la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo dispuesto en los artículos 28, 33 y 48 de la Constitución Política. En cuanto al momento a partir del cual surte efectos este voto, como señala la parte dispositiva de la sentencia, la magistrada Hernández López y el suscrito, hemos sumado nuestra voluntad para lograr un voto de toda conformidad en cuanto a los efectos de la inconstitucionalidad y el plazo otorgado a la Asamblea Legislativa, lo que pretende es conformar una mayoría en la votación como lo exige la ley. En este sentido reitero la aclaración que al respecto hace la Magistrada Hernández López en su nota:

“Precisamente en esta acción, luego de largas horas de discusión, sin poder llegar a una mayoría en cuanto a los efectos y las consecuencias de la estimación de la sentencia, los suscritos magistrados Cruz Castro y Hernández López, nos unimos a la posición de los Magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez quienes estiman procedente establecer un plazo de 18 meses para efectuar la adecuación del ordenamiento jurídico para corregir la omisión inconstitucional ocasionada por la falta de regulación del matrimonio igualitario, de acuerdo con la explicación dada en su voto. Nuestra posición es que a partir de la notificación de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana citada y del derecho convencional, ese reconocimiento debe ser de aplicación inmediata; no obstante, con el fin de conformar una mayoría (según se explicó) suscribimos la tesis de los magistrados Rueda Leal y Esquivel Rodríguez en cuanto al plazo, tal y como consta en la parte dispositiva de la sentencia, por ser esa la tesis que, después de la nuestra, mejor tutela el derecho reclamado por los accionantes. La posición de estimar en abstracto esta acción -sin plazo-, desde nuestra perspectiva, deja en un limbo jurídico a los accionantes porque, no pueden recurrir al sistema interamericano (al haber sido estimada la acción a nivel interno) y pueden quedar sujetos de manera indefinida a la inercia de la Asamblea Legislativa que ya lleva 11 años de inacción desde que la Sala Constitucional le señaló que existía una omisión en la materia que requería regulación (sentencia 07262-2006).

Es importante aclarar que el número de integrantes de la Sala Constitucional, y la forma que se adoptan las decisiones en esta jurisdicción, están fijados por la Constitución y por ley especial, de tal forma que no resulta aplicable la ampliación de jueces que regula el Código Procesal Civil para estos supuestos de discordia, porque esa es una regulación de rango legal para tribunales ordinarios, que no puede tener el efecto de modificar la integración dada por Constitución, ni por ley especial a esta jurisdicción. Es en virtud de lo señalado, que los suscritos magistrados Cruz Castro y Hernández López nos adherimos al criterio mencionado en el voto de Rueda Leal y Esquivel Rodríguez para que haya un voto de toda conformidad, según consta en la parte dispositiva de la sentencia, pero únicamente en cuanto al dimensionamiento y efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, no así de la totalidad de sus motivaciones.”

Así entonces, en cuanto al plazo que se otorga a la Asamblea Legislativa, al igual que lo expresa la Magistrada Hernández López, considero que el reconocimiento de la igualdad de trato frente a la ley de las parejas del mismo sexo debe tener efectos inmediatos. Empero, estimo, por otra parte, que la Sala Constitucional sí tiene competencia para fijarle un plazo a la Asamblea Legislativa, aunque en este caso, tal determinación, resulta innecesaria, por las razones expuestas supra. Como principio, estimo que una vez reconocido que una prohibición es contraria a los derechos humanos y al Derecho de la Constitución, procede de inmediato la nulidad y desaparición de dicha prohibición de nuestro ordenamiento jurídico. Este Tribunal tiene plena competencia para eliminarla de inmediato del ordenamiento, con sus consecuencias favorables al ejercicio de derechos fundamentales, sin embargo, existen circunstancias excepcionales en el caso en examen, que requieren la fijación de un plazo, tal como se resolvió por voto de mayoría.

Por lo demás, concuro con el voto de mayoría en cuanto al fondo, declarando la inconstitucionalidad del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia. Asimismo concuro en cuanto al fondo, con las razones adicionales que da la Magistrada Hernández López (con la salvedad de que, he considerado que el Juez Constitucional cuenta con un margen de apreciación a la hora de aplicar las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando los hechos en análisis no son iguales ni asimilables). Además, en el mismo sentido en que lo he expresado en el voto número 18-012783 de las 23 horas del 08 de agosto del 2018, conforme a los antecedentes de esta Sala (06-007262, 14-012703 y 2015-006058), uno que descartó que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales y los otros que, aplicando una resolución de la CIDH proscribía cualquier norma o práctica que discrimine

en razón de la orientación sexual. Conforme el método de “interpretación evolutiva” y los principios de “interpretación más favorable para el ser humano”, “pro homine” y “pro libertatis” que opera en materia de derechos humanos. Conforme a las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012 (en el sentido de que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual) y en la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre del 2017 (establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad); considero que, la desigualdad de trato actual entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo, en el caso del matrimonio civil y las uniones civiles, no resiste la evaluación de constitucionalidad.

b- El matrimonio, no ha tenido vocación constitucional. La nota en el voto 2006-7262. El abandono de una perspectiva.

En nota que redacté en el voto 2006-7262, señalo las siguientes particularidades históricas del matrimonio: “..Coincido plenamente con el criterio que se expresa en el voto mayoritario, sin embargo, debo destacar que desde el punto de vista socio-cultural, el matrimonio ha tenido una clara vocación heterosexual. Antes que surgiera el tema de los derechos fundamentales, con la revolución norteamericana y la revolución francesa, el matrimonio se concebía como un instituto que requería que los cónyuges fuesen de diferente sexo. Esta definición no sólo tiene un origen ético-religioso, especialmente en la perspectiva judeocristiana, sino que cumple

una función muy importante: ser un poderoso instrumento de control de la sociedad patriarcal sobre la mujer. En el derecho romano, de indudable valor en la cultura occidental, los derechos de la mujer casada tenían una clara restricción a favor del esposo. Esta asimetría no puede considerarse como una protección para las mujeres, pues más bien se las catalogaba como incapaces de ejercer su libertad. La Historia del Derecho, desde las leyes babilónicas, las normas que contiene el Antiguo Testamento, las Epístolas de San Pablo, los textos de los Padres de la Iglesia y de los Escolásticos, las normas vigentes en la Grecia clásica, el derecho romano, el derecho medieval hasta el Código Napoleón y todos los cuerpos normativos que de él se derivan, demuestran que el matrimonio y la familia que lo sustenta, se erigió como un instrumento de control de la cultura patriarcal y de los varones sobre las mujeres. El matrimonio suponía la existencia de una persona que se sometía a la voluntad y el control de la otra, en este caso, las mujeres debían acatar la voluntad del marido. En el siglo XIX, el jurisconsulto inglés Sir William Blackstone, describía el matrimonio en términos esencialmente asimétricos, destacando que este instituto "...anula la misma existencia legal de la mujer, o al menos queda incorporada o consolidada en la del marido, bajo cuya ala, protección y cobijo ella realiza todo....Mi mujer y yo somos uno, y ese uno soy yo...". Hasta 1975, el código civil español equiparaba la mujer casada a los niños, a los locos o dementes y a los sordomudos que no supieran leer ni escribir; esta definición les impedía contratar (art. 1263 del código civil español). El papel de la mujer dentro de la institución matrimonial tenía una clara definición y vocación subalterna. Los escritos desde el medioevo hasta la década del setenta del siglo veinte, destacan en la mujer la sumisión y la obediencia al marido, aún contra sus propios intereses. Por ejemplo, entre las familias reales existía la regla que establecía que si no podía heredar un varón, las propiedades y el título no lo podía ejercer, autónomamente, una

mujer. Así le ocurrió a Leonor de Aquitania, a quien no se le permitió gobernar por sí misma, debiendo cederlo a los sucesivos esposos que tuvo. En alguna ocasión, uno de sus cónyuges la privó de su libertad, sin que tal acción tuviese consecuencias, pues era admisible que el marido le limitara la libertad a su esposa. Ni siquiera con la Ilustración y sus filósofos se modificó la situación, pues los derechos fundamentales de las personas, especialmente la libertad, no incluía a las mujeres. Esta discriminación la asumieron y la legitimaron intelectuales tan prestigiosos como Kant, Rousseau y Locke. Rousseau proponía que para los "...varones la política, la jerarquía, la cultura, el temple, el valor y el acuerdo. Para las mujeres, el arreglo de la casa, la obediencia, la dulzura y en general facilitar la libertad y el éxito de los varones...". No es casual que hace quince años se admitía en muchos países, que la mujer podía ser sometida sexualmente mediante violencia por su marido, sin que cometiera el delito de violación. La historia de la institución matrimonial demuestra poca compatibilidad con los derechos fundamentales; se ha tenido que hacer un gran esfuerzo, que todavía no ha concluido, para que el matrimonio sea compatible con las libertades fundamentales. No ha sido una institución que haya propiciado la dignidad y la autonomía de las mujeres; su historia es constitucionalmente impresentable, por esta razón estimo que el matrimonio no es un derecho humano fundamental.. La imposibilidad que dos personas del mismo sexo no puedan contraer matrimonio conforme al marco jurídico tradicional, no conculca ningún derecho constitucional, pues en materia afectiva, no es la autoridad política la que legitima y reivindica tales uniones. El análisis crítico y los trabajos de investigación que han hecho destacadas intelectuales costarricenses como Yadira Calvo y Eugenia Rodríguez, demuestran que el matrimonio ha sido más una institución de control sobre las mujeres que un espacio que haya propiciado el desarrollo de su dignidad. Lo que no puede hacer el Estado es impedir que los ciudadanos,

ejerciendo su libertad, constituyan las relaciones afectivas que estimen convenientes, salvo las limitaciones que prevé el artículo 28 de la Constitución Política. En este sentido, las parejas del mismo sexo, no tienen ninguna limitación. El reconocimiento constitucional del matrimonio que contiene el artículo cincuenta y dos, responde a una tradición socio-cultural que tiene poca relación con la historia política de la libertad. Esta es la razón por la que se reconoció la unión de hecho, como una manifestación alternativa de la forma en que las personas consideran que deben expresar su afecto, sin necesidad que exista una intervención estatal. Los efectos de las uniones sí tienen trascendencia constitucional respecto de la descendencia, los bienes y la ayuda económica solidaria. Empero, respecto a la legitimidad y pertinencia de una relación afectiva entre dos personas, la intervención del Estado no es determinante ni constitucionalmente trascendente. Si se impidiera la convivencia de ciudadanos del mismo sexo o se criminalizara la homosexualidad, sí se estarían conculcando derechos tan importantes como la intimidad y la dignidad.

No me cabe la menor duda que uno de los elementos decisivos en esta polémica, es la intolerancia de una sociedad que asume, erróneamente, la homogeneidad y que ignora el derecho a ser diferente, siempre que tal disidencia no exceda los límites que fija el artículo 28 de la Constitución Política. En la historia trágica de la intolerancia, el caso del escritor irlandés Oscar Wilde, es paradigmática. Su vida se malogró a causa de la intolerancia de una sociedad que no admitía que su preferencia afectiva no fuese heterosexual. Este drama lo describe muy bien el escritor en su obra: "De profundis- La tragedia de mi vida", al señalar los efectos lacerantes y trágicos de una sociedad que tradujo su intolerancia en normas penales que reprimían la homosexualidad y que permitieron el enjuiciamiento y

condena de Wilde, a quien se le impuso dos años de trabajos forzados en la cárcel de Reading. El escritor irlandés capta muy bien la esencia de la intolerancia que ha reprimido sin rubor a los que se cataloga como diferentes, despojándolos de su dignidad, tal como ha ocurrido con los negros, las mujeres, los homosexuales, los judíos, los árabes, los indígenas, etc; la lista es interminable, sin embargo, vale la pena recordar los efectos de estas "sentencias sociales" dictadas desde el podio del prejuicio y la intolerancia. La sensibilidad de Wilde capta muy bien los efectos de la represión que se sustenta en la intolerancia, cuando en la obra mencionada describe su dolor y su drama, en los siguientes términos: "...En todos nuestros procesos nos jugamos la vida, así como todas las sentencias son para nosotros sentencias de muerte. Y yo he sido procesado tres veces. La primera vez abandoné la sala para quedar detenido; la segunda, para ser conducido de nuevo a la prisión, y la tercera, para irme dos años a la celda de un presidio. La sociedad, tal como la hemos ordenado, no me reserva ningún puesto, ni puede brindarme ninguno: pero la naturaleza, cuya dulce lluvia cae lo mismo sobre los justos que sobre los pecadores, tendrá en las rocas de sus montañas alguna hendidura en que me pueda refugiar y valles ocultos en cuyo silencio me sea dado llorar libremente. Ella hará que la noche se pueble de estrellas, para que yo, en el destierro, pueda caminar seguro en las tinieblas. Y hará que el viento borre las huellas de mis pasos, para que nadie pueda perseguirme y dañarme. Lavará mis faltas en la inmensidad de sus aguas y me curará con sus hierbas amargas. (.....). ¡ Cuán mezquino y estrecho es este nuestro siglo, y qué poco apropiado a sus vicios ! Al éxito le da un palacio de porfirio, pero no tiene siquiera una choza para la vergüenza y el dolor. Cuánto puede hacer por mí es invitarme a cambiar de nombre, cuando la misma Edad Media hubiérame ofrecido el capuchón de monje o el cubrefaz del leproso, tras los cuales hubiera podido vivir en paz.....". La acción planteada tiene relación con la intolerancia,

cuyo sustento y esencia no puede disiparse en esta instancia constitucional. Si hubiese verdadera tolerancia y respeto por las opciones diferentes, el reconocimiento estatal de la unión entre personas del mismo sexo, no tendría trascendencia. La jurisdicción constitucional abre espacios de libertad y puede ampliar, en algunas ocasiones, el contenido y alcance de los valores democráticos, pero en este caso, el activismo judicial no puede exceder una clara y definida tradición socio-histórica que ha determinado que el matrimonio es una institución aplicable a los heterosexuales. Esta autocontención de la jurisdicción constitucional no excluye, de ninguna manera, la actividad del parlamento, como expresión directa de la voluntad popular, para que adopte las medidas que estime pertinentes a favor de las personas del mismo sexo que conviven en una unión estable y que enfrentan imprecisiones normativas respecto de los bienes en común o el auxilio que debe brindar la seguridad social y otras instancias de vocación solidaria, cuando fallece alguno de sus integrantes o se produce la ruptura. En una sociedad pluralista, al igual que se resolvió en el caso de las uniones de hecho, la autoridad política por excelencia como el parlamento, debe propiciar múltiples opciones para que las personas que sin constituir un matrimonio, en su visión tradicional, puedan encontrar un marco jurídico legal que contemple las particularidades derivadas de una convivencia en la que se crea una relación de solidaridad y afecto...” El criterio expuesto en esta nota, ha variado, parcialmente, porque si bien el matrimonio no ha sido una institución que haya propiciado la igualdad y la dignidad de la mujer, esta situación no excluye la posibilidad de reconocer esta opción a personas del mismo sexo, en virtud de la falta de respuesta del parlamento. Además, las sentencias dictadas desde instancias internacionales, especialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, justifica una visión distinta, adoptando las decisiones dictadas desde la mencionada instancia jurisdiccional internacional. Esta variación la adopto en función de los

derechos de la población LGBTI, aunque sigo pensando que el matrimonio, desde el punto de vista histórico, tiene una dudosa vocación constitucional.

c- La dignidad, el valor nuclear para reconocer un derecho postergado en la historia humana. La dignidad y su incompatibilidad con las exclusiones.-

La dignidad humana es un concepto central en el desarrollo de los derechos individuales y del derecho constitucional. Siguiendo a Emmanuel Kant la dignidad es la que define la esencia misma del ser humano, es invaluable, es una nota esencial del ciudadano con derechos. El progreso de los derechos y sus valoraciones tiene íntima relación con lo que se estima es la dignidad; en alguna época no se consideró que la esclavitud fuera contraria a la dignidad de los que estaban sometidos a esa condición. Igual situación ha enfrentado la mujer, sometida jurídica, política y culturalmente, a una condición de inferioridad. La dignidad de una persona, de un grupo, tiene interés e incidencia en la dignidad de todos los seres humanos. Debe ser un reconocimiento total, si se produce una exclusión injustificada e irrazonable, existe una lesión a la dignidad de todos, los excluidos y los que no sufren tal discriminación. No puede haber desarrollo como personas si a unos ciudadanos se les excluye, se les discrimina. El racismo, el espíritu de casta, el desprecio al extraño o al diferente, la eliminación de los anormales, son procesos de envilecimiento que lesionan directamente la dignidad humana, la eminente dignidad de la persona.

Un ciudadano o ciudadana, aunque luzca diferente, incluso envilecido, es una persona a la que le debemos reconocer y propiciar una vida de persona, este es el presupuesto que propicia el cambio de valores y la expansión de los derechos fundamentales y de la dignidad de todos. Lo que antes era invisible en la definición de la dignidad, deja de serlo cuando

se ilumina la injustificada irrazonabilidad de una exclusión, que es lo que ocurre con la homosexualidad, porque si tienen la misma dignidad que los heterosexuales, hay que reconocerles los derechos que no se les había concedido con fundamento en una injustificada discriminación. La dignidad de los ciudadanos, de todos, sin distinción, requiere el reconocimiento de todos los derechos a los homosexuales. Ese es el sentido de un concepto tan rico y profundo como la dignidad de la persona. Deben reconocerse derechos básicos para el desarrollo de la persona como la posibilidad de entablar una relación afectiva estable, reconocida por el ordenamiento. Este reconocimiento tiene un efecto expansivo desde el momento que se admite que no existe ningún sustento para excluir a un sector de la población del disfrute de derechos relacionados con la esfera privada.

La libre opción sexual, la libre escogencia de pareja, el desarrollo de un proyecto de convivencia, tiene relación con el desarrollo de la libertad, el libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la vida privada. Esa posibilidad se ha ignorado respecto de la población homosexual. La regulación de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, requiere un marco normativo igual que las parejas heterosexuales; la exclusión o la invisibilización de estos proyectos de vida, es una discriminación que lesiona la dignidad de la persona y es una injustificada invasión a la vida privada. Respecto de actos del ámbito de la privacidad que no dañan a terceros, que son expresión del desarrollo de la personalidad, el reconocimiento a la eminente dignidad de la persona exige, ineludiblemente, la posibilidad de elegir, sin que tal decisión provoque exclusión o invisibilización. La imposibilidad de elegir, el rechazo con fundamento en las preferencias sexuales, constituye, como se expuso, una inadmisibles discriminación. Debe romperse el círculo vicioso de

discriminación y exclusión cultural y jurídica que se ha impuesto a los homosexuales y lesbianas, no se le ha dado pleno reconocimiento a su dignidad y su condición de personas, ha imperado la indiferencia, la exclusión, el prejuicio, la inhumanidad, provocando una inaceptable marginación jurídica y política.

d- La injusticia de los prejuicios, la desarticulación de una tradición que ignora la dignidad y autodeterminación una minoría.

La reivindicación de los de los derechos de la población LGBTI, ha seguido un largo camino de oscuridad, prejuicios, condenas, sufrimientos, encarcelamientos, desamores, inhumanidad, insensibilidad. Podría seguir describiendo esta vía tan dolorosa, la que debe conmover al más genuino espíritu cristiano, que reivindica siempre la dignidad de la persona y el amor, que es el cristal que define nuestra visión del semejante.

Tantos interrogantes sobre la visión del prójimo, que parece diferente, ha llevado a respuestas insatisfactorias, insuficientes. Reconocer derechos a los que no se les ha negado, es un ejercicio complejo, pero impostergable. En medio de las dudas, resplandece la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos, su derecho a que sus convicciones, sus afectos y sus visiones, sean reconocidas, sin observaciones, evitando esa condescendencia que asume, sutilmente, la desigualdad.

Al analizar estos casos, recuerdo a Oscar Wilde, encarcelado y sometido a trabajos forzados, por su homosexualidad. Privar de su libertad a un ser humano, porque en el desarrollo de su dignidad, tiene un afecto, que parece diferente, es una respuesta inhumana. Un verso del famoso escritor irlandés, es un buen motivo para reflexionar sobre los derechos del prójimo:

Aunque todos los hombres matan lo que aman,
que lo oiga todo el mundo,
unos lo hacen con una mirada amarga,
otros con una palabra zalamera;
el cobarde con un beso,
¡el valiente con una espada!
Unos matan su amor cuando son jóvenes,
y otros cuando son viejos;
unos lo ahogan con manos de lujuria,
otros con manos de oro;
el más piadoso usa un cuchillo,
pues así el muerto se enfría antes.

Así puede ser, se puede matar lo que se ama, ocurre muy a menudo en nuestra existencia, por debilidad, por incomprensión, por intolerancia, por egoísmo. Podemos matar en vida cuando no se reconocen derechos, es el drama diario que enfrenta el desarrollo de la humanidad. Tantos derechos que todavía esperan ser reconocidos y a veces, aunque eso ocurra, la privación de la dignidad, se mantiene. En el encarcelamiento del poeta, que podía expresar muy bien sus profundos sentimientos, veía la muerte, en sus diversas manifestaciones, la peor, el que mata lo que ama. El encarcelamiento, la marginación, la exclusión, es una forma de morir en vida. La exclusión por prejuicio, intolerancia y otras fuentes de indignidad, se convierte en condena, aunque no haya grilletes o muros que impidan el paso.

En la teología de la liberación se desarrolló un concepto sencillo: la relación opresor-oprimido. Es una dialéctica que siempre sigue el desarrollo de los derechos. Se rompe una relación opresor-oprimido, y aparece otra, invisible, oscura, pero que es violenta, sutilmente violenta. Al reconocer derechos a los que le han sido ignorados, se rompe una dialéctica en la que se ignora un concepto infinito: la dignidad de la persona, su

libertad y su autodeterminación. Este es un tema central en la discusión que hemos tenido en este escenario constitucional. En medio de agitadas pasiones, temores, juzgamientos y condenas en la eternidad, debemos encontrar los derechos que corresponden a una sociedad pluralista, democrática; el ideario constitucional de una sociedad, no puede quedar anclado en una respetable visión ético religiosa. Así ocurrió cuando se aprobó en el siglo XIX, el divorcio. Las condenas para los divorciados, fue la respuesta a la visión dominante. Pero el poder terrenal, debió resolver esa exclusión injusta, con una visión pluralista, que incluye a todos los sectores de la sociedad.

Una de las misiones del tribunal constitucional, es resolver conforme a una visión pluralista, dilucidar los interrogantes de constitucionalidad conforme a un espectro de valores amplios y diversos, respetando a todos los ciudadanos, ahondando en el contenido de la dignidad, la igualdad y la libertad de los ciudadanos.

XIV.- Nota del Magistrado Rueda Leal.

En el considerando X de este pronunciamiento se enfatiza que la Convención Americana sobre Derechos es el piso mas no el derecho de la protección de los derechos humanos.

Lo anterior explicita la *ratio iuris* del artículo 29 de la esa normativa: procurar el mayor resguardo posible de los derechos fundamentales. Conforme este propósito, el inciso 2 de ese ordinal establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada para limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o según otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

Corolario de ese numeral, la propia Convención admite que su aplicación puede ser exceptuada, cuando otra normativa legal o

convencional (ratificada por un Estado Parte) confiera mejor protección a un derecho fundamental.

Al hacer referencia tal numeral a las leyes de cualquiera de los Estados Partes y otras convenciones, así como tomando en consideración que la jurisprudencia es fuente normativa, resulta claro que aquella interpretación de un órgano jurisdiccional constitucional que otorgue un resguardo superior a un derecho fundamental, en tanto fuente de derecho y en la medida que concreta el sentido de determinada normativa, igual alcanza preeminencia sobre otras fuentes jurídicas, incluso la jurisprudencia convencional.

El quid está en la fundamentación, toda vez que debe quedar bien clara y razonada la tesis de que una norma interna, otra convención ratificada o la correspondiente interpretación por un órgano jurisdiccional constitucional, redundan en una tutela más amplia de cierto derecho fundamental.

Tal posición justifica el margen de apreciación nacional que existe respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En tal sentido, con respecto a la dignidad humana y su profunda relación con el derecho a la vida, reitero lo que expuse en la sentencia 2017-013786 de las 11:50 horas de 29 de agosto de 2017:

“Se dice que el Derecho vive porque se trata de un campo siempre cambiante, influenciado no solo por la pluma del legislador y la labor de los jueces, sino por los cambios científicos, culturales y sociales que plantean nuevas polémicas y llevan a depurar teorías jurídicas, a elaborar otras nuevas y a repensar discusiones que se tenían por zanjadas.

Este es uno de tales casos que obligan al juez a valorar los fundamentos filosóficos del Derecho y a releer los derechos humanos a la luz de los cambios y del contexto histórico actual. Es

innegable que la sociedad contemporánea ha visto la expansión de los derechos humanos desde un núcleo básico general, contenido en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, hasta otros que fueron desarrollados y precisados en tratados internacionales posteriores, dedicados a temas específicos como la protección del niño, la persona con discapacidad, la mujer, el ambiente, el trabajador, etc. Muchos de esos tratados fueron, a su vez, complementados con protocolos y otros tratados, siguiendo así el proceso de expansión.

En mi criterio, el derecho a la dignidad humana no ha sido inmune al paso del tiempo y muestra actualmente contornos que no sobresalían con nitidez en el pasado. En el caso de Marras, si bien comparto *grosso modo* las consideraciones manifestadas por la mayoría, en cuanto a que la protección de la persona trasciende la vida del sujeto e incluye el tratamiento póstumo del cuerpo, acorde con la dignidad humana, considero que existen razones adicionales que tal vez se insinuaron en el voto principal, pero que merecen ser expresadas con toda claridad.

La dignidad humana se ha visto como una piedra angular de los derechos humanos. De ahí que sea citada por los principales instrumentos internacionales sobre la materia y en innumerables constituciones domésticas, incluyendo la nuestra (artículos 33, 56 y 57).

Considero que la protección de la dignidad humana ha sido abarcada con un especial énfasis en su valor absoluto y su vínculo con el individuo. Sin embargo, ella abarca dos facetas que es preciso distinguir.

La primera es la dignidad humana que se adjudica a la *persona-individuo*. Es aquella que es inherente a cada persona, de manera que el individuo tiene el derecho de exigir su respeto y los demás la obligación de respetarlo. Esta faceta de la dignidad humana se derrama sobre los otros derechos humanos, como el derecho a la educación, al trabajo, a la salud, etc. Así, una persona merece un trabajo que le permita una supervivencia digna, por

ejemplo, o que los servicios de salud no degraden a los usuarios, sino que los traten con dignidad.

Al lado de la dignidad de la persona-individuo se encuentra la dignidad de la *persona-especie humana*. Esta última se encuentra aparejada a la condición humana y pertenece a cada individuo y, al mismo tiempo, a todos los individuos representados en la humanidad. En tal sentido, esta faceta de la dignidad humana se extiende allende del "interés difuso", porque su conceptualización no requiere de la imposibilidad de determinar a los titulares, sino que en realidad su titularidad está ligada a la especie humana en sí. Esta dignidad impide que la condición humana sea rebajada al grado de mercancía u objeto. En este caso, no se trata necesariamente de la protección de un individuo, sino de la condición de todos los humanos y, por tanto, concierne a la especie humana como tal.

Un repaso de algunos instrumentos internacionales permite notar esta diferenciación:

"...*las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre (persona-individuo), en la dignidad y el valor de la persona humana (persona-especie humana)...*" (Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)

"...*Reconociendo que los derechos esenciales del hombre (persona-individuo) no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana (persona-especie humana)...*

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

2.... *Toda persona (persona-individuo) privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (persona-especie humana)...*" (Convención Americana sobre Derechos Humanos)

"...*Reconociendo que estos derechos (de la persona-individuo) se derivan de la dignidad inherente a la persona humana (persona-especie humana)...*

Artículo 10

1. *Toda persona (persona-individuo) privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (persona-especie humana)...*" (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

"Reconociendo que estos derechos (de la persona-individuo) se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana (persona-especie humana)..." (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

Esta distinción también se observa en el voto de mayoría al manifestar que *"...el concepto de la dignidad humana, como fundamento de los derechos del hombre (persona-individuo), en donde cada persona, por el solo hecho de serlo, es poseedor de una dignidad, como valor fundamental inherente al ser humano (persona-especie humana)..."*

Tal como mencioné párrafos atrás, el foco de atención ha estado hasta este momento en la dignidad de la persona-individuo, pues la puesta en práctica de los derechos humanos vincula la defensa de la dignidad humana con la defensa de otros derechos fundamentales (trabajo, salud, educación, etc.).

Sin embargo, el desarrollo científico contemporáneo, luego de tristes experiencias históricas (como el holocausto), ha traído a la luz la relevancia de proteger la dignidad humana es su vertiente de persona-especie humana. Esta tendencia se muestra en algunos instrumentos internacionales:

"La Asamblea General,

(...)

Consciente de los problemas éticos que algunas aplicaciones de las ciencias biológicas en rápida evolución pueden plantear con respecto a la dignidad del género humano, los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona,

(...)

Declara solemnemente lo siguiente:

(...)

b) *Los Estados Miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana;*

c) *Los Estados Miembros habrán de adoptar además las medidas necesarias a fin de prohibir la aplicación de las técnicas de ingeniería genética que pueda ser contraria a la dignidad humana; (...)*" (Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana. El subrayado es agregado).

"Artículo 3 Mantenimiento y perpetuación de la humanidad

Las generaciones actuales deben esforzarse por asegurar el mantenimiento y la perpetuación de la humanidad, respetando debidamente la dignidad de la persona humana. En consecuencia, no se ha de atentar de ninguna manera contra la naturaleza ni la forma de la vida humana." (El subrayado es agregado. Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras).

"Artículo 1

El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad." (Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos).

En la misma dirección, el Estatuto de Roma contempla determinados tipos penales (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión), todos los cuales tienen como bien jurídico tutelado no al individuo ni, en mi criterio, a un determinado colectivo, sino que más bien el menosprecio e inobservancia a la dignidad humana, por cuanto comparto la tesis de que más allá de la defensa de un determinado colectivo "*la característica principal de esta figura es la forma cruel y bestial con que diversos injustos son efectuados, lo que contraría en forma evidente y manifiesta el más básico concepto de humanidad*" (La Rosa 2004).

Esto constituye la *ratio iuris* del mismo Estatuto, según se desprende de su preámbulo:

"Los Estados Partes en el presente Estatuto,

Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento,

Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad.

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, (...)" (El subrayado es agregado)

Así, la dignidad humana tiene un ámbito ligado en menor grado al individuo y que más bien está referido a la especie humana (denominada de diversas formas, como "familia humana", "género humano" o "humanidad"). Debe notarse que la idea de la relación entre la colectividad y los derechos humanos no es reciente, sino que se halla en tratados básicos de la materia, como parte fundamental de ellos. Por citar algunos:

"(...) Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; (...)" (Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El subrayado es agregado).

"Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, (...)" (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El subrayado es agregado).

"(...) Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la

justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, (...)" (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. El subrayado es agregado).

Ahora bien, el ámbito de protección de la persona-individuo y el de la persona-especie humana coinciden cuando el sujeto busca la protección de su condición humana. Ejemplo de ello es el caso de tráfico de órganos, donde convergen el derecho del individuo a que se respete su integridad física y su dignidad como persona, con el derecho de la especie humana a evitar que elementos humanos (órganos, tejidos, etc.) se traten igual que una mercancía.

No obstante, también existen ámbitos donde la protección de la persona-especie humana es independiente de la referencia a una persona concreta, como es la ingeniería genética sobre gametos humanos (verbigracia, el diseño o manipulación de material genético para escoger sexo, color de piel, etc. de futuras personas) o la clonación.

Se debe hacer una acotación más en relación con los diferentes ámbitos de protección. Existen situaciones donde colisionan los intereses del sujeto, que busca la defensa de su persona-individuo, con aquellos de la colectividad, que propugna la defensa de la persona-especie humana. Este tipo de conflictos generan discusiones profundas en temas como el aborto, la eugenesia, la eutanasia, la venta de elementos humanos (órganos, tejidos, fluidos corporales, etc.), entre otros. En estos últimos casos, la referencia a la dignidad de la persona-especie humana como bien constitucional tutelado, vuelve irrelevante la definición "clásica" de persona, así como la discusión de a partir de cuándo ella es sujeto de derecho, toda vez que a los efectos de la debida protección al derecho fundamental a la dignidad humana, sujeto de la misma es la especie humana en sí.

Tal tesis constituye un avance esencial en el desarrollo progresivo de los derechos humanos, porque extiende el resguardo a la humanidad a un concepto mucho más amplio, directamente referido a lo más sublime y trascendental del ser humano: su dignidad.

Ahora bien, esta nota no se desarrolla como una mera elucidación teórica, sino consciente de las implicaciones prácticas que la diferenciación conlleva."

XV.- Nota de la Magistrada Esquivel Rodríguez.- La sociedad costarricense se enfrenta a retos de gran relevancia en la era de la tecnología y de la información. En tesis de principio, las sociedades modernas deberían estar nutridas de una serie de principios fundamentales, sin lugar a dudas, uno de los más relevantes es el respeto, para vencer sentimientos como el odio y el enfrentamiento irracional. Los valores son elementos intrínsecos de la persona individual que pueden considerarse aisladamente, sin embargo, como la cara de la otra moneda, algunas veces son coincidentes –en mayor o menor medida– con los de los otros seres humanos, y por ello el poder público debe atender a necesidades colectivas en procura de sociedades más justas. No es correcto señalar que un determinado grupo de personas no tiene valores porque no piensa igual que un grupo con intereses y necesidades diferentes. Detrás de ese tipo de pensamientos se oculta un claro proceso de discriminación. Los valores no son exclusivos, ni de las religiones, ni de las clases sociales, políticas o económicas de un Estado. Estos son elementos innatos al ser humano que se van moldeando a lo largo de su existencia y en el que intervienen diferentes factores como familia, educación, entorno social y cultural, entre otros.

¿Qué es realmente la discriminación? Es la violación a un derecho fundamental a ser tratado igual que sus congéneres. No pueden hacerse distinciones odiosas con ocasión de decisiones y condiciones personales,

especialmente, si éstas tienen una incidencia **en cómo la persona humana desea realizarse frente a la sociedad**. Nuestra Constitución Política en los artículos 1 y 33 consolida la prohibición de practicar la discriminación contraria a la dignidad humana, es decir, el hacer distinciones ilegítimas que carezcan de una base justa (por que atenta contra otros derechos fundamentales), objetiva y razonable. Y, ante cualquier duda, los instrumentos internacionales de derechos humanos proporcionan desde hace muchas décadas las bases de categorías que no pueden usarse para discriminar por ser consideradas injustas, arbitrarias e irrazonables. Estos valores están contenidos en el Derecho de la Constitución, que prohíben la discriminación basada en raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas **o de cualquier otra índole**, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 1.1 de la CADH), por ejemplo. En ese sentido, es de reconocer la forma en que la Organización Internacional del Trabajo ha emitido no sólo directrices, sino convenios que promueven la **no discriminación**. Debe destacarse esa promoción de la igualdad de oportunidades en los lineamientos de ese organismo del cual Costa Rica ha dispuesto ser parte. Ha manifestado la OIT:

“La discriminación tiene lugar cuando una persona recibe un trato menos favorable que otras debido a características que no guardan relación con las competencias de la persona o las calificaciones exigidas para el empleo. Todos los trabajadores y solicitantes de empleo tienen derecho a recibir el mismo trato, independientemente de cualquier otro atributo, excepto su capacidad para hacer el trabajo. Puede haber discriminación en la etapa previa a la contratación, durante el empleo, o al término del contrato.

La no discriminación es un derecho humano fundamental. Es esencial para que los trabajadores puedan elegir su empleo libremente, desarrollar su potencial al máximo y ser remunerados en base al mérito.

Existen numerosas normas internacionales del trabajo que abordan el tema de la discriminación. La Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo exhorta a todos los Estados Miembros a promover y hacer realidad dentro de sus territorios el derecho a estar libre de prácticas de empleo discriminatorias. En la misma se identifican como convenios fundamentales el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) y el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).

El Convenio 111 señala como bases de discriminación los motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional y origen social. Otros instrumentos de la OIT señalan motivos adicionales: el VIH/SIDA, la edad, la discapacidad, las responsabilidades familiares, la orientación sexual, y la afiliación o las actividades sindicales. El Convenio 100 promueve el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor.

La Declaración de 1998 y la Declaración sobre las EMN también exhortan a las empresas a contribuir a promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación. Los directivos de las empresas y los trabajadores deberían revisar sus prácticas, tanto las relativas a la contratación como las relacionadas con otros aspectos del empleo, para eliminar cualquier base de discriminación que pudiera llevar a tratar a algunos trabajadores o solicitantes de empleo de manera menos favorable que a otros debido a

características que no guardan relación con las competencias de la persona o las calificaciones exigidas para el trabajo.

Las empresas deberían velar por que las competencias, capacidades y experiencia sean la base para la contratación, colocación, formación y promoción de su personal en todos los niveles.” (https://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/WCMS_151902/lang--es/index.htm)

Si bien es claro que estos enfoques van dirigidos hacia el tema laboral, este es uno de los elementos prioritarios en la vida de los ciudadanos. Si realizamos una correcta lectura y entendemos su verdadero significado podremos perfectamente aplicarlo en los demás aspectos de nuestra vida en sociedad. La discriminación es una práctica que provoca deterioro a la sociedad e invierte el valor respeto al negar igualdad de trato. Las naciones que no se educan para respetar al ser humano tienen una regresión social y en lugar de buscar los elementos que nos son afines tratamos de establecer las diferencias para mantener condiciones de “superioridad” y de “control social”. Estos elementos no han sido extraños en el esfuerzo que han asumido las mujeres por una sociedad más equilibrada y si bien se han logrado mejoras, el camino sigue empedrado. No es fácil para una sociedad patriarcal reconocer derechos a los grupos vulnerables. El no hacerlo lo que refleja es una sociedad sin valores y evidentemente, sin un sentido correcto de humanismo en el cual, la persona debe ser el sujeto prioritario en la toma de decisiones. Nuestro país debe avanzar en cambios políticos y legales que sienten las bases de una sociedad más equilibrada y más inclusiva.

En el tema que se analiza, el matrimonio igualitario, es necesario reiterar que existe una clara diferencia entre el concepto de matrimonio religioso y matrimonio civil. Ambos descansan sobre principios totalmente

diferentes. El ejercicio de los valores religiosos es un derecho fundamental que se debe respetar. Esos valores no se contraponen a los grupos vulnerables que exigen también, el respeto a un derecho fundamental, el derecho a que no sean discriminados.

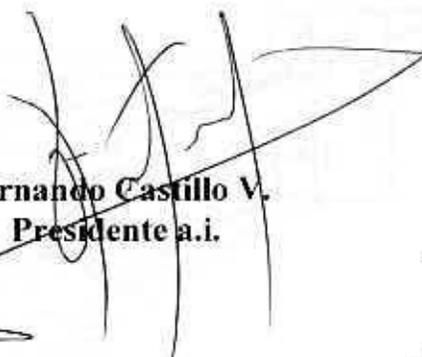
Cuando se exigen derechos, y todos lo hacemos diariamente, pedimos respeto, que sería exigir el espacio que cada ser humano necesita para desempeñarse en libertad. Ese valor que es tan fácil de reclamar, de repente se convierte en un término que dejamos de lado ante nuestros semejantes, porque no compartimos una misma forma de pensar queremos recurrir a la imposición física o de palabra. ¿Cuántas veces vemos que ese es un errado sendero que conduce a muchos otros problemas, tantas veces más serios y costosos? Esa falta de respeto al derecho de los demás se vive en nuestro país en diversos escenarios. En el país de los derechos humanos, del “pura vida”, el “más feliz del mundo”, se vive irrespeto, agresividad y odio en las calles, en los parques, en los estadios y sin lugar a dudas, en las redes sociales; una violencia descontrolada de odio colectivo. De repente, la tecnología y la información se convierten en medios para transmitir sentimientos negativos y desinformar a los ciudadanos. Será, entonces, necesario incrementar nuestra capacidad de convivencia, nuestra educación, así como empatía con nuestro entorno social y cultural. No podemos perder el norte de una sociedad que pretende ser respetada por los países vecinos y por el resto del mundo. Debemos aprender a vivir en igualdad de condiciones, pero siempre entendiendo, que el respeto se convierte hoy en día en un elemento que deberá evaluarse para distinguir una sociedad educada y con valores o, por el contrario, una sociedad en franco deterioro.

Por tanto:

Por mayoría se declaran con lugar las acciones planteadas por los accionantes Castillo Rojas, Elizondo Arias y Flores-Estrada Pimentel. Conforme al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que “226. *No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos*” (opinión consultiva OC-24/17), y vista la potestad que ostenta la Sala de graduar y dimensionar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad (ordinal 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. En consecuencia, se mantiene la vigencia del inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia hasta por el citado plazo de 18 meses. Los magistrados Cruz Castro y Hernández López se adhieren al voto únicamente en cuanto al plazo, para que haya voto de toda conformidad pues consideran que, como necesaria consecuencia de esta declaratoria, corresponde anular de inmediato el impedimento contenido

en el inciso 6 artículo 14 del Código de Familia y debe entenderse, que las parejas del mismo sexo tienen a partir de este momento un derecho de acceso –en igualdad de consideraciones– a la figura jurídica del matrimonio civil y a todas sus regulaciones legales así como a igual protección de la ley, todo de conformidad con lo establecido en la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo dispuesto en los artículos 28, 33 y 48 de la Constitución Política. Los magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez declaran con lugar la acción por razones diferentes e instan a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a adecuar el marco jurídico con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. Se acepta la coadyuvancia pasiva planteada por Jorge Fisher Aragón el 7 de abril de 2016, y se rechazan las demás coadyuvancias interpuestas este año por extemporáneas. Los magistrados Cruz Castro, Rueda Leal, Hernández Gutiérrez y Esquivel Rodríguez ponen notas. El magistrado Castillo Víquez salva el voto en todos sus extremos y declara sin lugar las acciones incoadas. Se declara inadmisibles la acción acumulada a este expediente planteada por el actor Castrillo Fernández al no haber invocado, de manera específica, en el asunto base la inconstitucionalidad de la norma objeto de esta acción. La magistrada Hernández López salva el voto y admite la acción de inconstitucionalidad planteada por Castrillo Fernández, número 15-017075-0007-CO, y la declara con lugar por entender que es inconstitucional y nula toda la normativa penal que establezca delitos (entre estos los artículos 176 y 179) aplicables a los notarios o a personas, tratándose de la materia referida en esta sentencia. Igualmente, por conexidad, declara inconstitucionales todas las directrices administrativas y normativa infralegal que vaya en contra de la aplicación de la Opinión Consultiva OC 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual incluye el acuerdo del Consejo Superior Notarial 2018-

002-024. Publíquese este pronunciamiento íntegramente en el Boletín Judicial y reséñese en el Diario Oficial La Gaceta. Notifíquese a las partes y la Asamblea Legislativa.



Fernando Castillo V.
Presidente a.i.



Fernando Cruz C.



Paul Rueda L.



Nancy Hernández L.



Luis Fdo. Salazar A.



José Paulino Hernández G.



Marta Esquivel R.

Exp. N° 15-013971

RAZONES DIFERENTES DE LOS MAGISTRADOS SALAZAR ALVARADO Y HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, CON REDACCIÓN DEL PRIMERO.

Los suscritos Magistrados declaramos con lugar la acción interpuesta, pero con base en las siguientes razones:

I.- Alcances de la inconstitucionalidad planteada. Los accionantes impugnan el inciso 6), del artículo 14, del Código de Familia, por considerarlo contrario a una serie de principios y normas, tanto constitucionales como convencionales, en el tanto en él se impide el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que, entre otras cosas, consideran discriminatorio; y, por ende, contrario al artículo 33, de la Constitución Política. De la lectura de la norma en cuestión, fácilmente se colige que esta no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que lo que estipula es la imposibilidad legal de que tal acto jurídico pueda recaer sobre personas del mismo sexo, aspecto que consideramos tiene implicaciones muy diferentes a una mera prohibición y cuya distinción pasa por alto el voto de mayoría. De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, prohibir es “*vedar o impedir el uso de la ejecución de algo*”; es decir, impedir que se realice algo que es posible realizar. En tanto, la imposibilidad significa la “*falta de posibilidad para existir o para hacer algo*”, lo que implica que ese algo no es posible llevarlo a cabo o no puede existir. En el plano del Derecho, y más específicamente en torno a la institución del matrimonio, dicha imposibilidad quiere decir que la naturaleza jurídica de la institución del matrimonio, tal y como lo ha diseñado el legislador ordinario y ha sido concebido por el legislador originario, según lo dispuesto en los artículos 51 y 52, de la

Constitución Política, y se desprende de las discusiones que constan en las respectivas Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, impide que pueda aplicarse a la unión de personas que no sean heterosexuales. De manera, que el legislador, con dicha regulación -que es aquí cuestionada- no ha agregado nada al ordenamiento jurídico, más allá de hacer explícito, por razones de seguridad jurídica, lo que es ínsito a la naturaleza de la institución del matrimonio, tal y como ha sido legalmente concebido. Este punto es importante destacarlo, ya que la imposibilidad legal no implica discriminación, como sí podría implicarlo una prohibición. En este sentido, por ejemplo -y salvando las obvias diferencias que hay entre una situación y otra-, el matrimonio, en la forma en que ha sido diseñado por el legislador, no es tampoco posible para otras formas de unión entre personas, como la poligamia, pero no por ello podría considerarse que esa imposibilidad resulta discriminatoria para quienes pretendieran legalizar dicho tipo de uniones, aún cuando estas personas, por cultura o religión, lo estimaran viable. También la consanguinidad o la edad legal para contraer matrimonio constituyen impedimentos, aunque, ciertamente, se trata de impedimentos de distinta naturaleza al examinado. De cualquier modo, lo que interesa destacar, es la imposibilidad del matrimonio en esas circunstancias, para lo cual se requeriría un diseño diverso de la institución matrimonial, sin que el hecho de que actualmente sea imposible, pueda entenderse como un trato discriminatorio.

Así, a nuestro juicio, la imposibilidad legal del matrimonio entre personas del mismo sexo se da, no en virtud de que la norma en cuestión lo prohíba, sino porque la institución del matrimonio, tal y como ha sido diseñada en su arquitectura por el legislador -en plena armonía con lo que al respecto estatuyó el Constituyente del 49-, está imbuida, toda ella, del

concepto de heterosexualidad, lo cual no cambiaría aunque el precepto impugnado no existiera.

No estamos, entonces, ante un acto discriminatorio del legislador, como se aduce, sino ante una imposibilidad legal de matrimonio entre personas del mismo sexo, que, en sí misma, no es contraria al Derecho de la Constitución. Esta distinción es trascendental para una correcta inteligencia de la norma en cuestión, lo cual es inadvertido por la mayoría de la Sala, que equipara imposibilidad legal con prohibición.

La prohibición es un impedimento, obstáculo o dificultad para realizar algo, de modo que, una vez levantada esa prohibición, el impedimento, el obstáculo o la dificultad para la realización de una cosa determinada desaparece y esta se puede llevar a cabo. Pero en el caso de la imposibilidad, esta no se puede remover, en vista de la falta de posibilidad de que algo pueda ser realizado. En otras palabras, la prohibición significa que algo que es posible no se puede realizar por existir un impedimento legal para ello; pero, en el caso de la imposibilidad legal, algo no se puede realizar porque, de suyo, no es posible legalmente.

Desde esta perspectiva, es que corresponde, entonces, determinar en qué consiste el problema de constitucionalidad que se plantea.

II.- La institución del matrimonio en el Derecho de la Constitución y en la legislación de familia. A fin de analizar el problema planteado en las acciones de inconstitucionalidad, es preciso hacer un análisis de la forma cómo el Constituyente originario y, luego, el legislador ordinario, regularon la institución del matrimonio.

En la Constitución Política vigente, el Constituyente del 49, en el artículo 52, estableció el matrimonio como la base esencial de la familia,

basado en la igualdad de derechos de los cónyuges, pero sin mayores especificaciones. De modo, que su diseño y requisitos de validez los delegó en el legislador ordinario, dejándole un amplio margen de acción y discrecionalidad en esta materia, con los límites, claro está, que las demás regulaciones constitucionales y los derechos fundamentales le imponen. Con prescindencia del concepto de matrimonio vigente en el momento histórico en que se promulgó la Constitución Política, lo cierto es que el Constituyente no expresó, en el texto Constitucional, ningún contenido específico de dicha institución, más que la característica de igualdad de derechos entre los cónyuges. De esta manera, dejó en manos del legislador un amplio campo de regulación. Precisamente, en ejercicio de esa libertad de diseño, el legislador ordinario promulgó, en 1973, el Código de Familia, en el que sustrajo del Código Civil todo lo relativo a esa nueva rama del Derecho. Es en esta regulación donde se promulga la norma aquí cuestionada.

En el Título I, del citado Código, se encuentra el diseño que el legislador dio al matrimonio civil. De su lectura se colige que dicha institución está fundada, explícita e implícitamente, sobre la base de una concepción heterosexual de la institución, acorde, sin duda alguna, con el pensamiento propio de la época en que el Código de Familia fue promulgado. Tal es el caso del artículo 35, que establece las obligaciones del marido y de la esposa, con evidente contenido heterosexual. También en los artículos 49, 69, 70 y 104, todos del Código en cuestión, se encuentran regulaciones que solo tienen pleno sentido en el tanto se conciba el matrimonio como una institución que regula la unión entre personas heterosexuales. Pero no solo el Código de Familia, sino todo el ordenamiento jurídico costarricense está construido sobre una concepción heterosexual del matrimonio, tal y como lo hace ver la mayoría al hacer un repaso sobre las distintas normas del ordenamiento que

presuponen la heterosexualidad del matrimonio, normas que resulta ocioso repetir nuevamente. Es de aclarar que este diseño está dentro del marco de acción que el propio Constituyente otorgó al legislador ordinario con respecto a esta materia, de modo que no podría reputarse como contrario a la Constitución, sino como una de las posibles regulaciones, si bien no la única, dentro de las atribuciones y la discrecionalidad que el Constituyente dejó en manos del legislador.

Lo anterior significa que el legislador ordinario podría, eventualmente, cambiar el diseño del matrimonio, sin que con ello se viole el Derecho de la Constitución, en el tanto se mantenga dentro de los parámetros que la propia Constitución establece. De allí que, conforme al Constituyente, el legislador ordinario puede regular la institución del matrimonio de diversas maneras, según criterios de oportunidad y conveniencia social, que todas ellas serían constitucionalmente viables o posibles, siempre y cuando se cumplan aquellos parámetros. En otras palabras, no existe una sola forma constitucionalmente admisible de regular la citada institución. Pero también, conforme se dirá, podría diseñar otra figura diversa al matrimonio para cobijar determinadas formas de unión en pareja, distintas a las heterosexuales.

Así, resulta, entonces, que el problema de constitucionalidad que se plantea no atañe a la norma en sí misma considerada, sino a otro aspecto más profundo.

III.- Desfase del marco legal. Si bien los accionantes impugnan, concretamente, una norma legal por estimarla contraria a la Constitución Política y al Derecho Convencional, en el tanto entienden que ese precepto establece una especie de prohibición con respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, dicho planteamiento es incorrecto, de conformidad

con lo ya expresado. En efecto, según lo dicho supra, el diseño que dio el legislador a la institución del matrimonio está dentro de los parámetros de constitucionalidad, aún cuando el vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo resulte legalmente imposible según la naturaleza jurídica que el legislador ordinario previó para esa institución. Si bien se mira, en realidad, lo que plantean los gestionantes apunta al desfase que se ha producido, con el transcurso del tiempo, entre el marco normativo y los diversos tipos de relaciones inter-personales que hoy por hoy se considera necesario regular en la sociedad, para las cuales dicho marco resulta insuficiente. Si este es o no un problema de constitucionalidad, y en el caso de serlo, en qué medida lo es, es lo que corresponde analizar en esta vía.

IV.- Legislador positivo y negativo. Lo dicho en el considerando anterior tiene estrecha relación con el tema del legislador positivo y negativo y, por ende, con el problema de la separación de Poderes y de atribución de competencias, en este caso, entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Este principio es uno de los pilares del Estado democrático y, por ende, de nuestro sistema político (artículo 9, de la Constitución Política). Al respecto, la Sala Constitucional, en Sentencia N° 2008-009567 de las 10:00 horas del 11 de junio de 2008, expresó:

“IV.- Sobre la separación de funciones de los Poderes del Estado.- El régimen democrático que impera en Costa Rica está fundado sobre la base de la división del Poder. El artículo 9 de la Constitución Política establece que el Gobierno de la República lo ejercen tres poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial y que ninguno de ellos puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias. Se le otorga además, el rango e independencia de un Poder de la República al Tribunal Supremo de Elecciones. Este principio pretende dividir, desde el punto de vista de la organización política, la detentación del poder en Poderes de igual rango,

independientes el uno del otro, de tal forma que cada uno de los Poderes, en los ámbitos que así se definan, ejerza una fiscalización sobre la labor de los otros. Se crea una organización política sustentada en tres pilares, en nuestro caso en cuatro Poderes, cimentados en un sistema de "frenos y contrapesos" que se encarga de garantizar la esencia del Estado de Derecho y la primacía del principio de legalidad y el sometimiento de la autoridad al ordenamiento jurídico, logrando precisamente, que cada uno de los Poderes tenga límites al ejercicio de su poder a fin de evitar la vulneración de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por otra parte y como evolución de la noción original de la división de poderes hacia la organización administrativa, operativa y funcional, se distribuye entre los distintos Poderes las actividades propias del Estado, lo que se conoce como competencias, potestades y funciones. El principio de división de poderes muta al principio de división de funciones, de forma tal que, los Poderes Públicos tienen claramente definidas sus funciones, con la necesidad de que cada órgano del Estado ejerza su competencia con independencia de los otros –como se ha señalado- sin que pueda ninguno de ellos asumir las propias de los otros (son ámbitos de acción exclusivos), pues tal trasgresión viola flagrantemente la raíz misma del concepto de la división de poderes que recoge de diversa manera los artículos 9, 11, 121 inciso 1) y 140 incisos 3) y 18) de la Constitución Política. Esta división de poderes -o separación de funciones como se le llama en la actualidad- supone que si bien no pueden darse interferencias o invasiones a la función asignada, necesariamente deben producirse colaboraciones entre Poderes; no existe una absoluta separación, aún más, nada impide que una misma función -no primaria- sea ejercida por dos Poderes o por todos, razón por la que no se puede hablar de una rígida distribución de competencias en razón de la función y la materia. El Estado es una unidad de acción y de poder, pero esa unidad no existiría si cada Poder fuere un organismo independiente, aislado, con amplia libertad de decisión, por lo que en realidad no se puede hablar de una división de Poderes en sentido estricto; el Poder del Estado es único, aunque las funciones estatales sean varias. Esta separación de funciones parte de la división del trabajo: el

Estado debe cumplir múltiples y variadas tareas, y éstas deben ser realizadas por el órgano estatal más apropiado e idóneo”.

Queda claro, entonces, que si bien esa separación de funciones -más propiamente que división de poderes- no es absoluta, habida cuenta de la necesaria colaboración que cada uno de los Poderes del Estado deben prestarse mutuamente para la unidad de este y de que cada uno de esos Poderes ejerce una función primaria, pero sin exclusión del ejercicio de las otras funciones de forma secundaria, no puede ejercerse de modo tal que implique la invasión, interferencia o usurpación de uno de esos Poderes en la función primaria o competencias constitucionalmente asignadas a otro. Esto cobra una especial importancia cuando del ejercicio de la función jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales, en vía de acción de inconstitucionalidad, se trata, en relación con la función legislativa que cumple el Poder Legislativo. No han sido pocas las veces en que a los Tribunales Constitucionales se les ha objetado la invasión de la función legislativa propia del Congreso.

En torno a este problema, la distinción entre legislador positivo y negativo puede aportar alguna claridad. No obstante, no se debe olvidar, que como toda clasificación, la distinción presenta zonas grises de traslape entre ambas funciones en las que es difícil -por no decir imposible- hacer una separación. Pero tampoco la diferenciación puede ser demasiado rígida, pues resultaría artificial, irreal y de poca utilidad. Por otra parte, sí es posible, en forma general y con algún grado de concreción, caracterizar una y otra función, de manera tal, que sirva de guía eficiente para evitar, en la medida en que esto sea posible, necesario y aconsejable, la invasión de funciones entre lo jurisdiccional y lo legislativo.

En términos simples, los Tribunales Constitucionales, en su función contralora de la constitucionalidad de las leyes y demás preceptos normativos de alcance general, se constituyen como un legislador negativo, en el sentido de que están facultados para dictar sentencias que derogan normas infraconstitucionales cuando estas resulten contrarias a la Constitución Política. Pero cuando la inconstitucionalidad que se acusa se produce, no por la existencia de una norma contraria a algún principio o precepto constitucional, sino por la ausencia de una regulación como resultado de la omisión del legislador de regular sobre determinada materia en la que, expresa o tácitamente, tiene el deber legal y constitucional de hacerlo, la función del Tribunal Constitucional, como legislador negativo, tiende a desdibujarse y a difuminarse los contornos y límites de su competencia. Es aquí donde más fácilmente puede producirse una invasión en las competencias propias del legislador, suplantando el juez constitucional a este último y, ante el ocio legislativo -como se le denomina en la doctrina-; convertirse en un legislador positivo; es decir, creador de normas jurídicas nuevas. Indefectiblemente, aquí surge la pregunta sobre si el vacío legislativo puede ser declarado inconstitucional y si el Tribunal Constitucional es el competente para, por medio de una sentencia, llenar esa omisión del legislador.

Esta Sala, en su jurisprudencia, ha entendido que está facultada para declarar la inconstitucionalidad del vacío legislativo, por medio de la llamada acción de inconstitucionalidad por omisión. Sobre el particular, en Sentencia N° 2015-019582 de las 9:00 horas del 16 de diciembre de 2015, dijo:

“IV.- SOBRE EL FONDO. (...) Como punto de partida, (...) lo primero a establecer es que, por la vía de la acción de inconstitucionalidad por omisión, se permite el control de constitucionalidad en los casos que existen omisiones normativas que infringen una disposición contenida de forma expresa o

manifiesta en la Constitución Política, al igual que aquellas que lesionen principios constitucionales o derechos fundamentales. En este sentido, esta Sala se ha pronunciado de la siguiente manera:

“IV.- TIPOS DE OMISIONES LEGISLATIVAS EN CUANTO AL DESARROLLO DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES. *El constituyente puede disponer de forma implícita o explícita que determinados contenidos constitucionales sean desarrollados por el legislador. En el primer caso, aunque el constituyente no disponga que una ley regulará la materia, por la naturaleza de ésta se precisa de la mediación legislativa para su adecuada aplicación operativa, esto es, no se trata de normas constitucionales completas, de aplicación automática o auto ejecutables, sino que requieren de la interpositio legislatoris. También puede acontecer lo anterior cuando, por aplicación del principio de reserva de ley, una cláusula constitucional determinada precisa de ser regulada por una norma legal (v. gr. la regulación de los derechos fundamentales, fijación de delitos, penas y tributos, etc.). En lo tocante a las hipótesis en que el constituyente le impone al legislador de forma explícita el desarrollo de determinada materia o contenido constitucional, por tratarse de preceptos incompletos, se puede distinguir dos casos diferentes. El primero surge cuando expresamente el legislador establece que una ley regulará determinada materia, sin indicar un plazo o término al legislador para su desarrollo, siendo que, incluso, en este caso debe entenderse que debe producirse dentro de un plazo razonable para el cumplimiento efectivo del mandato y diseño dispuesto por el constituyente, sin perjuicio, claro está, de la facultad de la Asamblea Legislativa de ponderar si tal desarrollo resulta políticamente oportuno o conveniente en un momento determinado. El segundo supuesto ocurre cuando el constituyente, además de mandar que se dicte una ley, le fija al legislador un plazo para el desarrollo e implementación de un contenido constitucional, situación que, en nuestro sistema constitucional, se ha producido, básicamente, respecto de ciertas reformas parciales a la Constitución, en atención a las cuales el poder constituyente derivado entiende que deben ser implementadas y complementadas legislativamente dentro de un lapso determinado al estimar que existe cierta premura y*

celeridad o, si se quiere, urgencia en su ejecución. En esta última hipótesis en que el poder reformador le fija al legislador un plazo específico, se produce una suerte de auto-limitación en cuanto al tiempo disponible para tramitar y emitir la ley respectiva, puesto que, es el propio cuerpo legislativo, en funciones de poder reformador, el que restringe o limita los tiempos de ese cuerpo colegiado y de sus instancias -comisiones-, en funciones de legislador ordinario, para tramitar y emitir la ley de desarrollo. Ese carácter de auto-restricción, en cuanto a los tiempos para sustanciar el procedimiento legislativo, le impone a la Asamblea Legislativa una mayor y más acusada responsabilidad y compromiso en tramitar y emitir la ley respectiva, puesto que, es ese propio poder del Estado, aunque lo sea en funciones material o sustancialmente diferentes, el que auto consiente la restricción temporal, sabedor del volumen de asuntos en trámite o en la corriente legislativa, de los tiempos de los procedimientos legislativos y de la capacidad, límites y alcance de trabajo de las comisiones y del plenario. No sobra advertir que, absolutamente en todos los supuestos anteriormente mencionados, el legislador conserva una discrecionalidad plena o libertad para configurar el contenido de la respectiva ley, siendo que el único límite de éste lo puede constituir el propio parámetro constitucional o el Derecho de la Constitución.” (Sentencia número 2005-05649, de las 14:39 horas, del 11 de mayo de 2005).

Por otra parte, en forma específica, este Tribunal Constitucional ha definido cuáles son los aspectos a valorar a la hora de establecer si existe o no una inconstitucionalidad por omisión, indicando lo siguiente:

“IV.- (...) esta Sala determinó los aspectos que deben tomarse en consideración al analizar si se da o no el supuesto de omisión inconstitucional: 1. Si existe el mandato al legislador; 2. Si existe mandato, si ha sido incumplido; 3. El plazo de incumplimiento; 4. Si la omisión torna ineficaz la norma o algún derecho fundamental” (Sentencia N° 2008-1001, de las 14:54 horas, del 23 de enero de 2008)”.

De modo, que no cabe duda sobre la competencia de la Sala Constitucional para conocer de la llamada inconstitucionalidad por omisión,

la cual, normativamente, está contenida en el inciso f), del artículo 73, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. El problema se presenta, más bien, en torno a los efectos que esa declaratoria puede tener y hasta dónde llegan las atribuciones de la Sala en este tema. Es claro que el Tribunal Constitucional, cuando anula una norma que, a su juicio, resulta contraria al Derecho de la Constitución, actúa como legislador negativo, que es la labor que, por antonomasia, le corresponde. Pero cabe preguntarse si, ante la omisión del legislador de regular una determinada materia, que afecta los derechos fundamentales de un sector de la población, la Sala es competente para, no solo declarar la inconstitucionalidad por omisión –sobre lo que, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, no hay discusión-, sino para dictar una norma positiva que tutele esos derechos en vista de ese ocio legislativo. Para dar una respuesta satisfactoria a esta interrogante, es necesario realizar una serie de valoraciones y análisis, conforme se expone de seguido.

V.- La inconstitucionalidad por omisión y el principio de autocontención. La Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el inciso f), del artículo 73, establece la posibilidad de que la Sala conozca sobre asuntos en los que se alega la inconstitucionalidad por omisión, al expresar: “[c]abrá la acción de inconstitucionalidad: (...) f) *Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas*” precepto que, por supuesto, alcanza la omisión del legislador. Sin embargo, en ese cuerpo legal no se estipula nada respecto a los efectos de la declaratoria con lugar de este tipo de inconstitucionalidad, pues en los artículos 88 y siguientes, solo se regula lo referente a los efectos derogatorios de la declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto normativo y su anulación del ordenamiento jurídico; es decir, lo relativo a la función de legislador negativo del Tribunal Constitucional.

Corresponde, entonces, determinar qué alcances ha de tener la declaratoria de inconstitucionalidad cuando de la omisión del legislador se trata.

Al respecto, cabe indicar, que la tradicional concepción del Tribunal Constitucional como mero legislador negativo, en el ejercicio del control de constitucionalidad, ha sido abandonada por insuficiente. En efecto, para cumplir su función de garante de la supremacía de la Constitución, el Tribunal Constitucional requiere de una serie de atribuciones y competencias que van más allá de lo que se concibe como legislador negativo, para entrar en los terrenos del legislador positivo; es decir, en la creación de normas jurídicas. El punto por dilucidar es, hasta dónde puede llegar el Tribunal Constitucional en esa labor creadora de derecho sin invadir o usurpar las competencias propias del legislador. Tema que se torna más delicado cuando de la declaratoria de una inconstitucionalidad por omisión se trata, dada la inercia del legislador en regular determinada materia. En todo caso, esa función creadora está sujeta a límites impuestos por la propia Constitución y el ordenamiento jurídico en general.

En este contexto, se debe hacer alusión a lo que, una buena parte de la doctrina denomina sentencias manipulativas sustitutivas, que son aquellas en las que el Tribunal Constitucional, como intérprete máximo de la Constitución y en su labor de contralor de la constitucionalidad de las leyes y demás preceptos normativos de alcance general, da a la norma un contenido y un alcance diverso al que originalmente tenía, sustituyendo este por el nuevo contenido que se estima acorde con lo que se concibe como el contenido actual de la Constitución. Con lo cual, claramente, se crea derecho y fácilmente, por esta vía, se invaden las competencias propias del legislador. En este caso, el Tribunal Constitucional ya no es solamente el intérprete de la Constitución, sino, además, el intérprete de la ley, labor en la cual dota de un

nuevo contenido a la norma y da origen a nuevas normas de carácter general que antes no existían. Este tipo de sentencias violenta el contenido duro de la norma y lo cambia por otro, que se estima más acorde con la realidad social y la inteligencia y lectura que actualmente se hace del contenido de la Constitución, en un afán por su conservación. Pero esto se hace con clara atribución de competencias constitucionales que le son propias al legislador.

Los problemas generados por un vacío legislativo como el que plantean los accionantes, que afectan los derechos de las parejas del mismo sexo, por muy graves que aquellos sean y por muy legítimos y loables que sean los fines que con ello se persiguen, no puede justificar la indebida intromisión de esta Sala en las competencias constitucionales propias del legislador. Esto, precisamente, es lo que implica la acción que plantean los accionantes, ya que, según lo expuesto, lo que la norma cuestionada estipula es la imposibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, según el diseño que el legislador dio al matrimonio civil; de modo, que no se trata de una mera prohibición, con lo cual, para lograr lo pretendido por los gestionantes, sería necesario que la Sala modificara el diseño legal del matrimonio civil y, una vez sustituido su contenido original, le diera un contenido distinto y ajeno al que el legislador concibió, con la consecuente creación de nuevas normas jurídicas de alcance general, lo que implica exceder las facultades de la Sala; y, adicionalmente, afectar la seguridad jurídica al variarse el contenido esencial dado por el legislador a la norma. Más aún, para vertebrar debidamente el matrimonio entre personas del mismo sexo dentro del derecho costarricense, como lo pretenden los accionantes, la Sala tendría que realizar una serie de modificaciones y transformaciones, no solo en la estructura y diseño que el legislador ordinario dio al matrimonio civil, sino en el resto del ordenamiento jurídico, a fin de hacerlo compatible con el nuevo diseño de

matrimonio propuesto, lo cual no podría hacerse sin demérito de las competencias que constitucionalmente han sido asignadas al Primer Poder de la República.

Por ello, el Tribunal Constitucional debe autolimitarse o autocontenerse, a fin de no incurrir en el ejercicio de las competencias propias del legislador al pretender suplir el vacío normativo dejado por la inercia del órgano legislativo. En este sentido, resulta de suma importancia, que el Tribunal Constitucional aplique con prudencia las técnicas de la interpretación constitucional, no usurpe las funciones y competencias que la propia Constitución otorga a otros órganos o poderes del Estado -en este caso, al legislativo-, y que no olvide que lo que realiza es una interpretación del texto constitucional, no la creación de nuevas normas para regular una situación social o jurídica que no ha sido debidamente normada por el legislador, como lo obliga, de forma implícita o explícita, la Constitución Política. Es de vital importancia que el Tribunal Constitucional se auto-limite, ya que conoce en única instancia y sus fallos no pueden ser revisados. La Sala ha entendido que, por el principio de autocontención del juez constitucional, los vacíos legales corresponde llenarlos al legislador, tal y como lo expresó en Sentencia N° 2016-009403 de las 09:05 horas del 06 de julio de dos mil dieciséis:

“... [l]lenar este vacío normativo no atañe a la Sala sino al Poder Legislativo, en virtud del principio de autocontención del juez constitucional”.

Retomando los alegatos de inconstitucionalidad planteados por los accionantes contra el inciso 6), del artículo 14, del Código de Familia, se debe concluir, que no llevan razón en sus planteamientos, ya que el diseño que el legislador, en su momento, dio a la institución del matrimonio fue acorde con

el Derecho de la Constitución, como uno de los posibles diseños que el Constituyente originario del 49 dejó a la discrecionalidad y arquitectura del legislador. En este sentido, no ha habido ningún cambio constitucional que implique una inconstitucionalidad sobreviniente de ese diseño. Nótese que se hace referencia al diseño empleado por el legislador al regular el matrimonio civil, no simplemente a la norma cuestionada en concreto, pues, como ya ha quedado dicho, esta no impone una prohibición, sino que únicamente hace expresa la imposibilidad legal del matrimonio de personas del mismo sexo con la institución del matrimonio, tal y como fue diseñado, situación que se produce aún cuando la norma cuestionada no existiera.

Lo que ha sucedido, es que la realidad social ha ido, paulatinamente, cambiando y ha desbordado el marco de dicha institución, dado que ha variado la valoración social con respecto a las uniones afectivas entre personas del mismo sexo y las vicisitudes que estas enfrentan, en tanto el marco legislativo ha permanecido inalterado en relación con dicho cambio, con lo cual esa parte de la realidad social no puede encajar dentro del diseño legal actual del matrimonio civil. Este orden de cosas es lo que la mayoría, en adopción de una expresión acuñada por el Tribunal Constitucional Colombiano, denomina "*estado de cosas inconstitucionales*". Pero, a diferencia de lo que, a partir de dicho estado afirma el voto de mayoría, consideramos que esto no torna, necesariamente, en inconstitucional el matrimonio civil, tal y como ahora está configurado, pues lo que resulta inconstitucional no es el actual diseño del matrimonio civil -que en su génesis resulta conforme al Derecho de la Constitución-, sino la inercia del legislador que no ha legislado para dar una solución viable al reconocimiento de los derechos de las uniones entre personas homosexuales, a fin de brindarles la protección y seguridad que requieren. Cuál sea esa regulación, queda

reservada al criterio y discrecionalidad del legislador y en esto es que radica la diferencia de nuestra posición frente a la de la mayoría de la Sala. Entendemos, que ese deber del legislador de regular la realidad social a fin de no dejar desprotegidos los derechos de las personas homosexuales, está implícito en el artículo 121, inciso 1), de la Constitución Política, puesto que el legislador es el obligado –constitucionalmente- a dictar las leyes necesarias para la debida protección y tutela de los derechos e intereses personales o patrimoniales de las personas.

Es al legislador -y no a esta Sala- a quien corresponde el dictado de la normativa y reglas necesarias para la protección y tutela de los derechos de las personas homosexuales; esto no solo se deriva del principio básico de la división de funciones entre los Poderes del Estado (artículo 9, Constitucional), sino que así ya lo ha resuelto este Tribunal. En efecto, en Sentencia N° 2006-007262 de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2016, se afirmó:

"(...) esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello, se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario. Estamos, entonces, en presencia de un escenario de lege ferenda, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado. Esto se indica, además, porque en la documentación que corre agregada en autos, y según lo expresado en la audiencia oral llevada a cabo durante la sustanciación de este proceso, algunos países han ido promulgando leyes (en sentido formal) que han dotado de un marco jurídico y ciertas formalidades a estas uniones, con el propósito de que tengan efectos jurídicos específicos en relación a las personas que las llevan a cabo. Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador

derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales” (el destacado no es del original).

De lo dicho por la Sala en la cita anterior, se coligue lo siguiente: **a)** la norma cuestionada no presenta inconstitucionalidad alguna; **b)** un imperativo de justicia obliga a regular los efectos personales y patrimoniales de las uniones homosexuales, dada la usencia de regulación apropiada (tema de *lege ferenda*); y, **c)** es al legislador a quien corresponde determinar la manera más conveniente de regular lo relativo a los vínculos y derechos que se deriven de las uniones homosexuales. Por ello, en nuestro criterio, corresponde a la Asamblea Legislativa decidir sobre la mejor manera de dar solución al vacío legal referido, lo que no solo tiene sustento en el hecho de que esta Sala no puede invadir las competencias propias del legislador, sino, además, en que **el Congreso es el único que tiene la base de legitimidad democrática necesaria para realizar el ajuste jurídico, social y patrimonial de la legislación vigente para ajustarla a las actuales exigencias de la realidad social en torno a las uniones entre personas del mismo sexo, así como establecer los efectos administrativos correspondientes.** En una sociedad de fuerte raigambre democrática, es al Parlamento al que corresponde esa tarea, **sobre todo porque la reforma que se requiere toca las fibras de las instituciones jurídicas tradicionales.** El vacío normativo en cuestión, se ha producido porque con el paso del tiempo la legislación vigente -cuyo origen es conforme con el Derecho de la Constitución (normas, principios y valores)- ha sufrido un desfase con la realidad, lo que hace indispensable e insoslayable

ajustarla en su contenido esencial, labor que no puede realizar esta Sala so pena de convertirse en legislador positivo, con invasión de competencias que le resultan ajenas. La solución requerida implica una adecuación normativa, sistemática e integral del ordenamiento jurídico, con efectos jurídicos y patrimoniales diversos, campo propio y obligatorio del legislador. En este orden de ideas, corresponde al legislador, por ser un aspecto de oportunidad y conveniencia, determinar cuál es el tipo de regulación que más conviene para tutelar los derechos de las parejas de personas del mismo sexo, sea, reformar a profundidad la institución del matrimonio civil para darles allí cobijo, o bien, crear otra figura jurídica que cumpla dicho cometido; además, claro está, de la necesaria adaptación del resto del ordenamiento jurídico interno a dichos cambios.

Debe tenerse presente, que el Derecho no es una creación arbitraria del legislador, sino que está íntimamente ligado a la naturaleza del ser humano y a su vida en sociedad. Por ello está en la base de la existencia y protección de los derechos humanos, puesto que, haciendo abstracción de la fundamentación ética, filosófica, histórica o evolutiva, entre otras, de los derechos humanos, estos se interpretan y se llenan de contenido conforme a una realidad y vivencia cultural determinada. De allí, que cuando se trata de temas que atañen a concepciones íntimas de las personas y que configuran el entramado social y sus expresiones culturales, se debe ser en extremo cauteloso, a fin de que la creación de reglas legales en esas materias corresponda a la interpretación democrática de aquellas vivencias culturales; pero, claro está, sin que ello implique discriminación o menoscabo de los derechos humanos fundamentales de las personas.

Por otra parte, con la pretendida declaratoria de inconstitucionalidad del inciso 6), del artículo 14, del Código de Familia, tampoco se lograría el fin

que persiguen los accionantes, es decir, la posibilidad de celebrar uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo. Esto por cuanto, según lo ya expuesto, no se trata de una mera prohibición, sino de una verdadera imposibilidad jurídica, ya que el diseño y arquitectura que el legislador utilizó para elaborar la institución del matrimonio civil -y que se inscribe dentro de la libertad de diseño que el Constituyente originario del 49 confirió al legislador ordinario en esta materia, sin olvidar que el matrimonio heterosexual corresponde a la voluntad de la Constitución, según expresión del Constituyente- tiene a la base la concepción de heterosexualidad matrimonial, de modo que, la eliminación de la norma es insuficiente para lograr el pretendido fin, toda vez que se requiere de un ajuste jurídico, social y patrimonial de la legislación, así como de los efectos administrativos correspondientes, lo que, obviamente, está fuera de las competencias que asisten a este Tribunal. Además, no se trata de un dogma, como lo ha calificado la mayoría, sino más bien de una concepción del legislador, que ha definido el matrimonio como la exclusiva unión entre personas heterosexuales, concepción que en modo alguno violenta el Derecho de la Constitución en sí misma considerada y que si bien podría cambiarse, esa labor corresponde al propio legislador de forma privativa. El asumir funciones que no le corresponden al Tribunal Constitucional podría constituir un activismo judicial malsano, en detrimento de las competencias que constitucionalmente son propias del legislador. Pero esto también va en perjuicio del propio Tribunal Constitucional, que al desnaturalizar sus funciones pone en entredicho su propia legitimidad por el abuso de sus competencias o por actuar fuera de estas.

Lo anteriormente dicho se relaciona con un principio procesal constitucional, el de la utilidad de la sentencia estimatoria de

constitucionalidad. Esto quiere decir que la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de una norma tiene que tener un efecto positivo en quien la reclama para la tutela de sus derechos e intereses. En este caso, ha quedado claro, que la anulación del inciso 6), del artículo 14, del Código de Familia, en nada beneficiaría a los accionantes, ya que, a pesar de esa declaratoria, el matrimonio civil entre personas del mismo sexo sería, igualmente, imposible, porque la institución como tal tiene un diseño legislativo irreconciliable con ese tipo de uniones. De modo, que sería ociosa tal declaratoria y, por ende, improcedente. Ya esta Sala, en otras ocasiones, se ha pronunciado en igual sentido; basta por todas lo dicho en Sentencia N° 2004-08763 de las 12:15 horas del 13 de agosto de 2004:

“Por otra parte, la pretensión del demandante (f. 24 de la demanda), de anular la norma le traería como consecuencia solamente que se le nieguen los efectos civiles al matrimonio católico, pero no que se le concedan esos efectos al matrimonio celebrado por otras denominaciones religiosas. En este sentido, la acción no sería un medio razonable para amparar el derecho que se estima violado con la norma, pues evidentemente que quedaría en la misma situación”.

En síntesis, con la pretendida declaratoria de inconstitucionalidad, los accionantes no obtendrían la tutela de sus derechos e intereses, como lo pretenden, de modo que una sentencia en ese sentido no tendría un efecto útil para ellos. Esa tutela corresponde al legislador ordinario, a través de solventar el vacío normativo que existe al respecto. En consecuencia, la acción debe ser acogida en lo que a este aspecto respecta.

VI.- Consideraciones finales sobre los alcances de la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Uno de los argumentos que se utiliza en el voto de mayoría para fundamentar la inconstitucionalidad el inciso 6), del artículo 14, del Código de Familia, es lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-24/17, en la que dicha Corte determinó lo siguiente:

“224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al (sic) estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.

225. Por otra parte, como ya fuera señalado, el Tribunal entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes (artículos 11.2 y 17). Al afirmar esto, el Tribunal no se encuentra restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que

pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado (supra párr. 33).

Con base en lo cual, concluyó:

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

Con lo cual, claramente, en opinión de la Corte, a fin de cumplir con las obligaciones contraídas por el Estado costarricense al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este debe, entre otras medidas, reconocer el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo, en las mismas condiciones en que se le reconoce a las parejas heterosexuales. Si bien la mayoría no afirma, expresamente, que dicha opinión consultiva sea de acatamiento obligatorio para nuestro país, al recurrir a dicho pronunciamiento para fundamentar su tesis, entendemos que sí lo hace implícitamente, lo cual nos obliga a dar consideraciones adicionales al respecto.

Contrario a lo que parece entender la mayoría de la Sala, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no tienen, en principio, carácter vinculante con respecto al orden jurídico interno. Y esto es así, por la propia naturaleza de lo que es una opinión consultiva, sea, un criterio jurídico de la Corte sobre el contenido de la Convención hecha a instancias de un país consultante. Lo que diga la CIDH en este tipo de procesos, ciertamente tiene un valor de guía, orientación o derrotero para el Estado consultante sobre un tema en particular, en este caso, sobre el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, a la luz de la

Convención. Pero esto no obliga a acatar, necesariamente, el criterio allí vertido. De lo contrario, no existiría diferencia entre una opinión consultiva y una sentencia, ya que ambas tendrían la misma obligatoriedad, a pesar de que en la opinión consultiva, donde no existe contención, tampoco hay partes propiamente dichas, sino únicamente interesados. Con esto, evidentemente, no se quiere decir que este tipo de resoluciones carezcan de relevancia, pues la tienen y mucha, ya que se trata de un control preventivo de convencionalidad, por medio del cual, la Corte, al interpretar el contenido de determinados derechos o artículos de la Convención, señala al Estado consultante la conducta que debe realizar a fin de ajustarse a dicho instrumento internacional. Pero, pese a la tan especial relevancia que tienen las opiniones consultivas de la CIDH, de ello no se puede concluir la obligatoriedad de su acatamiento por parte del Estado consultante.

Lo anterior queda también claro si se examina el Reglamento de la Corte, el cual, en el Título II regula lo relativo al "Proceso", con referencia a los casos contenciosos. Luego, en el Título III, se establece lo relativo a la materia "De las Opiniones Consultivas", que tienen un procedimiento específico, el cual, por vía de aplicación analógica, se puede integrar con lo previsto para el proceso o tramitación de los casos contenciosos. Esto deja ver la diferente naturaleza y consecuencias de uno y otro proceso; además, no existe ninguna norma en el Reglamento que dé carácter obligatorio a las opiniones consultivas. Así, y con base en el principio de la buena fe de los Estados, se debe concluir que su intención clara fue constituir a la competencia contenciosa y a la no contenciosa o consultiva como entidades o instituciones independientes, con características propias y particulares, y con efectos jurídicos diversos. De allí que, cuando la CIDH ejerce la competencia contenciosa, lo resuelto constituye un fallo propiamente dicho, en el que, en su

caso, se ordena el cese de la violación y la correspondiente reparación, con el pago de la indemnización a la parte lesionada; hay, entonces, la resolución de un conflicto. Por el contrario, en la opinión consultiva la CIDH solo ha de absolver la consulta en cuestión y dar su opinión con respecto a la interpretación de la Convención o del tratado de que se trate, o su opinión sobre otros temas de su competencia, pero sin ordenar ni disponer nada en concreto. En este sentido, se puede hablar de decisión, pero no de fallo.

Pero si aún quedase alguna duda sobre los alcances de las opiniones consultivas que emanan de la CIDH, el propio texto del Pacto de San José o Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 68, solo establece la obligatoriedad para los Estados Partes de las sentencias al establecer que aquellos *“se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”*; y, conforme lo dicho, solo en los procesos contenciosos ante la Corte hay partes. Por el contrario, en los artículos que regulan lo relativo a la opinión consultiva, no existe disposición alguna semejante. Así, y en aplicación del principio de derecho público vigente en las naciones democráticas, de conformidad con el cual los órganos no pueden arrogarse competencias que no le han sido conferidas expresamente, se debe concluir, que las opiniones consultivas de la CIDH no tienen ese carácter vinculante.

Por otra parte, la propia CIDH, en Opinión Consultiva 1/82 del 24 de setiembre de 1982, declaró que las opiniones consultivas de la Corte, *“por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención”*, posición reforzada por la CIDH en las opiniones consultivas OC-3/83, del 8 de setiembre de 1983, párr.32; OC-18/03, párr. 65; OC-21/14 del 19 de agosto de

2014, párr. 32; OC-22/16, párr. 25 y OC-25/18 del 30 de mayo de 2018, Serie A N° 25, párr. 46. Particularmente, la CIDH, en la Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997, párr. 26, indicó sobre el tema:

“26. Consecuentemente la Corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le confiere la Convención Americana es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el Reglamento de la Corte, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los “Estados Miembros”, los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento”.

Al respecto, el Juez Eduardo Vio Grossi, en su voto individual vertido en la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, caracteriza las opiniones consultivas en estos términos:

“12. En la opinión consultiva, por el contrario, se responde a una consulta “acerca de la interpretación de (la) Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” o se da una opinión “acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y” los señalados instrumentos internacionales. La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien en convencer. Su condición de no vinculante es la principal diferencia con la competencia contenciosa y es lo que fundamentalmente la caracteriza”.

Aunado a lo ya dicho, está la reiterada regla del Derecho Internacional de no otorgar, pese a su relevancia jurídica, carácter vinculante a las opiniones consultivas.

Así, por ejemplo, si bien el artículo 96, de la Carta de las Naciones Unidas, establece la posibilidad de opiniones consultivas por los órganos de la organización a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), ni en este ni en los otros artículos que regulan el tema, se establece el carácter vinculante de esas opiniones consultivas. En igual sentido, tampoco lo establecen los Estatutos de la CIJ en sus artículos referentes a la opinión consultiva (artículos 65 a 68), ni la tienen las opiniones consultivas que le plantee el Comité de Ministros al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de conformidad con lo preceptuado por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Artículos 47 y 48), que se contraponen a la fuerza obligatoria de las sentencias (Artículo 46).

En síntesis, a juicio de los suscritos, no cabe duda sobre los efectos jurídicos innegables de las opiniones consultivas vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tenor de la Opinión Consultiva N° 15/97 de la CIDH, y de su carácter no necesariamente vinculante.

VII.- Conclusión. Con base en las consideraciones que anteceden, declaramos también con lugar la acción, pero no con respecto a la norma impugnada, sino por la omisión del legislador de regular lo relativo a las uniones entre parejas del mismo sexo, en cuanto a sus derechos, patrimonio y efectos jurídicos de la convivencia, para lo cual instamos a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a adecuar el marco jurídico con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia, sin indicar plazo alguno para ello, ya que ni en la Constitución Política ni en el Reglamento de la Asamblea Legislativa, se establece un plazo para dicho cumplimiento, de modo que ello es parte de las

potestades de autorregulación que posee el órgano legislativo -interna corporis-. Corresponde, entonces al legislador -y no a este Tribunal Constitucional- determinar el plazo en que legislará al respecto.



Luis Fdo. Salazar A.



José Paulino Hernández G.

Exp. 15-013971-0007-CO

Nota del Magistrado Hernández Gutiérrez. El suscrito Magistrado estima necesario plantear las siguientes consideraciones. En la acción principal que ahora se resuelve –y a las que igualmente se resuelva al estar acumuladas a la principal–, las accionantes aducen la inconformidad constitucional del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, en la medida que señala la imposibilidad jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo, especialmente en un contexto donde, refieren, ya existen pronunciamientos del sistema interamericano de derechos humanos que tienden a declarar la ilegitimidad de tal prohibición, e instan a una adecuada regulación de la situación fáctica que subyace a la previsión normativa, cual es, precisamente, la necesidad de regular una situación social no valorada bajo estos argumentos al momento en que se dictó el código de rito. Es así, que tomando en consideración lo señalado en esta misma sentencia, así como las orientaciones que al respecto brindan los recientes desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estimo conveniente plantear las siguientes argumentaciones.

1.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano judicial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tiene dos competencias claramente delimitadas. Por una parte, la competencia contenciosa, habilitada precisamente para verificar aquellos casos donde se aduzca la abierta vulneración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y cuando habiéndose cumplido el proceso previo ante la Comisión Interamericana, se haya omitido todo cumplimiento a las recomendaciones que eventualmente hubieren sido dictadas, o bien, no se diere un debido cumplimiento a las mismas. Por otra, la competencia consultiva, establecida

precisamente para evacuar consultas sobre la interpretación de la Convención o de otros tratados sobre derechos humanos aplicables a los Estados de la región, que le planteen los Estados o las organizaciones señaladas en el capítulo X de la Carta de la Organización de Estados Americanos. La competencia consultiva de la Corte IDH alcanza, incluso, la posibilidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de derecho interno respecto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos –artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-. Sobre esta competencia, desde sus primigenios pronunciamientos, en la OC-3/83 señaló la Sala que:

“43. La función consultiva que confiere a la Corte el artículo 64 de la Convención es única en el derecho internacional contemporáneo. Como la Corte ya lo ha expresado en anterior oportunidad, ni la Corte Internacional de Justicia ni la Corte Europea de Derechos Humanos han sido investidas con la amplia función consultiva que la Convención ha otorgado a la Corte Interamericana (Otros tratados, supra 32, párrs. nos. 15 y 16). Cabe aquí, simplemente, poner énfasis en el hecho de que la Convención, al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso. Sería, por lo tanto, contradictorio con el objeto y fin de la Convención y con las disposiciones pertinentes de ésta, adoptar una interpretación que sometería el artículo 64 a los requisitos exigidos por el artículo 62 en cuanto a competencia, restándole así la utilidad que se le quiso dar, por el solo hecho de que pueda existir una controversia sobre la disposición implicada en la consulta.”

La competencia consultiva se erige así en un mecanismo de apoyo a los Estados, para que sin necesidad de llegar a un proceso contencioso, pueda verificarse la conformidad convencional de su propia normativa interna, y, eventualmente, actuar en consecuencia adoptando medidas internas que permitan ajustar o equilibrar la normativa o prácticas internas.

Más adelante, en la Opinión Consultiva OC-4/84, la Corte IDH precisó aún más el sentido de la competencia consultiva, al señalar que:

“19. Debe tenerse presente, asimismo, que la jurisdicción consultiva fue establecida por el artículo 64 como “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales referentes a (derechos humanos)” [Corte I.D.H., “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. no. 39]. Además, como la Corte lo ha señalado en otra oportunidad, el proceso consultivo está “destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso” [Corte I.D.H., Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. no. 43].”

De tal manera, la propia Corte enfatiza y subraya que su competencia consultiva debe apreciarse como un *servicio* que el sistema pone a las órdenes de los Estados y otros sujetos, *para ayudar o coadyuvar* en la verificación de la conformidad convencional de su ordenamiento interno. Sin embargo, también se ha ocupado de delimitar el ejercicio de esa competencia, para evitar pronunciarse sobre aspectos no expresamente señalados en el artículo 64 de la Convención Americana. Es el caso de la definición que se hace en la Opinión Consultiva OC-12/91, cuando se indica que:

“20. La Corte consideró en aquella oportunidad que, como el propósito de su competencia consultiva es el de “ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso” [*Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 43, citado en “Propuesta de modificación”, supra 10, párr. 19]*,

abstenerse [. . .] de atender la solicitud de un Gobierno porque se trate de ‘proyectos de ley’ y no de leyes formadas y en vigor, podría, en algunos casos, equivaler a forzar a dicho Gobierno a la violación de la Convención, mediante la adopción formal y posiblemente la aplicación de la medida legislativa, para luego acudir a la Corte en busca de la opinión (*Ibid.*, párr. 26).”

Es por esta precisa razón, que el tema de la admisibilidad de las solicitudes de opinión consultiva son vistas con particular celo por parte de la Corte IDH, pues debe asegurarse que esta competencia sea ejercida para la finalidad para la que fue concebida, y evitar así una tergiversación del mecanismo y del pronunciamiento que llegare a emitirse. Así se entiende cuando en la Opinión Consulta OC-13/93, señaló la Corte que:

“14. La Corte estima que la solicitud cumple formalmente las exigencias de lo dispuesto en el artículo 51 del Reglamento, según el cual para que una solicitud sea considerada por la Corte las preguntas deben ser formuladas con precisión y especificar las disposiciones que deben ser interpretadas, indicar las consideraciones que originan la consulta y suministrar el nombre y dirección del agente.

15. El hecho de que una solicitud reúna los requisitos del artículo 51 no necesariamente significa que la Corte esté obligada a evacuarla. La Corte ha reiterado que su competencia consultiva es *“de naturaleza permisiva y que comporta el poder de apreciar si las circunstancias en que se basa la petición son tales que la lleven a no dar una respuesta”* [**“Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 28**].

En esa misma opinión, la Corte advirtió que

[I]a función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos [...]. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte (*Ibid.*, párr. 25).

Y sería inadmisibile toda solicitud que

conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos (*Ibid.*, párr. 31).

En cada caso hay que considerar las circunstancias para determinar si existen elementos que conduzcan a no emitir una opinión consultiva.”

Es en este sentido que debe entenderse la solicitud de opinión consultiva presentada por el Estado costarricense respecto del problema de fondo que ahora se conoce, en la medida que la consulta formulada se dirige a determinar si la imposibilidad señalada en el artículo 14 del Código de Familia es conteste y acorde con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese mismo orden de ideas, el pronunciamiento que llegare a emitirse –como finalmente lo fue-, iría referido a determinar o verificar esa situación, sin que de suyo implique, como sí lo sería en ejercicio de su función contenciosa, una orden expresa que deba cumplirse en un sentido determinado, único y excluyente. Dicho de otro modo, tanto el Estado solicitante como el órgano pronunciante –en este caso, la Corte IDH- deben partir de la premisa que la competencia consultiva de la Corte es un mecanismo de apoyo, de ayuda, para coadyuvar en una mejor protección de los derechos humanos en caso que llegare a advertirse alguna situación de posible inconformidad convencional, pero sin que el ejercicio de esa competencia torne en nugatoria el ejercicio de la competencia contenciosa que tiene la misma Corte, es decir, sin que un pronunciamiento consultivo contenga o pretenda ser visto como si fuere un pronunciamiento contencioso.

Es criterio del suscrito, que esta primaria definición debe regir el proceso de discusión en torno a la situación que ahora conoce esta Sala: debe entenderse que la actuación del Estado costarricense lo fue en el marco de una solicitud de colaboración, que los criterios expuestos por la Corte IDH al resolver tal solicitud lo fueron en el sentido de brindar esa colaboración al Estado solicitante, y que dada la ausencia de órdenes concretas y particulares –porque se trata de una función consultiva-, debe ser el sujeto que acude en ayuda quien debe finalmente instar lo que a su buen criterio permita avanzar en el camino de protección de los derechos humanos que se haya vislumbrado

como opción posible o viable, sin perjuicio de idear sus propios mecanismos internos para acceder a una finalidad igual o similar. Es decir, se trata de recibir las orientaciones emitidas, precisamente como orientaciones de actuación, y no disposiciones judiciales de inmediato y directo acatamiento, pues aún siendo pronunciamientos judiciales interamericanos, su finalidad, funcionalidad y efectos, distan de ser equivalentes entre una y otra función de la Corte IDH –contenciosa y consultiva-.

Adviértase que desde sus primeros pronunciamientos sobre la materia, la Corte IDH ha sido altamente responsable y cuidadosa en el ejercicio de sus funciones, procurando un alto respeto al texto convencional y los principios que lo inspiran, pero también a los principios propios del Derecho Internacional Público –autodeterminación de los pueblos, igualdad soberana de los Estados, legitimación soberana de los Estados (en el moderno sentido del concepto), *pacta sunt servanda* y seguridad jurídica, entre otros definidos por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas-. Al definir y desarrollar los criterios de admisibilidad de las consultas según se prevé en el Estatuto y el Reglamento de la Corte, este órgano ha sido hasta ahora altamente cuidadoso de no traspasar el límite entre una competencia y otra. De ahí la ya referida cita de la OC-13/93, precisión que se fortalece cuando de manera expresa, y precisamente en un anterior caso sometido por el Estado costarricense, en la ya citada OC-12/91 señaló la Sala que:

“28. La Corte entiende que una respuesta a las preguntas de Costa Rica, que podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, distorsionaría el sistema de la Convención. El procedimiento contencioso es, por definición, una oportunidad en la que los asuntos son discutidos y confrontados de una manera mucho más directa que en el proceso consultivo, de lo cual no se puede privar a los individuos que no participan en éste. Los individuos son representados en el proceso contencioso ante la Corte por la Comisión, cuyos intereses pueden ser de otro orden en el proceso consultivo.

29. Si bien, aparentemente, el proyecto de ley tiende a corregir para el futuro los problemas que generaron las peticiones contra Costa Rica *actualmente ante la Comisión, un pronunciamiento de la Corte podría, eventualmente, interferir en casos que deberían concluir su procedimiento ante la Comisión* en los términos ordenados por la Convención (*Asunto de Viviana Gallardo y Otras*, No. G 101/81. Serie A. Decisión del 13 de noviembre de 1981, párr. 24).

30. Todo lo anterior indica claramente que nos encontramos frente a uno de aquellos eventos en los cuales, por cuanto *podría desvirtuarse la jurisdicción contenciosa y verse menoscabados los derechos humanos de quienes han formulado peticiones ante la Comisión*, la Corte debe hacer uso de su facultad de no responder una consulta.” –los destacados no son del original-.

De tal manera, la jurisprudencia de la Corte IDH es clara en determinar lo que aquí he señalado, y que se traduce en lo que modernamente se da en llamar el *principio de autocontención*, concebido como el valladar que el órgano judicial debe imponerse a sí mismo en el ejercicio de sus funciones, para evitar traspasar y violentar las competencias o funciones de otros órganos o, en este caso, otros sujetos de derecho internacional público, como los Estados, al mismo tiempo de cumplir de manera responsable con el ejercicio de las competencias que le corresponden en el contexto del sistema democrático.

De lo que se trata en materia de opiniones consultivas es, reitero, de brindar una ayuda a los Estados, pero sabiendo y determinando hasta dónde puede dictarse y sobre todo entenderse un determinado pronunciamiento para evitar tergiversar la resolución, alterar el contenido de la competencia ejercida, ni incidir de manera inapropiada en el ejercicio que sí le corresponde actuar al Estado consultante.

2.- Es bajo este entendimiento que debe apreciarse la solicitud de opinión consultiva que el Estado costarricense planteó ante la Corte IDH respecto de la interpretación y alcance de los artículos 11.2, 18 y 24 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto del artículo 1 de la misma Convención, en lo atinente –entre otros aspectos – a la protección que se brinda y al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados del vínculo entre personas del mismo sexo. Esta solicitud dio lugar al dictado de la OC-24/17, con base en la cual pretende fundarse la aducida inconformidad constitucional y convencional que ahora se conoce. Sobre el particular, y de conformidad con lo indicado en las anteriores consideraciones de esta misma nota, es importante señalar lo reseñado por la misma Corte IDH en el párrafo 23 de esta resolución, al indicar que:

“23. Por otra parte, en el marco del proceso de la presente opinión consultiva, la Comisión presentó información en la cual consta que actualmente se encuentra en la etapa de admisibilidad una petición relacionada con una alegada discriminación y afectación patrimonial derivada de la imposibilidad de incorporar a una pareja del mismo sexo a la seguridad social y con la falta de reconocimiento legal a las uniones de parejas del mismo sexo. Asimismo, en el trámite de la presente opinión consultiva, una persona presentó una observación escrita al Tribunal en la cual informó que actualmente se encontraba en trámite ante la Comisión una petición que lo concernía contra el Estado de Costa Rica, “por violación a los derechos fundamentales de Igualdad y No Discriminación por Orientación Sexual, concretamente por el no reconocimiento a las parejas del mismo sexo de su unión de hecho y la prohibición de contraer matrimonio”. Esta persona solicitó a la Corte que rechace de plano la opinión consultiva, formulada el 18 de mayo del 2016 por el Estado de Costa Rica por estimar que “la consulta realizada por el Poder Ejecutivo a la Corte [...] tendría como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos, a nivel nacional (acción de inconstitucionalidad) e internacional (Petición ante la Comisión Interamericana) todavía pendientes de resolución por la Sala Constitucional (violación del principio de agotamiento de vías y procedimientos internos) [los cuales se encuentran] todavía en trámite y sin ser sometidos a consideración de la Corte, sin dar[le] el derecho de ejercer en el proceso los recursos que prevén las leyes, la Convención Americana y su Reglamento, distorsionando el sistema de la Convención”.

Si bien la misma Corte refiere párrafos más adelante que la existencia de esos asuntos pendientes de conocer por parte de la Comisión, no le inhiere de pronunciarse sobre las consultas presentadas, lo cierto del caso es que lo allí señalado se constituye en una advertencia para el órgano consultivo de la

necesidad de valorar la situación y emitir un pronunciamiento que de modo alguno incida en la resolución de esas peticiones particulares, y menos que pueda ser tenida como una tergiversación de la competencia consultiva de la Corte; se trata de una advertencia planteada por la misma Comisión Interamericana y por un peticionario, respecto de la existencia de asuntos pendientes, lo cual, de conformidad con lo señalado líneas atrás, debe incitar a la Corte a abstenerse de incurrir en actuaciones que incidan indebidamente en la resolución de aquellos casos. Es decir, si bien la Corte IDH sí podría pronunciarse sobre las consultas planteadas, lo cierto del caso es que el pronunciamiento que igualmente emita de manera consultiva, debe ser entendido en el contexto del ejercicio de la función dentro de la cual se emite, evitando darle un sentido inconsecuente que ni la misma Corte IDH le otorga, como bien se ha indicado en los precedentes de cita de dicho órgano del sistema interamericano.

Admitir lo contrario sería validar que en la OC-24/17, la Corte IDH, obviando sus propios precedentes, pasó por alto el ejercicio de sus particulares funciones, soslayó el celo responsable que le había distinguido desde sus primigenias integraciones, y en un caso consultivo dictaminó de manera contenciosa. Dicha conclusión sería totalmente improcedente, y de ahí que bajo el principio de buena fe, deba necesariamente concluirse, que la intención de la Corte IDH al pronunciarse sobre las consultas planteadas, aún y sabiendo de la existencia de procesos contenciosos en marcha dentro del mismo sistema interamericano, y de la existencia de esta misma cuestión de constitucionalidad en el ámbito interno, fue simplemente la de ayudar a modo de consejo, orientación o recomendación, a un Estado a valorar una situación fáctica determinada que pudiere necesitar una valoración desde el derecho de los derechos humanos, sin que de modo alguno se revista esa ayuda, de una

orden particular, directa y concreta, como sí podría darse en el ejercicio de la competencia contenciosa. En otras palabras, aún y cuando existen esos asuntos previos pendientes de resolverse, la intención de la Corte IDH para pronunciarse jamás pudo ser la de dictar una orden concreta, pues eso sería no solamente ir en contra de la competencia consultiva, sino de sus propios precedentes que le obligan a una necesaria autocontención cuando existan ese tipo de asuntos judiciales –nacionales e internacionales- en marcha.

Esta conclusión es, además, necesaria, pues de la lectura del párrafo 24 de la misma opinión consultiva, se aprecia que la valoración realizada por la Corte respecto de lo aducido en el párrafo 23, fue, además de sucinta, carente de toda concreta fundamentación. El ejercicio democrático de la función judicial, así como las más modernas teorías de la interpretación jurídica desarrolladas, precisamente, a partir de la protección y defensa de los derechos humanos –Dworkin, Alexy, Raz, Nino, Vigo- , imponen al órgano resolutor la obligación no sólo de resolver el conflicto o la situación, sino de hacerlo de manera ajustada a sus competencias, y mediante una resolución debidamente fundamentada que demuestre el compromiso del juez con el ejercicio de sus funciones, su rol dentro del sistema democrático y la previsión de la consecuencia de sus actuaciones –Zagrebelky-. El no hacerlo así, sino que, por el contrario, pronunciarse de manera lacónica y sin mayor fundamentación, solamente debe dar lugar para concluir que de modo alguno se está cambiando el precedente establecido por la misma Corte en cuanto al carácter y efectos de las opiniones consultivas, pues tal como señalé anteriormente, concluir lo contrario sería contradecir el acervo jurisprudencial, el comportamiento prudente, responsable y oportuno, propios de la Corte IDH como lo ha demostrado hasta ahora.

En consecuencia, reitero, el pronunciamiento sobre el cual se pretende que esta jurisdicción constitucional se base para el conocimiento de esta acción de inconstitucionalidad, debe valorarse en el marco contextualizado dentro del cual se emite, cual es una opinión que a modo de consejo, brinda el órgano judicial del sistema interamericano sobre una situación cuya solución primaria debe estar bajo competencia del mismo Estado consultante, y en donde aquel criterio consultivo tiene el carácter de recomendación para que las autoridades internas adopten las medidas legislativas o de otro carácter que refiere el mismo artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.- Por otra parte, más allá del contexto y el efecto que debe reconocerse al pronunciamiento consultivo de la Corte, es importante valorar la actuación del Estado costarricense. Bien ha quedado establecido que la competencia consultiva dista de poder ser utilizada de forma que implique la suplantación de la competencia contenciosa de la misma Corte IDH, y de ahí la abstención que en tesis de principio debe dictarse cuando existan asuntos pendientes de conocimiento y resolución en el ámbito interno, o en el mismo ámbito interamericano, tal y como la misma OC-24/17 refiere en el ya citado párrafo 23.

Más allá de esto, debe hacerse notar que el Estado costarricense presentó esta solicitud de Opinión Consultiva el 18 de mayo de 2016, momento para el cual ya existía en la corriente del Poder Legislativo de Costa Rica el proyecto de ley que se tramita bajo el expediente número 19.841, denominado “Ley de Reconocimiento de los Derechos a la Identidad de Género e Igualdad ante la Ley”; al mismo tiempo, existía ya también el expediente legislativo número 16.390, expresamente nominado como “Ley de Uniones Civiles en Costa Rica”.

En criterio del suscrito, a pesar de los muy claros precedentes de la Corte IDH sobre el ejercicio de su competencia consultiva, esto significa que la solicitud planteada por el Poder Ejecutivo costarricense –en ejercicio de sus competencias como rector de las relaciones internacionales del país-, pretendió hacer uso de la competencia consultiva de la Corte como un instrumento de debate político, pues es evidente que incluso de manera previa a la presentación de la solicitud, no solamente existían sendos procesos contenciosos en el ámbito interno e internacional, sino que además existían dos concretos proyectos de ley que se encontraban en discusión, contraviniendo Costa Rica así lo preceptuado por la misma Corte IDH en la ya citada OC-4/84, cuando en su párrafo 30 señaló que *«[l]a Corte, en otras palabras, no debe inmiscuirse en disputas políticas internas, que podrían afectar el papel que la Convención le asigna»* -énfasis añadido-.

Es decir, aún y conociendo el acervo jurisprudencial de la Corte IDH, Costa Rica instó al órgano judicial interamericano a dictar un pronunciamiento que podría entenderse, al menos, como perturbador de la dinámica legislativa en marcha, y predefinidor de los procesos judiciales interpuestos. El actuar del Poder Ejecutivo implica una desatención total a las previsiones del sistema interamericano, pasa por alto la existencia de las peticiones ante la Comisión Interamericana, violenta el derecho de defensa de otros actores involucrados –pues en este tipo de procesos consultivo no encuentran cabida otro tipo de manifestaciones en ese sentido (véase supra, la cita del párrafo 28 de la OC-12/91)-, se salta incluso un eventual proceso contencioso con todas las garantías del contradictorio, y todo ese actuar parece ser coonestado por la Corte IDH sin siquiera brindar una debida fundamentación. Si ese era el deseo del Estado costarricense, debió hacer uso de los mecanismos procesales establecidos en el Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos, y allanarse en una audiencia ante la CIDH, o solicitar una resolución anticipada del conflicto, o bien, requerir una reunión de trabajo con la Comisión para explicar la situación y determinar el camino procesal a seguir. Sin embargo, el Estado omitió por completo a la CIDH, obvió todas las opciones que tenía a su disposición, y acudió a la Corte IDH aún sabiendo que técnicamente la Corte no debía pronunciarse.

La Corte no debía pronunciarse en virtud del impacto que su criterio podría llegar a tener en la dinámica legislativa del Estado consultante, así como en la tramitación de las acciones internas y las peticiones ante la CIDH. Si bien en el contexto actual empieza a vislumbrarse el tránsito del carácter subsidiario de la competencia contenciosa de la Corte, hacia una consideración de un sistema de carácter más complementario, lo cierto es que este proceso aún no termina de consolidarse, y si bien se habla de la superación del paradigma suplementario, ello no implica aún el asentamiento del paradigma de la complementariedad. En todo caso, nótese que este proceso de superación de paradigmas, se encuentra sujeto al ejercicio básicamente de la competencia contenciosa, pues es en ella, como he señalado anteriormente, que se dictan aquella serie de órdenes concretas de obligado, inmediato y directo cumplimiento. Siendo que es en esa materia donde más puede considerarse en la actualidad el tránsito entre paradigmas, mal estaría considerar que en la competencia consultiva se asiste de igual manera a dicho proceso, pues según se ha demostrado, la finalidad de las opiniones consultivas es la de ayudar y asesorar, más que de suplir la indebida protección de los derechos humanos.

Es por tal razón también, que considerar lo contrario sería admitir un activismo malsano de la Corte IDH, que la llevarían de forma contraria a las previsiones de la Convención y de su propia jurisprudencia, a hacerse parte de

un debate que debe decidir el Estado por los mecanismos y a través de los órganos democráticamente establecidos, sobre un tema que de manera directa y específica incumbe a la sociedad costarricense, como lo es el reconocimiento de derechos patrimoniales derivados de un vínculo creado entre personas del mismo sexo; tema que, en todo caso, no hace del contenido esencial o núcleo duro de los derechos fundamentales implicados, pues tal núcleo es el reconocimiento de la unión en sí, mientras que los efectos patrimoniales de esa posible unión son precisamente eso, efectos.

4.- En este mismo orden de ideas, sin detenerse en considerar el valor de las opiniones consultivas en cuando a su vinculatoriedad u obligatoriedad, sobre lo cual la misma Corte IDH se ha pronunciado, debe decirse que el tema socialmente generó amplias manifestaciones sociales, llegando incluso a valorarse la existencia de una polarización de la sociedad en torno a esta discusión, situación que quedó plasmada y resultó evidente en el más reciente proceso electoral vivido en Costa Rica durante el primer cuatrimestre del año 2018, evidenciando así que se trata de una situación que de manera directa, concreta y especial debe decidir la sociedad costarricense en su conjunto, para lo cual, incluso, existían dos propuestas de ley que ya habían sido presentadas ante el Parlamento desde tiempo antes que el Poder Ejecutivo decidiera *motu proprio* solicitar la opinión consultiva de comentario. En rigor, dada la existencia de las propuestas de ley, y tomando en consideración que la misma Corte IDH ha definido ampliamente su deber de abstenerse de incidir en estos procesos, se trata de un tema que debe abordar la Asamblea Legislativa costarricense con base en sus atribuciones constitucionales, para con su decisión dar respuesta a los grupos de personas que luchan por el reconocimiento de tales derechos.

Con su intervención, la Corte IDH parece haber fijado una postura respecto de otra, sin que el debate político interno estuviera resuelto, y sin que se hubiese cumplido siquiera los recaudos del mismo sistema interamericano, porque había peticiones ante la CIDH pendientes de resolver. Desde luego que por la oportunidad en que se emitió y comunicó la OC-24/17, tuvo un impacto significativo en el curso del proceso electoral que se estaba celebrando en el país, al incorporarse de inmediato a los debates y discursos de los candidatos de algunos partidos políticos.

Tal como he señalado supra, dentro de las características actuales del juez, especialmente del juez constitucional, y aquí estimo que el juez convencional sobre derechos humanos no se encuentra ajeno a esta definición, está el actuar responsable, sabiendo, previendo y anticipando la consecuencia de sus actos, pues así se lo impone el ejercicio democrático de su función – Zagreblesky-. En este sentido, la Corte IDH debió valorar al menos tres circunstancias concretas: **primero**, la observación que se le hizo por parte de la misma CIDH y de un peticionario sobre la existencia de asuntos previos pendientes de resolver en el propio sistema interamericano y en el ámbito interno de Costa Rica, lo cual se menciona en el referido párrafo 23 de la OC-24/17; **segundo**, la indebida utilización que de la competencia consultiva hizo el Estado costarricense, a sabiendas de la existencia de aquellos procesos y de iniciativas legislativas internas tendentes a la previsión o regulación normativa del tema, afectando con ello la naturaleza propia de esta competencia consultiva, e induciendo a la Corte IDH a terciar en un asunto que ya, de suyo, debía resolver el propio Estado a través de los mecanismos internos que ya se habían activado; y, **tercero**, la existencia misma de los dos referidos proyectos de ley presentados por el propio Poder Ejecutivo para definir y

regular la materia. Al no hacerlo así, no solo desconoció injustificadamente sus propios precedentes, sino que desnaturalizó la razón de ser de la consulta.

5.- Tomando en consideración que a través de su Poder Ejecutivo el Estado costarricense actuó de manera tan contraria al ordenamiento y la jurisprudencia interamericanas, resulta válido reseñar qué fue lo exactamente consultado por Costa Rica ante la Corte IDH, y que guarda relación con lo conocido en esta acción de inconstitucionalidad. Estas consultas se refieren a dos cuestiones concretas: el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo creado entre personas del mismo sexo -pregunta número 4-, y la necesidad de crear una figura jurídica que regule los vínculos entre esas mismas personas, para que el Estado reconozca tales derechos – pregunta número 5-.

Así, además de lo ya indicado respecto de la primera de esas consultas – la pregunta 4-, en el sentido que se trata precisamente de los efectos y no del núcleo duro del derecho a considerar, debo señalar que en el pleno sentido de la naturaleza de las opiniones consultivas como se ha expuesto en esta nota, es criterio del suscrito que la respuesta que brinda la Corte IDH en el capítulo VIII de la OC-24/17, es precisamente una *sugerencia* para el Estado costarricense, como expresamente se dice en el párrafo 25 del pronunciamiento, al disponer la Corte que aún y la formulación de la consulta concreta, lo que ella emite es una sugerencia respecto de medidas legislativas o de otro carácter. Concretamente dice la Corte IDH que:

“[E]n ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva y en vista de lo previsto en el artículo 2 de la Convención y del propósito de las opiniones consultivas de “coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos, puede también sugerir, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquellas.”
–énfasis añadido-

De tal manera, el pronunciamiento de la Corte IDH en este sentido, debe tenerse como ya se ha dicho, como una ayuda, un consejo, una sugerencia, un argumento a mayor abundamiento, un típico *obiter dictum*, para que las estructuras estatales pertinentes lo tengan en cuenta, lo valoren y finalmente se pronuncien mediante los mecanismos y recaudos previstos al efecto.

De tal manera, incluso y habiendo sido indebidamente utilizada por parte del Estado costarricense, la competencia consultiva de la Corte IDH dista de poder ser utilizada para la resolución final de un caso concreto pendiente de resolución en el ámbito interno, menos en el propio sistema interamericano, y menos aún cuando ya el propio Estado ha propiciado medidas legislativas, y está en conocimiento de medidas "*de otro carácter*" que vendrían a dilucidar el punto. Se trata de un consejo y una opinión técnica calificada, pero que por su propia naturaleza procesal, dista del efecto y posibilidad de solucionar por sí mismo y de manera directa o concreta, un conflicto particular.

6.- Finalmente, es criterio del suscrito que la declaratoria de inconstitucionalidad y consecuente nulidad y expulsión del orden jurídico de la norma cuestionada mediante esta acción, carece de todo efecto práctico en la medida que si llegare a desaparecer la imposibilidad legal de contraer matrimonio entre dos personas del mismo sexo, ello no necesariamente trae como efecto, ni produce el resultado de un reconocimiento positivo de carácter general, y mucho menos vendría a suplir la necesaria regulación normativa que demandaría el reconocimiento de la validez de esta variable matrimonial. Por el contrario, es mi criterio que este tema en particular, de conformidad con lo aquí señalado, dista de solucionarse en sí mismo a través del pronunciamiento de la Corte IDH y tampoco de esta Sala mediante una acción

de inconstitucionalidad, pues la sola inconstitucionalidad en sí carece del efecto de prever y determinar todas las variables y regulaciones no sólo para la realización de este matrimonio, sino de su celebración, inscripción y, por supuesto, los efectos no sólo de carácter patrimonial como se les ha querido ver, sino también efectos de carácter filial, de representación, de atención, de las obligaciones de cuidado, de los deberes conyugales en sentido amplio, de la trascendencia para el derecho social en general, aspectos todos que escapan claramente de cualquier pronunciamiento particular de la Sala en este momento –y, por supuesto, tampoco contemplados en la opinión de la Corte-, pues se trata, precisamente, de circunstancias que deben ser debidamente reguladas por el legislador ordinario no sólo mediante la modificación de la norma cuestionada, sino de todo aquel acervo normativo relacionado con las regulaciones y efectos del matrimonio y las uniones en el resto del ordenamiento jurídico.

En este sentido, reitero, el pronunciamiento de la Corte IDH contenido en la OC-24/17, debe ser necesariamente entendido como una sugerencia, apoyo y ayuda que este órgano judicial interamericano brinda al Estado costarricense, para que sea el propio Estado quien adopte las medidas que estime pertinentes para la regulación de la situación en concreto, medidas que en criterio del suscrito y de esta Sala, devienen en la necesaria actuación del Poder Legislativo en el ámbito propio de sus competencias.



José Paulino Hernández Gutiérrez
Magistrado

Expediente 15-013971-0007-CO

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO CASTILLO VÍQUEZ

Con el respeto acostumbrando, salvo el voto y declaro sin lugar las acciones de inconstitucionalidad acumuladas con base en las razones que a continuación paso a explicar.

A.- LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Según el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer. Es decir, nuestro constituyente originario optó por conceptualizarlo como una unión **heterosexual monogámica**. Así se desprende tanto del texto constitucional como de la jurisprudencia constitucional.

No existe la menor duda de que el constituyente originario optó por un **matrimonio heterosexual monogámico**. Esta conclusión se desprende de los métodos de interpretación histórico, sistemático y teleológico. En efecto, revisando las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, Tomo n.º II, páginas 569 y 573 a 586, sólo se puede llegar a una conclusión en esta materia: la opción constitucional, con **exclusividad** de cualquier otra, fue a favor del matrimonio **heterosexual monogámico** (sobre el segundo calificativo, véanse los votos del Tribunal Constitucional números 3693-94 y 2129-94, en los cuales indicó que el ordenamiento jurídico-matrimonial

costarricense, se inspira en el concepto monogámico de la cultura occidental, de modo tal que para contraer matrimonio, debe existir libertad de estado). Nótese que en la discusión de las mociones presentadas por los Diputados Trejos, Esquivel, Desantí y González Flores, el debate giró en torno a **padres, hijos, niños y madres**; incluso la polémica se centró en la equiparación entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio y la investigación de paternidad, lo que, obviamente, supone que el constituyente originario tenía en mente un tipo de matrimonio muy puntual; por consiguiente, una interpretación extensiva del concepto matrimonio, para incluir otro tipo de relaciones inter-personales (homosexuales, poligámicas, etc.), tendría el efecto pernicioso y antijurídico de sustituir a aquel.

Con base en una interpretación sistemática de las normas constitucionales, también necesariamente se debe concluir que el tipo de matrimonio que tiene **exclusividad** en la sociedad costarricense, es el **heterosexual y monogámico**. A nuestro modo de ver, el error en incurren algunos es que interpretan, en forma aislada, el Derecho de la Constitución. Desde su particular perspectiva, indican que el numeral 52 constitucional no habla de matrimonio heterosexual, sino únicamente de matrimonio, por lo que tal concepto constituiría una especie de “cajón de sastre” donde es posible subsumir diversas modalidades de este. Empero, con base en una interpretación sistemática del texto constitucional, haciendo la correlación lógica y necesaria entre sus normas, y conforme al principio de interpretación sentado por la Corte Plena y seguido por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que los preceptos constitucionales no puede interpretarse en forma aislada, sino de manera conjunta para evitar que se den contradicciones insalvables entre ellos,

ya que estamos en presencia de un texto armonioso y coherente (principio de la unidad de la Constitución), tenemos que el Derecho de la Constitución se refiere, **con exclusividad**, a un matrimonio **heterosexual monogámico**. En efecto, nótese como el numeral 51, cuando habla de la familia, se refiere a la madre y al niño. Evidentemente, cuando el artículo 52 regula el matrimonio, como la base esencial de la familia, es aquel formado por un **hombre** y una **mujer** y, por consiguiente, la equiparación de derechos de los cónyuges está referida a los derechos que en un matrimonio heterosexual monogámico tienen el hombre y la mujer. Incluso, acto seguido, en el numeral 53, se señala que los padres (hombre y mujer) tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Además, se indica que toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres **biológicos**, conforme a la ley. En el artículo 54 constitucional se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación. Y, por último, se expresa que la protección especial de la **madre** y del **menor** está a cargo de una Institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia.

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José" (en adelante CADH), aprobada por Ley n.º 4534 de 23 de febrero de 1970, adopta un concepto idéntico al que sigue el Derecho de la Constitución en el Estado de Costa Rica. En efecto, en el artículo 17, se indica que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por ella y el Estado. Se reconoce el derecho del **hombre** y la **mujer** a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que estas no afecten al principio de no discriminación establecidos en la CADH.

Además, se le impone el deber a los Estados partes de adoptar las medidas apropiadas para asegurar el derecho y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de su disolución. En este último supuesto, deben adoptar disposiciones que aseguren la protección necesaria de los **hijos**, sobre la base única del interés y convivencia de ellos.

El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (en adelante CEDH) establece sobre este extremo en el artículo 12 lo siguiente:

“Artículo 12. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

En igual sentido, se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Ley n. ° 4229 de 11 de diciembre de 1968, cuando, en su numeral 23, manifiesta lo siguiente:

“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

*2. Se reconoce el derecho del **hombre** y de la **mujer** a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.*

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. *Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio, y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los **hijos***". (Las negritas no corresponden al original).

Igual sucede con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que, en su numeral 16, expresa lo siguiente:

*"Los **hombres y las mujeres**, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".* (Las negritas no corresponden al original).

La Sala Constitucional, en el voto n.º 7262-06, es categórica al afirmar que el constituyente originario optó por el matrimonio **heterosexual monogámico**. Al respecto indicó lo siguiente:

"Ahora bien, es criterio de la Sala que no existe la menor duda de que el constituyente originario optó por un matrimonio heterosexual monogámico. En efecto, revisando las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, Tomo

Nº II, páginas 569 y 573 a 586, sólo es posible concluir que la opción adoptada fue el matrimonio heterosexual. Adicionalmente, la Sala ha sostenido que: "...el ordenamiento jurídico-matrimonial costarricense se inspira en el concepto monogámico de la cultura occidental, de modo tal que para contraer matrimonio, debe existir libertad de estado..." (ver sentencia N° 3693-94 de las nueve horas con dieciocho minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y cuatro). Retomando el tema de la Asamblea Nacional Constituyente, tenemos que en la discusión de las mociones presentadas por los Diputados Trejos, Esquivel, Desanti y González Flores, el debate giró en torno a padres, hijos, niños y madres; incluso la polémica se centró en la equiparación entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio y la investigación de paternidad, lo que, obviamente supone que el constituyente originario tenía en mente un tipo de matrimonio muy puntual: el heterosexual monogámico. En lo que interesa, el Acta No.17 de la Asamblea Nacional Constituyente señala: '(...) Creemos que la familia, precisamente la familia organizada dentro de la institución matrimonial -cuyo ideal en un país católico-, es la célula fundamental de la sociedad, y debe tener la protección especial del Estado (...)'. Consecuente con lo anterior es lo señalado por esta Sala en resolución N°2001-07521 de las 14:54 horas del 1 de agosto del 2001:

II.-DEL CONCEPTO DE FAMILIA CONTENIDO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Como bien lo señala el Procurador de Familia, el análisis de las normas que se consultan debe hacerse a la luz de los principios y normas constitucionales que se refieren al tema de la protección de la familia, es decir, al tenor de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política, en cuanto disponen textualmente -en lo que interesa-:

'Artículo 51. La familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.'

'Artículo 52. El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.'

De la primera disposición transcrita se deriva una obligación especial para el Estado costarricense, la de dotar de una protección especial a la familia, a la mujer, al niño, al anciano y al enfermo desvalido, en el caso concreto interesa la que se da a la familia; y en la segunda de ellas, aunque el constituyente potenció el matrimonio, entendiéndolo por tal la pareja (hombre y mujer) unida por vínculo jurídico, no prohibió la familia de hecho, de manera que el concepto de familia tutelado en las normas constitucionales es amplio y no restrictivo, de manera tal que en él se incluye tanto la familia unida por un vínculo formal -matrimonio-, como aquella en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales pero estables -uniones de hecho- en los que hay convivencia, ya que en ambas instituciones se garantizan la estabilidad necesaria para una vida familiar, en tanto se sustentan en una misma fuente, sea el amor, el deseo de compartir y auxiliarse, apoyarse y tener descendencia".

Como puede observarse de lo anterior, el matrimonio a que se refiere el Derecho de la Constitución es aquel formado por un **hombre** y una **mujer**, el cual, como se indicó atrás, tiene exclusividad en la sociedad costarricense, lo que impide tutelar bajo este instituto socio-jurídico otro tipo de relaciones inter-personales distintas a las **heterosexuales y monogámicas**.

Así las cosas, no hay la menor duda que la norma que se impugna es una "norma eco", no en el sentido literal sino ideológico, que concretiza la concepción que necesaria y lógicamente se deriva del Derecho de la Constitución. En otras palabras, la norma legal específica y desarrolla la concepción de matrimonio que se encuentra en el texto constitucional, lo cual significa, en buen castellano, que con su anulación se modifica sustancialmente lo dispuesto por el constituyente originario.

B.- LA SALA CONSTITUCIONAL Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ASUMEN UNA COMPETENCIA QUE CORRESPONDE AL PODER CONSTITUYENTE Y A LOS ESTADOS QUE FORMAN PARTE DE LA CADH

No tengo la menor duda que la Sala Constitucional asume una competencia que corresponde al poder constituyente con esta sentencia, toda vez que la concepción de matrimonio que se encuentra en la Carta Fundamental vincula a este Tribunal y solo puede ser modificada a través de los mecanismos de reforma a la Carta Fundamental.

Haciendo un análisis de Derecho Comparado encontramos las siguientes tendencias. De los 193 miembros de la Organización de las Naciones Unidas sólo 26 de ellos reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo. En efecto, los Países Bajos, Bélgica, el Reino de España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, Dinamarca, Uruguay, Nueva

Zelanda, Francia, Irlanda, Brasil, Colombia, los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América, Reino Unido, Luxemburgo, Irlanda, Finlandia, Alemania, Austria y Australia son los únicos Estados que lo aceptan.

De esos 26 Estados, el matrimonio entre personas del mismo sexo se ha reconocido a través de un acto legislativo en 18 de ellos, con la particularidad que en los casos de Sudáfrica y Canadá, el Tribunal Constitucional dio un plazo de 12 meses al gobierno para que modificara la Ley Nacional de Matrimonio y el Tribunal Supremo dictaminó que era el gobierno federal el que tenía jurisdicción exclusiva para reconocer ese matrimonio. Irlanda es el único Estado que ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo mediante referéndum; el caso de Australia es interesante, toda vez que este tipo de uniones se reconoció en referéndum y luego el Parlamento emitió la respectiva ley. Únicamente cinco Estados han reconocido ese tipo matrimonio a través de una sentencia judicial, nos referimos a Austria, que reconoció que las parejas del mismo sexo podían casarse después del 31 de diciembre del 2018, salvo si el poder legislativo decide anticipar el plazo promulgando las disposiciones necesarias; a Brasil, donde el Supremo Tribunal Federal extendió el matrimonio de personas del mismo sexo a todos los estados el 14 de mayo del 2013; a Colombia, donde en una votación dividida –seis contra tres- el Tribunal Constitucional reconoció este tipo de matrimonio el 28 de abril del 2016; a los Estados Unidos Mexicanos, donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció este tipo de matrimonio el 12 de junio del 2015 y; finalmente, los Estados Unidos de América, donde en una votación dividida –cinco contra cuatro- legalizó este tipo de uniones el 26 de junio del

2015. Es importante tener presente que en el caso de los Estados Unidos de América no encontramos en su Constitución ninguna norma que regule el tema de la familia ni el matrimonio. Algo similar ocurre con la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos que no regula de forma expresa la institución de la familia en la Constitución Política, sino solo de manera tangencial, en los numerales 3 –establecer políticas sociales a favor de familias migrantes, 4 –se encomienda a la Ley el proteger la organización y el desarrollo de la familia, 16 –nadie puede ser molestado en su familia- y 29 –en los derechos que se expidan se debe de proteger a la familia-. Como dato aparte, y dado que el Estado de Taiwán no forma parte de la Organización de las Naciones Unidas, es importante mencionar que su Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales las normas del Código Civil que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo y otorgó un plazo de dos años para el ajuste de la legislación.

Así las cosas, si en la mayoría de los Estados se ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo a través de un acto legislativo, ¡cuándo más en un Estado que reconoce el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer en la propia Carta Fundamental!

En adición a lo expuesto, me parece oportuno destacar lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) a dispuso sobre el tema. En el caso *SCHALK & KOLF v. AUSTRIA* el Alto Tribunal de Derechos Humanos concluyó que el matrimonio reconocido en la CEDH no alcanza a las personas del mismo sexo. En el caso *HÄMÄLÄINEN v. FINLAND* (Application no. 37359/09) de 16 de julio de 2014 rechazó la obligación de los

Estados a reconocer el matrimonio compuesto por personas del mismo sexo. Dicho asunto versaba sobre un matrimonio en el que el esposo decide hacerse un cambio de sexo a mujer mediante una intervención quirúrgica. Posteriormente, el esposo desea que en su documento de identificación aparezca como género el femenino, lo cual solo le es aceptado por las autoridades administrativas si convierte su matrimonio en una relación civil de convivencia o si se divorcia. Precisamente, en Finlandia, el matrimonio solo se permite entre personas de distinto sexo, pero los derechos de parejas del mismo sexo están cubiertos por la posibilidad de registrar una sociedad de convivencia. El Alto Tribunal europeo dispuso que, en cuanto al artículo 8 del CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar), por una parte, *“cuando una faceta muy importante de la existencia de un individuo o su identidad está en juego, el margen de apreciación permitido a un Estado será restringido”* ...; y, por la otra, *“cuando, sin embargo, no hay consenso dentro de los Estados miembros del Consejo de Europa, ya sea en cuanto a la importancia relativa de los intereses en juego o en cuanto a la mejor forma de protegerlo, sobre todo cuando el caso plantea cuestiones morales o éticas sensibles, el margen de apreciación será más amplio.”* En dicho asunto, el TEDH consideró que el margen de apreciación de Finlandia era muy amplio por estar de por medio cuestiones morales o éticas sensibles. Atinente al numeral 14 del CEDH (*“Derecho a contraer matrimonio: A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”*) en lo referido a los artículos 8 y 12 de ese mismo instrumento, el TEDH concluyó que dichos ordinales no le imponen a los Estados suscriptores del CEDH la obligación de otorgar a las parejas del mismo sexo el derecho al matrimonio. En el caso **OLIARIO Y OTROS v. ITALIA** reafirma que no hay una

obligación de los Estados a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo; empero, el Tribunal reprochó al Estado italiano que no haya ninguna protección jurídica para este tipo de uniones, por lo que debe existir una adecuada y efectiva protección a estas uniones. En este caso específico, el TEDH observó que la propia Corte Constitucional italiana exhortó al gobierno y al PARLAMENTO a regular y ofrecer protección jurídica a las parejas del mismo sexo, postura que se modifica en un caso del 2016 contra el Estado de Francia, tal y como a continuación se narra.

En efecto, en un fallo reciente— **9 de junio del 2017**— del TEDH —Chapin y Charpentier v. Francia—, y por unanimidad, dispuso que el CEDH no consagra de forma automática el “derecho” al matrimonio para las parejas homosexuales. La sentencia se fundamenta, principalmente, en los artículos 8 (respeto al derecho de la vida privada y familiar) y 12 (derecho al matrimonio y a fundar una familia). Tras recordar que la regulación del matrimonio corresponde a las leyes de los Estados que han firmado el CEDH, el TEDH recuerda que el artículo 12 consagra “el concepto tradicional del matrimonio, a saber: **la unión de un hombre y de una mujer**” y que **no impone a los gobiernos la “obligación de abrir el matrimonio a las personas de mismo sexo”**. En relación con el artículo 8 y alegando también artículo 14 (principio de no discriminación), la sentencia afirma que **“los Estados son libres de reservar el matrimonio únicamente a parejas heterosexuales y gozan de un margen de apreciación para decidir acerca de la naturaleza exacta del estatuto otorgado por otros modos de reconocimiento jurídico”**. Así las cosas, el TEDH acepta sin coaccionar, la decisión de cada Estado, sea cual sea:

mantener el matrimonio de siempre, legalizar el homosexual u optar por una unión civil. Y por supuesto, reconoce el derecho de cada Estado a cambiar la legalidad vigente. El caso que ha motivado este fallo, es la unión entre dos hombres celebrada en Francia por el líder ecologista Noël Mamère, en su condición de alcalde de Bègles. Como es bien sabido, los ciudadanos Stéphane Chapin y Bertrand Charpentier acudieron ante el TEDH por la supuesta violación de los artículo 12 (derecho a contraer matrimonio) y el artículo 14 (prohibición de discriminación) del CEDH y el artículo 8 (vida privada) en relación con el artículo 14 (prohibición de no discriminación) por parte de la República Francesa (en adelante “Francia” o el “Estado”).

De previo, es importante mencionar que cuando se interpuso la solicitud ante el TEDH, en Francia no se permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues fue en el año 2013 que se promulgó la Ley n.º 2013-404, mediante la que se modificó el artículo 143 del Código Civil, para que se leyera de la siguiente manera: *“El matrimonio se contrae entre dos personas de sexo diferente o de mismo sexo”*. Esta ley fue avalada por el Consejo Constitucional Francés mediante decisión n.º 2013-669.

Sobre la alegada violación al artículo 12 y 14 del CHDH, el TEDH reiteró su criterio emitido en la sentencia Schalk y Kopf vs. Austria:

“36. (...) la Cour a dit que, si l’institution du mariage avait été profondément bouleversée par l’évolution de la société depuis l’adoption de la Convention, il n’existait pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel. Elle a considéré que l’article 12 de la Convention s’appliquait au grief des requérants, mais que l’autorisation ou l’interdiction du mariage homosexuel était régie par les lois nationales des États contractants. Elle a

retenu que le mariage possédait des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre et rappelé qu'elle ne devait pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre. Elle a donc conclu que l'article 12 n'imposait pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel tel que celui des requérants (voir également Gas et Dubois c. France, no 25951/07, § 66 CEDH 2012)".

En una traducción libre: "(...) *si la institución del matrimonio había sido profundamente trastocada por la evolución de la sociedad desde que se adoptó el Convenio, no existía un consenso europeo sobre la cuestión del matrimonio homosexual. Estimó que el artículo 12º del Convenio se aplicaba a la queja de los demandantes, pero que la autorización o la prohibición del matrimonio homosexual se regía por las leyes nacionales de los Estados contratantes. Recordó que el matrimonio poseía connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas, susceptibles de variar notablemente de una sociedad a otra y recordó que **no debía apurarse en sustituir su propia valoración a la de las autoridades nacionales, mejor ubicadas para valorar las necesidades de la sociedad y responder a ellas. Por lo tanto, concluyó que el artículo 12º no imponía al gobierno demandado la obligación de otorgar el derecho al matrimonio a una pareja homosexual como la de los demandantes***". (Las negritas no corresponden al original).

Bajo ese mismo orden de ideas, el TEDH citó dos sentencias recientemente dictadas, específicamente el caso de Oliari y otros c/ Italia y Hämäläinen c/ Finlandia, en el que se recordó que el artículo 12º del CEDH reconocía el concepto tradicional de matrimonio, a saber la unión de un hombre y una

mujer. El Alto Tribunal indicó que si bien era cierto que algunos Estados miembros habían otorgado el derecho al matrimonio a los contrayentes de mismo sexo, este artículo no podía entenderse en el sentido que imponía la misma obligación a los Estados contratantes. Literalmente la sentencia dice:

"37. La Cour a réitéré cette conclusion dans les récents arrêts Hämäläinen et Oliari et autres précités. Dans l'arrêt Hämäläinen (§ 96), elle a rappelé que l'article 12 consacrait le concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme et que, s'il était vrai qu'un certain nombre d'États membres avaient ouvert le mariage aux partenaires de même sexe, cet article ne pouvait être compris comme imposant pareille obligation aux États contractants".

En una traducción libre:

"37. El Tribunal reiteró esa conclusión en las recientes sentencias Hämäläinen y Oliari y otros. En Hämäläinen (§ 96), recordó que el artículo 12 consagraba el concepto tradicional de matrimonio, a saber, la unión de un hombre y una mujer, y que, si bien era cierto que número de Estados miembros había abierto el matrimonio a parejas del mismo sexo; este artículo no podía entenderse como una obligación de ese tipo para los Estados contratantes".

Retoma la sentencia de Oliari y otros c/ Italia, puesto que ahí se estableció que las conclusiones relacionadas al concepto tradicional del matrimonio y la inexistencia de la obligación de otorgar el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales, seguían siendo válidas a pesar de la evolución gradual de los Estados europeos en esta materia. Sobre esto, el TEDH expresó lo siguiente:

"38. Dans l'arrêt Oliari et autres (§§ 192-194), elle a affirmé que ces conclusions restaient valables malgré l'évolution graduelle des États en la matière, onze États membres du Conseil de l'Europe autorisant désormais le mariage entre personnes de même sexe. Elle a rappelé avoir dit dans l'arrêt Schalk and Kopf que, pas plus que l'article 12, l'article 14 combiné avec l'article 8, dont le but et la portée sont plus généraux, ne pouvait s'interpréter comme imposant aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Elle en a déduit que la même approche était valable pour l'article 12 combiné avec l'article 14 et a rejeté ce grief comme étant manifestement mal fondé (§ 194)".

En una traducción libre:

"38. En Oliari y otros (§§ 192-194), afirmó que estas conclusiones siguen siendo válidas a pesar de la evolución gradual de los Estados en esta área, con once estados miembros del Consejo de Europa que ahora permiten el matrimonio interpersonal del mismo sexo. Ella recordó en Schalk y Kopf que ni el artículo 12 ni el artículo 14, combinados con el artículo 8, cuyo propósito y alcance son más generales, podrían interpretarse como imponentes a los Estados contratantes para abrir el matrimonio a parejas del mismo sexo. De esto se infirió que el mismo enfoque era válido para el artículo 12, tomado conjuntamente con el artículo 14, y rechazó esa queja por manifestamente infundada (§ 194)".

En lo que atañe a la supuesta violación del artículo 8 en relación con el artículo 14 del CEDH, los recurrentes acusaron que el Estado les vulneró su

derecho al respeto de su vida privada y familiar por razones de orientación sexual. Al respecto, el TEDH desestimó los alegatos de la parte accionante, por los siguientes motivos:

1. El TEDH recordó que los Estados contratante siguen siendo libres de no otorgar derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo.

"38. La Cour rappelle que les États demeurent libres au regard de l'article 14 combiné avec l'article 8 de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels(...)".

En una traducción libre:

"38. La Corte recuerda que los Estados siguen siendo libres en virtud del artículo 14 en relación con el artículo 8 para abrir el matrimonio solo a las parejas heterosexuales (...)".

2. Igualmente establece que los Estados tienen cierto margen de apreciación para decidir la naturaleza del estatus conferido por otros modos de reconocimiento. Es decir, los Estados deciden como regulan las uniones entre personas del mismo sexo.

"38. (...)et qu'ils bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique (Schalk et Kopf précité, § 108 et Gas et Dubois précité, § 66)".

En una traducción libre:

"38. (...) y que disfrutan de un cierto margen de apreciación al decidir la naturaleza exacta del estatus conferido por los otros modos de"

reconocimiento legal (Schalk y Kopf citados arriba, § 108 y Gas y Dubois citados arriba, § 66”.

Estando en trámite esta acción, la CIDH emitió la opinión consultiva n.º OC-24/17, en la que sostuvo lo siguiente:

1. La CIDH constató que la representación de Costa Rica en la solicitud de opinión consultiva, no explicitó a cuál vínculo entre personas del mismo sexo se refería. La CIDH infirió que el Estado al hacer referencia al artículo 11.2 de la CADH, la cuestión estaba relacionada con el caso *Duque vs Colombia*. En ese caso, la Corte verificó que existió una diferencia de trato a las parejas homosexuales que se encontraban en unión de hecho versus las parejas heterosexuales, específicamente por la denegatoria de una pensión.
2. La CIDH estableció que los derechos producto de relaciones afectivas entre parejas suelen estar protegidos por CADH, a través del instituto de la “familia” (17.1 CADH) y “vida familiar” (11.2 CADH).
3. La CIDH reconoce que las parejas del mismo sexo pueden ser considerados como “familia”. Se destaca la importancia de la familia como “institución social”. La familia ha evolucionado conforme al cambio de los tiempos. Existen diversas formas en las que se materializan diversos vínculos familiares, no se limitan a relaciones fundadas en el matrimonio o bien concepto tradicional (mamá-papá-hijos). La CADH no establece un concepto de familia.

4. Es en el párrafo 182 de la OC-24/17, en el que se podría decir, se hace una interpretación del artículo 17.2 de la CADH (artículo no consultado por el Estado en la pregunta), y se expresa:

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

5. La CADH debe ser interpretada no solo tomando en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con el tratado, sino con todo el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (p. 183).
6. Los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. La interpretación evolutiva confluye con la observancia del objeto y fin de la CADH. Esta interpretación es acorde con el artículo 29 de la CADH y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Según la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), ha establecido que en determinados tratados internacionales la intención de los Estados parte es precisamente utilizar un lenguaje cuyo significado no

sea fijo, que sea capaz de evolucionar para permitir el desarrollo en el Derecho Internacional.

7. La interpretación del concepto de familia no puede ser restrictivo, porque sino frustraría el objeto y fin de la CADH, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. El concepto de familia es flexible y amplio. La CIDH no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia.
8. Es obligación de los Estados reconocer y proteger estos vínculos.
9. Quienes redactaron y adoptaron la CADH no presumían conocer el alcance absoluto de los derechos fundamentales allí reconocidos, motivo por el cual la CADH le confiere a los Estados y la CIDH la tarea de descubrir y proteger dichos alcances conforme al cambio de los tiempos.
10. De conformidad con el principio N° 13 de los Principios de Yogyakarta, se reconocen que las personas tienen derecho a la seguridad social y otras medidas de protección social.
11. Los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación por orientación sexual, la seguridad social, los beneficios laborales, licencia por maternidad, beneficios por desempleo, seguro, etc. A las familias conformadas por personas del mismo sexo, deberán garantizarles otros derechos, beneficios y responsabilidades, tales como impuestos, herencias, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, etc.

Por último, en relación con la respuesta sobre la primera pregunta relacionada con las uniones de personas del mismo sexo:

“(...) La Corte considera que el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales. Como fue constatado por este Tribunal, las implicaciones del reconocimiento de este vínculo familiar permean otros derechos como los derechos civiles y políticos, económicos o sociales así como otros internacionalmente reconocidos. Asimismo, la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de personas heterosexuales”.

EN CONCLUSIÓN: *“199. En virtud de lo arriba descrito, en respuesta a la cuarta pregunta planteada por el Estado de Costa Rica, la cual se refiere a la protección de los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo, la Corte concluye que:*

La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas homosexuales”.

B.1.- SOBRE LOS MECANISMOS POR LOS CUALES LOS ESTADOS PODRÍAN PROTEGER LAS FAMILIAS DIVERSAS

En vista de que la respuesta a la primera pregunta fue afirmativa, la CIDH entró a responder la segunda pregunta. Bajo ese mismo orden de ideas, la analizó de la siguiente manera:

- Hizo un abordaje relacionado con la práctica internacional para asegurar los derechos derivados del vínculo familiar entre personas del mismo sexo.
 - Se citó el caso de Duque vs Colombia, donde se estableció que diversos Estados de América habían tomado acciones legislativas, administrativas y judiciales para asegurar derechos a través del matrimonio, la unión civil o unión de hecho.
 - Se cita el caso Karner vs. Austria, en el que se reconoció el derecho del conviviente sobreviviente de una pareja del mismo sexo relacionado con un desalojo basado en la Ley de Arrendamiento Interno.
 - El TEDH ha dicho que no son admisibles distinciones basadas en la orientación sexual de las parejas para permitirles el acceso al seguro.
 - Se cita el caso de Oliari vs. Italia, en donde el TEDH encontró al Estado italiano como internacionalmente responsable por no permitir el acceso a las parejas del mismo sexo a una figura jurídica.
 - Se citaron países y ciudades como: Ciudad de México, la sentencia de la Suprema Corte de la Nación de México, en Uruguay (se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo), Argentina (se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo), en Brasil

el Supremo Tribunal Federal garantizó a las parejas homosexuales los mismos derechos que a las heterosexuales, Chile (Ley que crea el acuerdo de unión civil que beneficia a parejas del mismo sexo). En Ecuador, se permite la unión de hecho. En Colombia, se permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo (Corte Constitucional de Colombia) y en Canadá (se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo).

- La CIDH reconoce que existen medidas administrativas, judiciales y legislativas que pueden ser adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo:

“217. De conformidad con lo anterior, la Corte observa que existen medidas administrativas, judiciales y legislativas de diversa índole que pueden ser adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo. Como fue mencionado con anterioridad, los artículos 11.2 y 17 de la Convención no protegen un modelo en particular de familia, y ninguna de estas disposiciones puede ser interpretada de manera tal que se excluya a un grupo de personas a los derechos allí reconocidos”.

- **No es necesario crear nuevas figuras jurídicas para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo:**

*“218. En efecto, si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, **opta** por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo –incluyendo el*

matrimonio—, de conformidad con el principio pro persona contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal considera que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo”.

- **La Corte reitera su criterio jurisprudencial que la falta de consenso al interior de un país para el pleno respeto de los derechos a las parejas del mismo sexo, no puede ser un argumento válido para negarles los derechos:**

“219. Por otra parte, la Corte reitera su jurisprudencia constante en cuanto a que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido⁴¹³ (supra párr. 83)”.

- **Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y las homosexuales relacionadas de cómo fundar una familia, no es convencionalmente aceptado:**

“220. Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia – sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra

superar un test estricto de igualdad (supra párr. 81) pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional”.

- **La procreación no es la finalidad del matrimonio:**

*“221. La Corte advierte que para **negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio**, típicamente se esgrime como argumento que su **finalidad es la procreación y que ese tipo uniones no cumplirían con tal fin**. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social⁴¹⁴. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas –casadas o no– que por cualquier motivo carecen de capacidad generandi o de interés en procrear”.*

- **La etimología no puede ser un factor determinante para negar el matrimonio entre personas del mismo sexo:**

“222. Por otro lado, el significado de la palabra ‘matrimonio’ al igual que la de ‘familia’ ha variado conforme al paso de los tiempos (supra párr. 177). Si bien la etimología es siempre ilustrativa, nadie pretende una imposición semántica de la etimología, pues de lo contrario se debería igualmente excluir del lenguaje otra numerosa cantidad de vocablos cuya semántica se aparta de su etimología”.

- **No es válida la oposición al matrimonio entre personas del mismo sexo utilizando argumentos de índole religioso:**

“223. Aunado a lo anterior, la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico⁴¹⁵. En ese sentido, la Corte observa que en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro”.

- **Crear una figura que produzca los mismos efectos que el matrimonio y se le otorgue a las parejas homosexuales, es estigmatizante y posiblemente discriminatorio:**

“224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el

matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados "normales" en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados "anormales" según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana".

- **Elegir entre en unión de hecho o matrimonio es algo intrínseco a la dignidad humana:**

"225. Por otra parte, como ya fuera señalado, el Tribunal entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes (artículos 11.2 y 17)417.

Al afirmar esto, el Tribunal no se encuentra restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado (supra párr. 33”).

- **Sobre las dificultades institucionales para adecuar la legislación y el deber de emitir de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales:**

“226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos”.

- **El deber internacional a los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho al acceso al matrimonio:**

“227. De cualquier manera, los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están

igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria”.

EN CONCLUSIÓN, la respuesta de la Corte IDH a la quinta pregunta fue:

“228. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, en respuesta a la quinta pregunta del Estado Costa Rica, en torno a si es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación, la respuesta de la Corte es que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna”.

A pesar de los argumentos tan sugestivos de la CIDH, analizando la cuestión con mayor profundidad, a la luz de la propia CADH y de los Instrumentos

Internacionales de Derechos Humanos, a la conclusión que arriba, tal y como se demostrará a continuación, es que la CIDH dejó de lado su función interpretativa y, en su lugar, asumió una función normativa, ejerciendo una competencia que corresponde de forma exclusiva y excluyente a los Estados parte. Esta postura tiene como primer argumento el hecho de que ante dos textos tan similares, los dos tribunales de derechos humanos – el europeo y el interamericano- arriban a conclusiones diferentes. Vemos a continuación los textos:

B.2.- CUADRO COMPARATIVO RELACIONADO CON LOS DERECHOS MENCIONADOS EN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 DE LA CORTE INTERAMERICANA (CORTE IDH).

Temática	Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)	Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)
Familia	<p>Artículo 17. CADH. Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.</p>	<p>No hay una norma similar en el CEDH.</p>
Vida Privada y Familiar	<p>Artículo 11. CADH. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. <u>Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o</u></p>	<p>Artículo 8 CEDH. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad</p>

	<p><u>reputación.</u></p> <p>3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.</p>	<p>pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.</p>
<p>Matrimonio</p>	<p>Artículo 17. CADH. Protección a la Familia. (...)</p> <p>2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.</p> <p>3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.</p> <p>4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y</p>	<p>Artículo 12 CEDH. Derecho a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.</p>

	<p>conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.</p>	
--	---	--

[1] El CEDH menciona en dos oportunidades la palabra familia. En los artículos 8.1 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), artículo 12 (derecho a contraer matrimonio y se da el derecho a fundar una familia).

[2] La CADH menciona “ocho” veces la palabra “familia” o “familiar”. En el artículo 11.2 (prohibición de injerencia en la vida privada o familiar), artículo 17 (protección a la familia), artículo 19 (derechos del niño), artículo 27.2 (suspensión de garantías. Prohibición de suspender la protección a la familia), artículo 32 (correlación entre deberes y derechos).

[3] Para la CIDH la CADH cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria (11. 2 y 17.1). Es así como la CIDH ha considerado que las posibles vulneraciones al bien jurídico tutelado, deben analizarse no solo como una posible injerencia a la vida privada y familiar, según el artículo 11.2 de la CADH, sino también por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 del mismo cuerpo normativo. (Caso Attala Riffo vs. Chile, párrafo 175 y OC-24/17, parr 174).

[4] Para el TEDH, en el caso Shalek y Kopf vs. Austria (2010), no existe una vulneración a la CEDH porque los Estados europeos abran la figura del matrimonio a personas del mismo sexo; empero, esa determinación de permitirlo o negarlo, debe ser regulado por cada Estado. El artículo 12 del

CEDH no impone la obligación a los Estados europeos a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo (casos Oliari y otros vs. Italia y Chapin y Charpentier v. Francia-).

La pregunta que cualquier observador no muy agudo debe plantearse, es porqué ante textos tan similares de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ambos tribunales arriban a conclusiones diferentes, máxime que, en el caso de la última sentencia de la TEDH, se **dicta en el año 2017 y se adopta por unanimidad**. Mi conclusión es que la CIDH mutó su función, dejó la condición de intérprete último y supremo –no el único, pues cada Estado puede tener su propia interpretación de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos-, y asumió una naturaleza normativa, en la que carece de toda competencia. Desde mi perspectiva, la CIDH dejó de lado una norma Derecho Internacional consuetudinario que se encuentra consagrada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la que impone al intérprete el deber de que el tratado debe ser interpretado de buena fe, conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin. Ergo, en la interpretación de los tratados, dentro de ellos los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, se deben seguir las normas *ius cogens*, las cuales se encuentran recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Como se estableció *supra*, el artículo 31 de ese cuerpo normativo establece que un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos, en su contexto y a la luz de su objeto y fin. En esta dirección, se ha pronunciado el TEDH en el caso Golder v. United Kingdom, así como la

CIDH cuando interpretó la expresión "leyes" del artículo 30 de la CADH (véase la opinión consultiva OC-6/86 de 1986) e, incluso, afirmó que para la interpretación del artículo 64 de la CADH utilizó los métodos tradicionales del Derecho Internacional "(...) tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, cuanto en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los mismos han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados" (véase la opinión consultiva OC-1/82 de 1982, pág. 13). Por esta misma línea de pensamiento transita la Organización Mundial de Comercio en el caso Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional. Sigue diciendo el numeral 31 de la citada Convención de Viena que para la interpretación de los tratados, el contexto comprende, además del texto, su preámbulo y sus anexos; todos los acuerdos a que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de su celebración; todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado por las demás como instrumento referente al tratado; también, juntamente con el contexto, hay que tener en cuenta: todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes; y, finalmente, a cada término se le da un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Como ha sostenido la doctrina, este numeral consagra la pluralidad de métodos de interpretación de los tratados, pero le da una clara primacía a la interpretación textual o literal, lo cual significa, ni más ni menos, que el punto de partida de la interpretación de un tratado, en este caso los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, es el texto mismo del

convenio, y si este es claro y da certeza sobre su alcance, no hay que indagar más, pues cuando el texto es claro y preciso, el intérprete no debe buscar desentrañar el precepto, ya que esa labor intelectual lo que produce es que se le desnaturalice y adopte una interpretación diferente a la que las partes le dieron.

Es importante acotar que a la hora de interpretar un tratado se deben aplicar todos los métodos de interpretación que consagra el numeral 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La idea es realizar una operación intelectual donde de forma conjunta y combinada se utilicen todos los métodos para establecer cuál es el elemento dominante, salvo que el texto sea tan claro que con solo la interpretación textual se desentrañe la intención de las partes. En este sentido, la Corte Permanente de Justicia Internacional nos recuerda, en su opinión consultiva dictada en el caso de la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres y en el Asunto del Servicio Postal Polaco de Danzig, que cuando “(...) *puede dar efecto a la disposición de un tratado atribuyendo a las palabras empleadas un sentido natural y ordinario, no puede interpretar estas palabras intentado darles otra significación*”.

Además del método literal, está el uso del contexto. La idea es no interpretar de forma aislada las normas del tratado, sino más bien en armonía con su contexto inmediato, sea su preámbulo, anexos y acuerdos concertados entre las partes que amplíen o modifiquen el convenio original o declaraciones internacionales unilaterales realizadas por los Estados y que las otras partes aceptan como instrumento conexo al tratado.

La tercera regla de interpretación expresa que la interpretación del tratado debe ser conforme con su objeto y fin, sin que ello conlleve a alterar el resultado claro y preciso que puede ser obtenido de la aplicación de la regla del sentido ordinario de los términos, tal y como acertadamente lo ha establecido la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) en el Caso de la Tierra, Islas y Fronteras Marítima entre el Salvador y Honduras (véase páginas 375 y 376).

Una cuarta regla remite a la conducta ulterior de las partes, lo que supone la existencia de una práctica concordante, común y consistente, la cual ha sido reconocida de forma reiterada por la jurisprudencia internacional, verbigracia: la Corte Permanente de Arbitraje en el Caso de la Reclamación Rusa contra Turquía; por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la opinión consultiva sobre la competencia de la O.I.T. para la reglamentación internacional de las condiciones de trabajo de las personas empleadas en tareas agrícolas; la CIJ en el Caso del Estrecho de Corfú, en el Caso de la sentencia arbitral de Rey de España entre Honduras y Nicaragua, en el Caso de Templo Préah Vihear, en el Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, en el Asunto de la disputa territorial entre la Jamahiriya Árabe Libia y Chad, en la opinión consultiva sobre la legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados y en el Caso de la isla Karikili/Sedudu entre Botswana y Namibia.

Otra regla es la del efecto útil, la que se encuentra consagrada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de forma tácita dentro del principio de la *bona fides*. Conforme a esta regla, en la interpretación de

los tratados se debe elegir aquella interpretación que le da un sentido, efectos prácticos o utilidad a sus normas; a *contrario sensu*, hay que desechar toda interpretación que convierta el tratado en inejecutable o inútil. Ergo, las normas de un tratado deben de cumplir una función práctica, aunque esta regla no autoriza al intérprete del tratado a ir en contra del sentido ordinario de los términos ni orillar los otros métodos de interpretación.

Adoptando como marco de referencia lo anterior, revisando el texto de la CADH, concretamente los numerales 11 y 17, no hay la menor duda que el derecho al matrimonio se reconoce a favor de un hombre y una mujer – matrimonio heterosexual-, no a favor de dos personas del mismo sexo – matrimonio homosexual-, y que la familia que tuvieron en mente los Estados parte, fue la tradicional; prueba de ello es que habla de hombre, mujer e hijos. Así se infiere de la regla primera, el sentido ordinario de los términos; de la segunda, el uso del contexto, pues cuando se redactó la CADH no se tenía en mente otro tipo de matrimonio; es acorde esta interpretación con el objeto y fin del tratado –reconocer el derecho humano a favor de un hombre y una mujer a contraer matrimonio- y; finalmente, esta interpretación no hace impracticable el Instrumentos Internacional.

Así las cosas, no cabe otra conclusión que la interpretación que hace la CIDH modifica el texto sin que haya mediado ningún consentimiento de los Estados parte. Nótese que el TEDH, apeándose a las reglas básicas de interpretación de los tratados, ha sido categórico en afirmar que el CEDH no impone a los Estados el reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, por la

elemental razón que ese texto, al igual que la CADH, tenían como objeto y fin reconocer ese derecho a un hombre y mujer que deciden contraer matrimonio. En esta opinión consultiva encontramos un hecho insólito en el Derecho Internacional Público, ya que como la CIDH no puede darle otro sentido a los términos –hombre, mujer e hijos-, opta por modificar el texto de la CIDH, toda vez que tiene presente, muy probablemente la doctrina del Derecho Internacional Público, en la dirección que el precepto debe interpretarse en el sentido natural y ordinario de las expresiones. *“Si las palabras pertinentes, cuando se le atribuye su sentido natural y corriente, tienen sentido en su contexto, no hay que investigar más”* (Véanse la opinión consultiva de la CIJ sobre el asunto de la Competencia de la Asamblea para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas, en el Asuntos Ambatielos, el Caso del Templo Préh Vihéar y en el Asunto de las Plataformas Petroleras –República Islámica de Irán v. Estados Unidos de América).

Ahora bien, nadie cuestiona que la CADH debe ser interpretada en relación con otros Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, y que la interpretación de estos deben ser evolutiva; empero, en la opinión consultiva no se cita ni un solo Instrumentos Internacional de Derechos Humanos que reconozca de forma expresa o tácita el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni en el que se haya mutado la concepción de familia que están en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, entre otros: TEDH, CADH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc. En pocas palabras, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos más relevantes sostienen una postura igual a la que esboza la CADH. En esta dirección, el juez Vio Grossi, en su voto disidente, tiene toda la razón cuando

afirma que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no contempla derechos especiales a las uniones entre personas del mismo sexo, además, de que no hay un tratado vinculante para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) que regula la situación de las parejas del mismo sexo. Asimismo, sostiene el citado juez, con acierto, que no hay fuente del *ius cogens* que imponga a los Estados el matrimonio entre personas del mismo sexo, no hay, pues, una fuente autónoma – tratado, costumbre o principio general de Derecho- que rijan las uniones entre personas del mismo sexo.

Concuerdo con la postura que los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos hay que adaptarlos a los nuevos tiempos, para ello sus intérpretes deben de ajustarlos a las nuevas realidades, una especie de “mutación convencional”; sin embargo, esta labor de interpretación no puede tener tal alcance o intensidad que contradiga su texto expreso o, peor aún, que deje a los Estados que son partes en una situación de absoluta subordinación a la voluntad de quienes han mutado su función interpretativa, en una naturaleza normativa, quebrantado abiertamente el objeto y el fin del tratado. En este caso, se produce un abuso de poder que autoriza a los Estados a no seguir esa interpretación y recurrir a los mecanismos que prevé el Derecho Internacional Público para corregir el exceso, tal y como se expondrá más adelante.

Por otra parte, de los treinta y cuatro Estados que forman parte de la OEA, solo seis Estados han reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo – Canadá, Estados Unidos de América, Argentina, Brasil, Uruguay y Colombia-, por lo que la cita de Estados y ciudades que se hace en la opinión

consultiva es un argumento débil para sostener que hay una práctica internacional en esa dirección; todo lo contrario, la práctica es a no reconocer este tipo de uniones e, incluso, recientemente el Estado de Bermudas abolió el matrimonio entre personas del mismo sexo. En este sentido, el juez Vio Grossi acierta al afirmar que lo que hay son actos unilaterales de algunos Estados, que son vinculante únicamente para estos, y no una fuente autónoma de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que imponga a los Estados una obligación internacional de otorga el matrimonio a las personas del mismo sexo. De ahí que concuerdo con el citado juez, en el sentido que la regulación de las uniones entre personas del mismo sexo es un asunto interno de cada Estado, librado a su jurisdicción interna.

C.- LA OBLIGATORIEDAD O NO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH

Una de las razones que se invocan en esta controversia jurídica, es que la CIDH estableció en la opinión consultiva n.º OC-024/17 que a las personas del mismo sexo se le deben de conceder los mismos derechos que a las personas que mantienen una relación heterosexual estable y, por ende, aplicando la doctrina del control de convencionalidad ese criterio resulta vinculante para el Estado de Costa Rica. Al respecto, tal y como lo he afirmado en otras ocasiones, los criterios que sienta la CIDH en aquellos casos en el que el Estado de Costa Rica no es parte, no constituye jurisprudencia vinculante; situación que se diferencia de cuando hay una condenatoria en un

caso concreto contra el Estado de parte de este alto Tribunal, en cuyo supuesto, no hay la menor duda que su fallo resulta de obligado acatamiento. Así las cosas, en todos aquellos casos en los cuales el Estado de Costa Rica no ha sido parte, los criterios del Alto Tribunal de Derechos Humanos tienen un efecto orientador únicamente; ergo, el Estado puede seguirlo, pero también está jurídicamente habilitado para no adoptarlo. Las razones de mi posición se resumen a continuación.

La obligatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH no se deriva de la CADH. Al respecto, el numeral 68 de la CADH establece que los Estados partes en la CADH se comprometen a cumplir la decisión de la CIDH en **todo caso en que se sean partes**. No dice la norma, por ningún lado, que los Estados partes se obligan a acatar su jurisprudencia, por lo que sus tribunales no estarían en el deber tampoco de seguirla. Esta forma de interpretar el tratado internacional no lesionaría los principios de *bona fides*, *pacta sunt servanda*, ni tampoco irían contra el objeto o fin del convenio. Tampoco se podría esbozar la tesis que hay un acuerdo ulterior de las partes, en el sentido que aceptan la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH, pues el Estatuto de la CIDH, aprobado mediante resolución n.º 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrada en la Paz, Bolivia, en octubre de 1979, nada dispuso al respecto. En relación con la práctica ulterior de las partes seguida en la aplicación de la CADH, salvo los casos de Colombia y la República Federal Argentina, por decisión de sus máximos tribunales, y el Perú porque así lo dispone el Código Procesal Constitucional en su numeral 5, los demás Estados no se han manifestado sobre la vinculatoriedad o no de la jurisprudencia de la CIDH. Son conductas aisladas

de únicamente tres Estados partes que no podrían imputarse a todas las partes del tratado internacional. Asimismo, revisando los trabajos preparatorios de la CADH, los cuales son medios de interpretación complementaria, en ningún momento se discutió el tema de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH e, incluso, la norma que se encuentra en el artículo 68, inciso 1, de la CADH no ofreció mayor discusión.

En el caso del Estado de Costa Rica, cuando se discutió en la Asamblea Legislativa el Convenio Sede con la CIDH, no así la CADH que no suscitó mayor discusión, el que en su numeral 27 puntualiza que las resoluciones de la Corte o, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tienen la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses, algunos diputados expresaron alguna preocupación por esta norma, incluso, el diputado Ulloa Varela expresó que: “(...) viene a ser una Corte sobre la Corte nuestra”. Otro diputado manifestó, concretamente el diputado Azofeifa Víquez, que esa norma podía atentar contra la autoridad del Poder Judicial. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la sesión del 26 de abril de 1982, artículo XLVIII, expresó a la Asamblea Legislativa, al pronunciarse sobre la consulta constitucional del numeral 167 constitucional, lo siguiente:

“Sobre este artículo es necesario hacer las dos siguientes observaciones:

- a) El texto se refiere a las resoluciones de la Corte o de su Presidente, 'en su caso'. Se supone que, en cuanto al Presidente, se tratará de resoluciones de trámite o de mera ejecución; es decir, dictadas éstas últimas para lograr que se ejecute una decisión firme de la Corte.*

Es obvio que el Presidente no podría dictar otras resoluciones, las cuales son atribución exclusiva de la Corte.- La Convención Interamericana de Derechos Humanos guarda silencio acerca de las resoluciones que pueda o corresponda dictar al Presidente; y es necesario que en este nuevo convenio se diga en qué casos puede actuar el Presidente, a fin de que los tribunales costarricenses puedan dar cumplimiento a esas resoluciones.-

b) También habla ese artículo 27 de que las resoluciones de la Corte 'tendrán la misma fuerza ejecutiva o ejecutoria que las dictadas por los Tribunales costarricenses'.

Hay que entender que esas resoluciones con fuerza ejecutoria son las sentencias que dicte la Corte, de acuerdo con los artículos 67 y 68 de la Convención sobre Derechos Humanos, concretamente cuando se trate de las indemnizaciones compensatorias a que se refiere el artículo 68, en cuyo caso lo dispuesto 'se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado'.-

No se ve cuáles otras sentencias podrían hallarse en este caso; por lo menos el Convenio no lo determina, y en esta materia es conveniente que las normas sean bien precisas, para que no se produzcan ulteriores conflictos o problemas acerca del carácter ejecutorio que tendrán los fallos de la Corte Interamericana en relación a los tribunales costarricenses.

En resumen, el artículo 27 debe redactarse en dos párrafos:

Uno para indicar cuáles son las resoluciones 'con fuerza ejecutiva' que pueda dictar el Presidente de la Corte; y otro para referirse allí,

separadamente, a las resoluciones 'con fuerza ejecutoria' dictadas por la Corte".

El Juez de la CIDH, Piza Escalante, compareció ante la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, y en las sesiones n.º s. 151 y 152 del 19 de octubre de 1982, entre otras cosas, manifestó lo siguiente:

"Se especificó un poco más en el Convenio [se refiere al de la Sede de la CIDH] que las resoluciones de la Corte o del Presidente en materia de su competencia, tendrán fuerza ejecutiva en el país; y la duda de la Corte [se refiere a la Corte Suprema de Justicia] fue respecto de cuáles serían esas resoluciones del Presidente o esas resoluciones de la Corte [se refiere a la CIDH] que no fueran sentencia. En esto no podemos hacer otra cosa que remitirnos -porque es nuestro Estatuto- a las normas que tiene la Corte establecidas, establecidas de conformidad con la Convención y de conformidad con el Estatuto aprobado por la Asamblea General de la OEA. En las normas de procedimiento, se establece que las resoluciones de trámite que no tengan carácter de sentencia o que no produzcan los efectos de una sentencia, es decir, resoluciones que no impidan la continuación de un proceso, es decir que no se le ponga término, sea porque son sentencias o sea porque son autos -lo que llaman los abogados- autos con carácter de sentencia, que esas resoluciones de trámite deben ser dictadas por el Presidente.

En la Corte Europea de Derechos Humanos esas resoluciones de trámite, muchas veces son dictadas inclusive por el Secretario de la Corte. En nuestra Corte se dejó esto en poder del Presidente y hay una razón práctica obvia: la

Corte no es un organismo de reunión permanente, no es un organismo de tiempo completo; se reúne en periodos de sesiones y entonces tenía que existir la posibilidad de que el Presidente dictara esas resoluciones de trámite.

En realidad a mí me sorprendió un poco la duda de la Corte, porque en la propia Corte Suprema de Costa Rica, hay una serie de resoluciones de trámite que son dictadas precisamente por el Presidente de la Corte; y lo que quiso decir en el Convenio es simplemente que las resoluciones que en materia de su competencia, competencia que ya está establecida por el Reglamento, las resoluciones que dicte el Presidente tendrán valor ejecutivo...

De manera que en realidad creo que esta objeción de la Corte es posiblemente un malentendido, que puede ser fácilmente aclarado. Nosotros tenemos aquí el Reglamento de nuestra Corte, que establece en su artículo 44: "...Las sentencias, las opiniones consultivas y las resoluciones interlocutorias que pongan término al proceso o procedimiento quedan reservadas a la decisión de la Corte, las demás resoluciones serán dictadas por la Corte si estuviere reunida o en su defecto por el Presidente, de acuerdo con las instrucciones que la Corte le dicte".

En esas sesiones, el diputado Malavassi Vargas le solicita al Juez de la CIDH Piza Escalante aclarar el artículo 27 que, "(...) *indudablemente tiene mucha importancia*". Al respecto, expresó lo siguiente:

"Por último, en cuanto a la cuestión de las resoluciones del Presidente, etc., aquí pasó un problema; la Corte Suprema de Justicia tuvo en sus manos únicamente la Convención, no tuvo conocimiento –cuando examinó este proyecto– ni del Estatuto de la Corte que fue aprobado por la Asamblea de la

OEA en la Paz, en diciembre de 1979, ni del Reglamento de la Corte. Pero hay una cosa que sí es importante y es que la Convención de la que Costa Rica es parte ratificante y por cierto la primera que lo ratificó, la Convención expresamente dice en el artículo 69 '...La Corte preparara su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General y dictará su reglamento'.

O sea que, el Gobierno de Costa Rica, al aceptar las obligaciones contenidas en la Convención aceptó que el Estatuto de la Corte va ser aprobado por la Asamblea General de la OEA y que la Corte va a dictar su propio reglamento. En el Estatuto, a su vez, se establece que el reglamento de la Corte –que va ser dictado por la Corte- incluye las normas de procedimiento, cosa que es usual en todos los tribunales internacionales.

De manera que esa normas de procedimiento que la propia Convención autoriza a través de este artículo, y el Estatuto autoriza de manera expresa, es donde se establece qué decisiones puede tomar el Presidente y qué decisiones no puede tomar. Ahora, no es posible ponerlas en un convenio porque inclusive el reglamento, las normas de procedimiento de la Corte pueden ser reformadas. Aquí lo que hay es una competencia para dictar esas normas de procedimiento; y en ejercicio de esa competencia la Corte incluyó en sus normas de procedimiento que el Presidente puede dictar las resoluciones de trámite; resoluciones de trámite que pueden significar no simplemente ejecuciones, pueden significar por ejemplo que la Corte da orden de que una persona que está presa sea traída ante la Corte a declarar. Pueden ser las resoluciones que el propio reglamento permite en caso de gravedad y urgencia si no está reunida la Corte, caso en el cual el Presidente podrá actuar, en consulta con los jueces. Es decir, hay una serie de cosas que el Presidente puede decidir, e inclusive yo diría que hay una serie de cosas que cada juez puede decidir, porque la Presidencia de la Corte se ejerce por parte

del juez que esté primero en la Presidencia que esté presente, cuando hace falta.

Yo no creo, lamentablemente no creo que podríamos reformar el artículo 27. En los demás cuestiones de redacción, pero en el 27 no podríamos, porque estaríamos comprometiendo la competencia de la propia Corte para dictar las normas de procedimiento y para decidir qué resoluciones tiene que dictar la Corte y qué resoluciones puede dictar al Presidente”.

De esta interesante discusión se extrae una primera conclusión, y es que ni en la CADH, ni en el Estatuto de la CIDH y su reglamento, hay una norma habilitante para sostener que la jurisprudencia de la CIDH es vinculante para los tribunales de justicia de los Estados partes, de ahí que resulta cuestionable, toda vez que, como se expondrá más adelante, una obligación en ese sentido tendría que estar de forma expresa en el instrumento internacional o en uno de sus protocolos.

Un segundo argumento para rechazar la tesis de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH, consiste en sostener que en los sistema de derecho continental, los que siguen un número importante de Estados de América, la regla general, es que la jurisprudencia no tiene más valor que el que surge de la fuerza de convicción de su razonamiento, es decir, que los tribunales no están obligados a seguir la regla objetiva de derecho que se extrae de los fallos reiterados, salvo que haya norma expresa que así lo imponga. A diferencia de los Estados que siguen el modelo de la *common law*, donde se aplica la doctrina de la *stare decisis*, y por consiguiente, la jurisprudencia y los precedentes de los tribunales superiores son vinculantes para los inferiores.

Haciendo un breve repaso por algunos ordenamientos jurídicos encontramos fundamento para afirmar que la jurisprudencia de la CIDH no puede ser vinculante. En efecto, en Francia, donde el tema de la jurisprudencia tuvo una carga ideológica importante con el advenimiento del liberalismo democrático, se impuso el derecho codificado, expresión de la voluntad general, y se prohibió, en el Código napoleónico, la jurisprudencia como fuente del derecho. Recientemente, se ha admitido la jurisprudencia con fuente normativa de carácter vinculante, cuando así lo establece una norma jurídica de forma expresa. En efecto, el artículo 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal alemán indica que sus sentencias vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Länder, así como a todos los órganos judiciales y a las autoridades administrativas. Y en los casos a los que se refiere el artículo 13, incisos 5, 11, 12 y 14, su decisión tiene fuerza de ley. Lo mismo sucede en los supuestos del inciso 8º de ese mismo numeral, si el Tribunal declara una ley compatible o incompatible con la Ley Fundamental, o nula de pleno derecho.

En Italia la situación ha sido muy diferente al caso alemán. Hay ausencia de normativa específica en este Estado, más allá de la atribución de efectos generales a la sentencia estimatoria que prevé el numeral 136 de la Constitución Política italiana. Quizás esta falta de regulación en el tema que nos ocupa, es lo que ha provocado no poca polémica en relación con la libertad interpretativa de la Corte Constitucional en relación con las normas infraconstitucionales, la vinculatoriedad de la teoría del derecho viviente para ésta, sobre los efectos de la sentencia desestimatoria y de la sentencia estimatoria.

En España la fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional se encuentra regulada en los artículos 161.1 y 164 de la Constitución española. Por su parte, en su Ley Orgánica, en los numerales 38.1, 40.2, 61.3 y 87, se recoge este instituto.

En América tenemos el caso de los Estados Unidos Mexicanos, donde la jurisprudencia se conforma de cinco resoluciones, que en un mismo sentido falle el poder judicial de la Federación, y no tiene un sentido orientador, sino que vincula a los jueces para garantizar la seguridad jurídica. En el caso de Perú, el Código Procesal Constitucional obliga a los jueces a interpretar el contenido y alcance de los derechos individuales, “(...) *de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratado de los que el Perú es parte*”. En este caso, tenemos una norma expresa de derecho interno que establece la vinculatoriedad a la jurisprudencia de la CIDH. Ese mismo Código, declara que la sentencia que adquiere cosa juzgada, constituye precedente vinculante. Por último, está el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que expresa que la jurisprudencia y los precedentes de este Tribunal son vinculante *erga omnes*, salvo para sí mismo.

También resulta importante traer a colación que la vinculatoriedad de la jurisprudencia en el derecho internacional público no ha sido receptada. En efecto, la jurisprudencia es una fuente auxiliar, equiparable a la doctrina de los autores. Como es bien sabido, las fuentes de derecho internacional se

clasifican en autónomas y auxiliares. Las primeras tienen vigencia propia y pueden ser aplicadas por sí misma para resolver un asunto de derecho internacional, entre las cuales se encuentran las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, la equidad y los actos unilaterales. Las segundas tienen por objeto ayudar a precisar el sentido y alcance de las primeras. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establece un orden jerárquico de las fuentes de derecho internacional, al asignarle a la jurisprudencia la función de medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, implica que no tiene por sí sola un valor propio, ni siquiera subsidiario con respecto a las fuentes autónomas. Incluso, el numeral 59 de ese Estatuto, es claro cuando expresa que la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

Recapitulando, al no existir una norma expresa en la CADH o en uno de sus protocolos, ni en el Estatuto de la CIDH, resulta inadmisibles la doctrina de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH para los tribunales de los Estados que forman parte de esa Convención.

Un tercer razonamiento, en contra de la doctrina de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH para los jueces de los Estados partes, es el que una obligación en tal sentido, al no haber sido acordada en la CADH, tendría que ser objeto de una modificación a la citada Convención mediante los procedimientos que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a partir del numeral 41 y siguientes. No se puede perder de vista que

los convenios internacionales obligan a las partes a cumplir con lo pactado de buena fe. Y lo pactado está claramente fijado en los numerales 68 y 69 de la CADH, en este sentido, considero que hay una extralimitación de la CIDH, toda vez que ni en la CADH ni en su Estatuto se le atribuye la condición de órgano superior jerárquico de todos los tribunales de América, de forma tal que estos últimos deben de aplicar mecánicamente la reglas de derecho que se extraen de su jurisprudencia o precedentes; su competencia, de acuerdo con lo pactado por las partes, es más limitada: determinar el grado de responsabilidad internacional en el que puede haber incurrido un estado por la violación de las normas internacionales de derechos humanos cuando ejerce su función contenciosa. Esa fue la intención de las partes, esa es la *ratio legis* de las normas que están en la CADH, pues si la intención de las partes hubiese sido aceptar la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH su redacción hubiese sido muy diferente.

Por otra parte, no hay que olvidar que pueden existir discrepancias de criterio entre la CIDH y los tribunales de los Estados partes, tal y como fue reconocido por la CIDH en su primera opinión consultiva que emitió, reiterado en la n.º 16. Al respecto expresó lo siguiente:

“En todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contrarias, o por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho”.

Tal y como lo estableció el Tribunal Federal Constitucional alemán puede ocurrir que el tribunal internacional realice en su jurisprudencia un enfoque bilateral, y no multilateral, de las relaciones jurídicas que están en juego; también puede suceder que el estándar internacional sea inferior al nacional, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional colombiana; otra situación que podría presentarse es que el juicio de ponderación, ante la confrontación de dos derechos fundamentales, que hace el tribunal internacional sea incorrecto en relación con el que hizo el tribunal interno.

Otro tema que no podemos soslayar, es hecho que la doctrina de la CIDH conlleva peligros importantes. En primer lugar, en los sistemas de derecho continental, el tema de la jurisprudencia y los precedentes obligatorios resulta una práctica forense extraña, donde no se cuenta con los conocimientos ni la experiencia para la aplicación de la doctrina de *stares decisis*, toda vez que ni en la academia ni en la judicatura se enseña ni se practica este sistema. Así las cosas, para establecer la *ratio decidendi* cuál método se debe seguir: Goodhart o el de Oliphant. Con fundamento en el primero, se debe de establecer el vínculo o nexo entre los hechos del litigio y la decisión concreta que llegó la CIDH, es decir, se deben fijar los hechos relevantes de fallo de la CIDH apreciándolos a la luz de la decisión concreta, de forma tal que siempre que se dan los mismos hechos se debe aplicar la misma decisión. Con base en el segundo, la *ratio decidendi* se determina conociendo los estímulos o reacciones del juez ante situaciones concretas. Independientemente del método que se siga, en el eventual caso de que se aceptara la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH, no resultaría válido aplicarla a casos donde

los hechos son diferentes a los que conoció la CIDH, pues con ello se estaría atribuyendo a la CIDH reglas que nunca ha fijado e, incluso, podría darse la situación que de conocer el asunto la CIDH la solución sea diferente a la que se le atribuye al invocarse la vinculatoriedad de su jurisprudencia. Nótese que los hechos de la sentencia de la CIDH que se cita son muy diferentes a los que aquí se discuten. En el caso de la primera, se trata de una supresión de un derecho que se tenía –guarda, crianza y custodia de las hijas- a causa de la orientación sexual de la señora Atala Riffo, tal y como acertadamente se explica en la sentencia; mientras que en el asunto que conoce este Tribunal estamos ante el caso de que no se otorga un derecho, no por razones de la orientación sexual, sino por la particularidad que la unión de hecho entre personas del mismo sexo no ha sido reconocida legalmente en Costa Rica; situación que sí ocurre con la unión de hecho entre personas heterosexuales.

Otro aspecto no menos relevante, es cuando hay jurisprudencia contradictoria de la CIDH. En este supuesto, ¿cuál regla de derecho se aplica la primera o la última? ¿Cuál sería el instrumento para que el Juez nacional sepa con certeza el criterio dominante de la CIDH? ¿Cómo proceder cuando la regla de derecho no está clara a causa de que los miembros de la CIDH dan razones diferentes en sus sentencias? Estas y otras interrogantes son la que deben ser estudiadas y precisadas para que no se lesione un valor esencial de todo sistema jurídico: la seguridad jurídica.

Por otra parte, la doctrina que estamos criticando conlleva el peligro de “fossilizar” la jurisprudencia de la CIDH, toda vez que los tribunales de los

Estados partes se limitarían a aplicar de forma mecánica, sin que puedan aportar puntos de vista diferentes, tesis, argumentos, etc. que no consideró la CIDH a la hora de resolver los casos concretos donde sentó la regla de Derecho. Lo anterior podría tener consecuencias importantes para la interpretación y aplicación de los derechos humanos en esta región del mundo. De ahí que resulta conveniente e, incluso, necesario que el Juez nacional tenga la posibilidad de plantear su propio punto de vista tomando muy en cuenta la realidad histórica y cultura de su sociedad. En este sentido, la doctrina del margen de apreciación, que ha utilizado el TEDH en muchos casos para explicar el margen de maniobra que tienen las autoridades nacionales en el cumplimiento de sus compromisos, en especial lo que se derivan de la CEDH. Este criterio ha resultado de gran utilidad para equilibrar los intereses nacionales e internacionales en el largo plazo cuando ambos se contraponen. De esta forma, se ha permitido a los Estados evaluar las circunstancias y aplicar las medidas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos tomando en cuenta su realidad histórica y cultural, sin que ello signifique una especie de "patente de corzo" para que el Estado actúe sin apego a esos instrumentos. Se trata, pues, de reconocer que en los instrumentos internacionales de derechos humanos hay una gama de posibilidades en cuanto a la aplicación de los derechos que ahí se recogen y, por consiguiente, no siempre, en todos los casos, es posible aplicar por igual los instrumentos internacionales de derechos humanos haciendo abstracción de la realidad histórica y cultural de las partes. A manera de ejemplo, la TEDH rechazó condenar a los Estados de Suiza y Turquía, quienes legislaron en contra de los símbolos religiosos exteriorizados, con base en la costumbre. En estos casos, la TEDH aceptó el argumento de esos Estados que la medida adoptada protege derechos de otros y que se mantenía el orden público en el

caso de Turquía. Para este Tribunal el incorporar las preferencias históricas, nacionales, culturales, etc. es perfectamente compatible con una característica de los derechos humanos: su universalidad. La idea de margen de apreciación es preservar los valores fundamentales reconociendo las diferencias que existen en los Estados partes de la CEDH. La CIDH, en el Caso Castañeda Gutman, al analizar el artículo 23 de la CADH en relación con el sistema de candidaturas independientes vs. el sistema de candidatura exclusivamente a través de los partidos políticos, consideró que el Estado había fundamentado que el registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos responde a necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas, sociales. *“La necesidad de crear y fortalecer el sistema de partidos como respuesta a una realidad histórica y política; la necesidad de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en las que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones. Todas ellas responden a un interés público imperativo”*.

Siguiendo esta línea de pensamiento, es perfectamente sostenible que algunos Estados se les exijan que las resoluciones de órganos electorales tienen que ser recurridas ante los tribunales de justicia, pero en el caso de otros, verbigracia: Costa Rica, donde hay una jurisdicción electoral independiente y consolidada, que responde a una realidad histórica muy concreta –la crisis permanente de la pureza del sufragio hasta 1949–, y en la que se garantiza de forma efectiva los

derechos y libertades políticas, no resulta de aplicación la jurisprudencia de la CIDH; amén de que el amparo electoral que prevé la jurisdicción electoral estaría en sintonía con lo que expresó la CIDH en el Caso Castañeda Gutman, en el sentido de “(...)que no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo. Ello es particularmente relevante en relación con los derechos políticos, derechos humanos de tal importancia que la Convención Americana prohíbe su suspensión así como la de las garantías judiciales indispensables para su protección (infra párr. 140)”.

Es por las últimas razones, que llego a la conclusión de que la jurisprudencia de la CIDH no resulta vinculante para los Estados partes, lo cual no significa que las sentencias de la CIDH no sean vinculante para los Estados partes en el respectivo litigio o que los jueces nacionales no tengan que ejercer un control de “convencionalidad” cuando el acto estatal es contrario a lo que disponen los instrumentos internacionales de derechos humanos. Tampoco se trata de “tirar por la borda” la importante doctrina que ha sentado la CIDH en sus fallos y opiniones jurídicas, pues, en la gran mayoría de supuestos, resultan de aplicación en los casos concretos que conocen los jueces nacionales; empero, de lo que se trata es de reconocer que algunos casos excepcionales el Juez nacional está jurídicamente habilitado a seguir un camino diferente al trazado por la CIDH, ya sea por que la CIDH no tomó en cuenta una relación multilateral en el asunto que resolvió, que el estándar nacional es superior al internacional, que la realidad histórica, cultural, etc. diferente a la Estado que

fue condenando o que hay razones superiores –los intereses públicos- para asumir esa postura.

La Corte Suprema de Justicia de la República Oriental del Uruguay, en la resolución n.º 20 de 22 de febrero del 2013, ha esgrimido los siguientes argumentos en contra de la tesis de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH. Al respecto, señaló lo siguiente:

“Por lo que viene de expresarse, no cabe duda que las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son actos jurisdiccionales producidos por dicho órgano internacional, cuya jurisdicción y competencia ha sido reconocida expresamente por Uruguay, en el momento del depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se deriva de ello que -en observancia de su obligación internacional- nuestro país, como Estado condenado, debe proceder de buena fe a dar cumplimiento a lo dictaminado por dicha Corte.

Ahora bien, sin desconocer la indudable interrelación del derecho interno y el denominado '*derecho internacional de los derechos humanos*' y la necesidad de buscar caminos adecuados para su complementariedad, su articulación y efectividad suponen siempre -en todos los países- la ineludible aplicación de normas de su orden interno.

'Es preciso señalar, ante todo, que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones

consultivas de la Corte IDH o en los informes de la Com. IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales. El artículo 68.1 CADH, que establece que '[l]os Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes', no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutive de la sentencia o resolución de la Corte IDH. Por ello, en la CADH no puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano'. Ezequiel Malarino, 'Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de Derechos Humanos para los Tribunales Nacionales', publicado en 'Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional', Tomo II, 2011, Konrad Adenauer Stiftung, págs. 427 a 428.

Además, corresponde tener presente que '...la Corte IDH afirmó la existencia de un deber de las autoridades judiciales nacionales de seguir su jurisprudencia al resolver los pleitos internos a través de la doctrina del control de convencionalidad. Como es conocido, esta doctrina establece que los tribunales de los Estados partes deben controlar la compatibilidad de su ordenamiento jurídico con la CADH, y que al realizar este examen deben tener en cuenta 'no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana'. De este modo, parámetro para la determinación de la 'convencionalidad' de una disposición del derecho interno no sería solo la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH.

Sin embargo, la doctrina del control de convencionalidad se enfrenta a una objeción de peso: la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH no

puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia de ese tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria. En otras palabras, sólo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia.

Al establecer la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH sugiere una razón. Argumenta que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es 'intérprete última de la Convención Americana'. Sin embargo, este es un argumento poco afortunado, porque el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: artículo 67 CADH) no apoya la conclusión de que las autoridades locales estén obligadas a seguir su jurisprudencia al aplicar la CADH en los procesos internos. En verdad, este argumento sólo dice que la Corte IDH tendrá la última palabra en relación con la interpretación de la CADH en los procesos interamericanos. Ni siquiera es idóneo para fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos interamericanos (esto es, para la Com. IDH), pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión. Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria

para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (stare decisis et quia non movere) y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso', Ezequiel Malarino, Ob. cit., págs. 428 y 429.

Conforme lo que viene de señalarse, teniendo particularmente en cuenta que como lo expresara la Corte en Sentencia No. 365/2009 '*... las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del Art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos...*', corresponde señalar que nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos".

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la República Federal de Argentina dicta un fallo en el que fija un deslinde de competencias entre la CIDH y ese órgano. Al respecto, estableció lo siguiente:

"6°) Se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) (conf. doctrina de Fallos: 327:5668, voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 6°). Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino

se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana.

7º) Corresponde analizar en esta instancia, entonces, si la orden contenida en la parte resolutive de la sentencia en cuestión (punto 2), en tanto dispone "dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico" en la causa "Menem" ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la CADH y puede ser cumplida por esta Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional. La respuesta negativa se impone por las razones que se expondrán a continuación.

8º) Desde la perspectiva de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país, deben tenerse en consideración los principios estructurales del sistema interamericano de protección de derechos humanos, el que se autodefine como subsidiario. Así, se afirma que la CADH crea "una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos" (Preámbulo CADH). Esta subsidiariedad se manifiesta, entre otras, en la exigencia convencional de agotamiento de los recursos internos en forma previa al acceso al sistema regional (cfr. arts. 46.1.a y 61.2 CADH) y en el principio de que la Corte Interamericana no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Cortes nacionales. La Corte Interamericana no constituye entonces una "cuarta instancia" que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que, siguiendo los principios estructurales recordados, es subsidiaria, coadyuvante y complementaria (véase, entre otros, Corte IDH, caso "Perozo y otros v. Venezuela", sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 195, párr. 64).

9º) *El mismo Tribunal internacional ha sostenido que “la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al [...] afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno [...]” (Corte IDH, caso “Genie Lacayo”, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, núm. 30, párr. 94). Por su parte, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado estos principios al manifestar que la protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario y que no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales (conf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 39/96. Caso 11.673. Argentina, 15 de octubre de 1996, puntos 48 y 51).*

10) *Esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional (desarrollada a partir de los casos “Lawless v. Ireland”, sentencia del 1º de julio de 1961, y “Handyside v. The United Kingdom”, sentencia del 7 de diciembre de 1976, y expresada más recientemente en el caso “Lautsi and Others v. Italy”, sentencia del 18 de marzo de 2011) y de la “cuarta instancia” (“Schenk v. Switzerland”, 10862/84, sentencia del 12 de julio de 1988; “Tautkus v. Lithuania”, 29474/09, sentencia del 27 de noviembre de 2012; entre otros).*

11) *A la luz de estos principios, dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa "Menem" en virtud de la orden de la Corte Interamericana (punto 2 de la parte resolutive y párr. 105) —lo cual es sinónimo de "revocar" conforme la primera acepción de esta palabra en el Diccionario de la Real Academia Española— implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una "cuarta instancia" revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema. En efecto, la idea de revocación se encuentra en el centro mismo del concepto de una "cuarta instancia", en tanto una instancia judicial superior supone la capacidad de revisar las decisiones del inferior y, en su caso, dejarlas sin efecto. Reconocer a la Corte Interamericana tal carácter implicaría, por otra parte, la paradoja de que esa instancia revisora hubiera sido ejercida en un proceso que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y la prueba.*

12) *Por otra parte, la Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional. Este análisis textual es de fundamental importancia, puesto que la letra de los tratados -en el contexto de sus términos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)- determina los límites de la competencia remedial de los tribunales internacionales. Por definición, los tribunales internacionales son órganos con competencia limitada de la manera prescripta en los instrumentos que los han constituido (Michael Reisman, "Has the International Court Exceeded its*

Jurisdiction”, *American Journal of International Law*, vol. 80, año 1986, p. 128) y carecen de una jurisdicción inherente e inalterable para seleccionar los remedios que quieran (Chittharanjan Felix Amerasinghe, “Jurisdiction of International Tribunals”, *Kluwer Law International*, La Haya, 2003, p. 389).

13) En este sentido, la CADH establece que “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.” (art. 63.1, CADH). En consecuencia, el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional.

14) Esta comprensión del art. 63.1 se ve confirmada por los antecedentes que dieron lugar al texto de la Convención (conf. art. 32 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Su examen muestra que este mecanismo restitutivo no fue siquiera considerado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana (véase Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2).

15) A pesar de que la Corte Interamericana ha dispuesto en algunas ocasiones el uso de este remedio calificándolo como una forma de reparación, ha reconocido explícitamente que en muchos casos tal remedio es improcedente. Así, ha sostenido que “[p]uede haber casos en que aquella [la in integrum restitutio] no sea posible, suficiente o adecuada (cfr. *Usine de*

Chorzów, fond, supra 43, p. 48). De esta manera, a juicio de la Corte, debe ser interpretado el artículo 63.1 de la Convención Americana" (Corte IDH, 10 de septiembre de 1993, "Aloeboetoe y otros v. Surinam", Serie C 15, párr. 49; el subrayado es agregado; en igual sentido, Corte IDH, "Blake v. Guatemala", 22 de enero de 1999, Serie C 48, párr. 42).

16) En este caso, dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino. Desde esta perspectiva constitucional, el art. 27 de la Carta Magna prescribe "[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución" (subrayado añadido). Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros).

20) En virtud de lo expuesto, no corresponde hacer lugar a lo solicitado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Lo dicho hasta aquí no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad que surge del art. 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional (art. 63, CADH; arts. 27, 75 inc. 22 y 108, Constitución Nacional).

17) *Entre dichos principios incommovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional (Fallos: 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros). Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional".*

D.- LAS OPINIONES CONSULTIVAS NO TIENEN NINGÚN EFECTO VINCULANTE NI PARA EL ESTADO CONSULTANTE NI PARA LOS OTROS ESTADOS; NO PRODUCEN COSA JUZGADA Y SU EFECTO ES MERAMENTE PREVENTIVO

Este tema ha sido analizado en la doctrina y en la jurisprudencia internacional, de ahí la importancia de pasar revista por las distintas posturas que se han asumido. En el ámbito del Derecho Internacional Público, ha sido tesis de principio que las opiniones consultivas no tienen efectos vinculantes, sea no son obligatorias, no producen cosa juzgada y tienen un efecto meramente preventivo.

El mecanismo de consulta a los Tribunales internacionales es de vieja data. Efectivamente, ya el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones lo establecía, por lo que la Corte Permanente de Justicia Internacional tenía la competencia para emitir opiniones consultivas sobre cualquier diferencia o

sobre cualquier cuestión que fuese presentada por el Consejo o la Asamblea. Este procedimiento se mantiene en el caso de la CIJ según el artículo 65 de su Estatuto. En efecto, esta ha sido la posición de la CIJ. En igual sentido, existen otros regímenes jurídicos en el ámbito internacional que habilitan a Tribunales internacionales a emitir opiniones consultivas, tal es el caso de la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y las Reglas del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que le otorgan la competencia a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos y del Tribunal para emitir este tipo de pronunciamientos preventivos, no vinculantes.

En lo que atañe a los Derechos Humanos, los Estatutos o Pactos de tres tribunales internacionales prevén el procedimiento consultivo ante estos. Así, por ejemplo, el artículo 47 del CEDH faculta al TEDH a emitir opiniones consultivas cuando así lo solicite el Comité de Ministros y cuando se refiera a cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del CEDH y de sus protocolos. Resulta importante reseñar, en este breve repaso de la materia, que el citado CEDH precisa las condiciones y límites para el ejercicio de esta competencia, pues el TEDH no puede abordar las cuestiones que guarden relación con el contenido o **la extensión** de los derechos y libertades consagrados en el título I del CEDH y de sus protocolos, ni los demás asuntos de los que el TEDH o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto en el CEDH.

También la Corte Africana de Derechos Humanos tiene competencia para emitir opiniones consultivas a solicitud de una organización reconocida por la Unión Africana o por un Estado parte sobre cualquier disposición de la Carta Africana o cualquier otro instrumento africano sobre derechos humanos,

siempre y cuando no verse sobre algún asunto que se encuentra en trámite ante la Comisión.

Finalmente, el artículo 64 de la CADH le otorga la competencia a la CIDH de emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la CADH y de otros instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos. Esta función consultiva, no contenciosa, tiene como fin central obtener una interpretación judicial de la CADH.

En lo que atañe a la vinculatoriedad de las opiniones consultivas, queda claro de la jurisprudencia internacional y de la doctrina que no se aplica; su finalidad es preventiva, tendente a fortalecer los distintos sistemas que se crean en los diversos regímenes jurídicos internacionales. Al respecto, esa ha sido la posición rectilínea de la CIJ, (véanse las opiniones consultivas de la CIJ sobre la interpretación de los tratados de paz de 30 de marzo de 1950, ICJ Reports 1950, pág. 65, en la pág. 71; sobre las reservas a la Convención sobre la prevención y el castigo del crimen de genocidio de 28 de mayo de 1952, ICJ Reports 1951, pág. 15, en la pág. 20; sobre la admisibilidad de las vistas orales de demandantes del Comité sobre África Suroccidental de 1 de junio de 1956, ICJ Reports 1956, pág. 23, en la pág. 84; sobre ciertos gastos de las Naciones Unidas (artículo 17, parágrafo 2 de la Carta) de 20 de julio de 1962, ICJ Reports 1962, pág. 151, en la página 168 Crf.; asimismo en la sentencia de 21 de diciembre de 1962 sobre los asuntos del África Suroccidental (Etiopía v. Suráfrica; Liberia v. Suráfrica), Objeciones preliminares, ICJ Reports, 1962). En esta última, se expresó lo siguiente: "*Bajo la regla de la unanimidad (artículo 4 y 5 del Pacto), el Consejo no podía imponer su punto de vista sobre los Mandatarios. Podía, por supuesto, solicitar una opinión*

consultiva de la Corte permanente pero esa opinión no tendría fuerza obligatoria, y el Mandatario podría continuar desoyendo las reprimendas del Consejo. En un caso semejante la única vía disponible para defender los intereses de los habitantes con el fin de proteger el mandata sagrado sería obtener el pronunciamiento judicial de la Corte en la materia relativa a la interpretación o la aplicación de las normas del Mandato". (Las negritas no corresponden al original).

El TEDH, como es bien sabido, solo ha evacuado dos opiniones consultivas, dado que su ámbito es muy reducido. En la opinión asesora relativa a los (as) candidatos (as) presentados (as) con vista a la elección de sus jueces (zas) estableció, en lo que interesa, lo siguiente:

"36. La Corte observa en primer lugar que su competencia en virtud del artículo 47 del la Convención se limita a 'cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus protocolos'. Cabe señalar aquí que la restricción de las opiniones consultivas a las 'cuestiones jurídicas' se destacó durante los travaux préparatoires al Protocolo n.º 2. En esa ocasión se decidió mantener el adjetivo 'legal' para descartar cualquier jurisdicción en el. de parte del Tribunal, con respecto a cuestiones de política (véase el párrafo 19 supra). De los gobiernos que presentaron observaciones, solo el austriaco y el español cuestionaron la competencia de la Corte para pronunciarse sobre la preguntas formuladas por el Comité de Ministros, ya que en su opinión estos eran de naturaleza política. El Gobierno francés, por su parte, observó que 'el Convenio no confiere jurisdicción al Tribunal para evaluar la compatibilidad de las resoluciones de la Asamblea Parlamentaria

con la Convención'. Todos los demás gobiernos reconocieron explícita o implícitamente la jurisdicción de la Corte en el presente caso.

37. Se desprende de los travaux préparatoires del Protocolo n.º 2, que la intención de otorgar a la Corte jurisdicción consultiva era conferirle 'una jurisdicción general para interpretar el Convenio, que por lo tanto sería incluir cuestiones derivadas de la aplicación del Convenio, pero no resultante de 'procedimientos contenciosos' (véase el párrafo 18 supra). Los ejemplos citados en el momento para ilustrar el tipo de preguntas que podrían plantearse dentro de esta jurisdicción general relacionada principalmente con puntos de procedimiento sobre, entre otros temas, la elección de los jueces y el procedimiento seguido por el Comité de Ministros en el seguimiento de la ejecución de juicios".(Traducción libre del inglés al español del redactor).

Finalmente, la CIDH, en la opinión consultiva OC-3/83, expresó, de manera clara y precisa, que sus opiniones no tienen efectos vinculantes. Al respecto estableció lo siguiente:

"31. La Convención hace clara distinción entre dos tipos de procedimiento: los casos contenciosos y las opiniones consultivas. Aquellos se rigen por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención; éstas por el artículo 64. Esta distinción se refleja igualmente en la disposición del artículo 2 del Estatuto de la Corte, que reza: Artículo 2. Competencia y Funciones La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 10 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención.

32. *En un procedimiento contencioso, la Corte debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer " que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados " (artículo 63.1 de la Convención), en el entendido de que los Estados Partes en este proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte (artículo 68.1 de la Convención). En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones 'no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa'. (Corte I.D.H., 'Otros tratados 'objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. no. 51; cf. Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, pág. 65).*

33. *Las disposiciones aplicables a los casos contenciosos difieren en forma muy significativa de las provisiones del artículo 64 que regula las opiniones consultivas. Es así como, por ejemplo, el artículo 61.2 habla de "caso" y señala que 'para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50' (destacado nuestro). Estos procedimientos corresponden exclusivamente a 'toda petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención' (artículo 48.1). La expresión 'caso' se utiliza en su sentido técnico, para describir un caso contencioso tal como lo define la Convención, es decir, una controversia que se inicia como*

consecuencia de una denuncia según la cual un Estado Parte ha violado los derechos humanos garantizados por la Convención, sea que dicha denuncia provenga de un particular (artículo 44) o de un Estado Parte (artículo 45).

34. El mismo uso técnico de la palabra 'caso' volvemos a encontrarlo a propósito de la iniciativa procesal ante la Corte, que contrasta con las provisiones contenidas en la Convención respecto de la misma materia en el ámbito consultivo. En efecto, el artículo 61.1 dispone que 'sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte'. En cambio no sólo los 'Estados Partes y la Comisión' sino también todos los 'Estados Miembros de la Organización' y los 'órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos' pueden solicitar opiniones consultivas a la Corte (artículo 64.1 de la Convención). Por otro lado, un nuevo contraste se evidencia en relación con la materia a ser considerada por la Corte, pues mientras el artículo 62.1 se refiere a 'los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención', el artículo 64 dispone que las opiniones consultivas podrán versar sobre la interpretación no sólo de la Convención, sino de 'otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos'. Resulta, pues, evidente que se trata de materias distintas, por lo que no existe razón alguna para hacer extensivos los requisitos contenidos en los artículos 61, 62 y 63 a la función consultiva regulada por el artículo 64''.

Sin embargo, estando en trámite las acciones de inconstitucionalidad acumuladas en las que se discutía la vinculatoriedad o no de las opiniones consultivas, la CIDH, en una opinión consultiva, la OC 025/18 del 30 de mayo de 2018, sostuvo lo siguiente:

“30. Al respecto, la Corte recuerda que las interpretaciones realizadas en el marco de su función consultiva involucran a los Estados miembros de la OEA, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana²², en tanto constituyen una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye, especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, conforman una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas a su observancia y así evitar eventuales vulneraciones²³. Por ende, la competencia consultiva de la Corte no se extiende a las obligaciones de protección de derechos humanos que correspondan a Estados ajenos al sistema interamericano, aun cuando sean partes del tratado que sea objeto de interpretación.

31. En esta medida, las referidas preguntas podrán ser absueltas por la Corte en el entendido de que se circunscriben a interpretaciones que incumben a Estados que pueden ser o no parte de las convenciones sobre asilo (en adelante “convenciones latinoamericanas”, “convenciones interamericanas” o “convenciones regionales” sobre asilo), pero que conforman la comunidad de Estados miembros de la OEA. Ello en aras del interés general que revisten las opiniones consultivas, motivo por el cual no procede limitar el alcance de las mismas a unos Estados específicos.

32. Sin perjuicio de ello, no es posible desconocer que la propia naturaleza de la materia objeto de consulta implica el potencial involucramiento de terceros países en las relaciones internacionales con un Estado miembro de la OEA a

raíz de una solicitud de asilo, en especial cuando se trate de asilo diplomático o extraterritorial, o ante sus obligaciones derivadas del principio de no devolución. No obstante, las consideraciones que en este documento se puedan realizar sobre terceros Estados no implica determinar el alcance de las obligaciones de aquellos que no son parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, ya que ello excedería la competencia del Tribunal, sino que se inscriben dentro del marco del propio sistema regional, el cual ciertamente contribuye al desarrollo del derecho internacional. En definitiva, corresponde a la Corte determinar las obligaciones de un Estado americano frente a los demás Estados miembros de la OEA y a las personas bajo su jurisdicción".

Como puede observarse, la CIDH matiza la anterior posición, empero no es concluyente sobre si sus opiniones consultivas son o no vinculantes. En primer lugar, porque lo que hace es recordar que sus interpretaciones en el marco de función consultiva **involucra** a los Estado miembros de la OEA, independientemente de si han o no ratificado la CADH, en tanto constituye una **fuentes** que contribuye de **manera preventiva** a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, conformar un **guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas a su observancia y así evitar eventuales vulneraciones**. Por otra parte, de la anterior redacción es plausible de deducir que la misma CIDH admite la posibilidad de que los Estados que conforman la OEA puedan seguir otras vías interpretativas distintas a la fijada por este Tribunal internacional. En todo caso, como se ha establecido, el tema de la vinculatoriedad de una opinión consultiva es muy

discutido en el ámbito del Derecho Internacional Público, siendo la posición dominante la del criterio negativo.

En el ámbito doctrinal, por citar solo algunos grandes internacionalistas, la postura mayoritaria, es que las opiniones jurídicas no tienen fuerza vinculante, aunque algunos autores tienen sus matices – no todos- ya que como se verá más adelante, un sector minoritario alega que constituyen jurisprudencia, que se trata de un pronunciamiento de naturaleza jurídica y que, en la práctica, tienen el mismo efecto de una sentencia, etc. VERDROSS expresa que (...) *Contrariamente a las sentencias, tales dictámenes no son jurídicamente obligatorios, pero pueden tener gran influencia en la resolución de las cuestiones litigiosas que motivaron la petición del dictamen*". (Véase VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Público. Editorial Aguilar, Madrid, sexta edición –reimpresión, 1978, pág. 566). DIEZ DE VELASCO VALLEJO nos recuerda que los dictámenes en comparación con las sentencias no producen: "(...) 1. Los dictámenes no producen efectos de cosa juzgada pues no son 'decisiones jurisdiccionales normativas'. Además, el T.I.J. no está 'ligado por sus dictámenes' (DUBISSON: *La Cour...*, p. 323), y 2. Tampoco el dictamen tiene, salvo excepciones, fuerza obligatoria. Como el propio T.I.J. ha manifestado 'la respuesta del Tribunal no tiene más que carácter consultivo, como tal no produce efectos obligatorios' (C.I.J.: *Recueil 1950*, p. 71). La anterior afirmación requiere de dos precisiones. En primer lugar que efectivamente un dictamen no puede producir efectos obligatorios para los Estados, pues no son partes principales en el procedimiento ni tienen la condición, como en el procedimiento contencioso, de intervinientes; pero ello

no permite afirmar que la Organización peticionaria del dictamen, máxime si ésta es la O.N.U. no produzca ciertos efectos obligatorios. Además existe la excepción de haberse concedido efectos obligatorios a determinados dictámenes. En estos casos la obligatoriedad no está fundamentada en el Estatuto del T.I.J., sino en otros instrumentos internacionales que acuerden concederles tal efecto". (Véase DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Editorial Tecnos, Madrid, séptima edición, Tomo I, 1985, pág. 662). CAMARGO, nos recuerda que las opiniones jurídicas no son obligatorias, pero "(...) es innegable que se trata de importantes dictámenes sobre el derecho internacional que han tenido aceptación, aunque excepcionalmente hayan sufrido algún rechazo". Se refiere al caso de Francia y URSS que rechazaron la opinión consultiva de la C.I.J. relativa a las obligaciones financieras de los miembros de la O.N.U., emitida el 20 de julio de 1962. (Véase CAMARGO, Pedro Pablo. Tratado de Derecho Internacional. Editorial Temis Librería, Bogotá, 1983, tomo II, pág. 279). Para el Juez WOLFRUM del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, las opiniones consultivas emitidas por una Corte Internacional están revestidas de autoridad, "(...) pero, en principio, constituyen afirmaciones o interpretaciones del derecho internacional no vinculantes". (Véase WOLFRUM, Rüdiger. En Newsletter de la European Society of International Law, del 16 de marzo del 2011) Por su parte, BUERGENTHAL, citado por BAZÁN, nos recuerda que las opiniones jurídicas no son vinculantes, aunque sí son pronunciamientos judiciales, y su no observancia no conlleva una violación a la CADH. Así "(...) las opiniones consultivas, en cuanto tales, no son jurídicamente obligatorias, conclusión que estima inherente a su concepto, pues -después de todo- tienen carácter de consultivas, además de que añade, en lugar alguno la CADH declara la obligatoriedad de las

mismas. No obstante ello, admite que el valor de los pronunciamientos de la Corte IDH emana de su naturaleza de órgano judicial adjudicatario del poder de interpretar y aplicar la Convención, ya que el artículo 1 del Estatuto de la Corte establece que 'es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos', al tiempo que el art. 33 de ésta le adjudica competencia –junto con la Comisión IDH- 'para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes' en la Convención.

Ello lleva al autor citado a concluir que las opiniones consultivas no son ejercicios académicos, sino pronunciamientos judiciales, por lo que la mera circunstancia de que la Corte emita un pronunciamiento a través de una opinión consultiva y no de un caso contencioso, no disminuye la legitimidad ni la autoridad de los principios jurídicos por ella enunciados. Se pregunta, ¿cuál sería, entonces, la diferencia entre una opinión consultiva y una sentencia que dirima un caso contencioso? A la interrogante responde afirmando que mientras esta última es obligatoria para las partes en disputa, lo que supone que el Estado que la incumpla incurrirá en violación de la obligación establecida en el art. 68 de la Convención y de las restantes previsiones de ésta citadas por la Corte, la opinión consultiva –de su lado- no es obligatoria, por lo que su incumplimiento no significará violación de la Convención. Sin embargo, el Estado envuelto en actividades calificadas por la Corte –opinión consultiva mediante- como incompatible con la Convención, quedará advertido acerca de que su conducta infringe obligaciones consagradas en el tratado, circunstancia fáctica que minará la legitimidad de cualquier argumento que, en pugna con aquellos sostenidos por la Corte en la opinión consultiva, intente el Estado esgrimir para

justificar su posición". (Véase BAZÁN, Víctor. "La Vinculación entre el Control de Convencionalidad y la Responsabilidad del Estado por Violación a los Derechos Humanos". En los Principios Cardinales de Derecho Constitucional, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2017, págs. 421 y 422). MONTIEL ARGÜELLO va más allá, pues para él las opiniones jurídicas no solo no son obligatorias, sino que tampoco son vinculantes para el Estado que la haya petitionado. (Véase BAZÁN, Víctor, op. cit., pág. 422). HITTERS también es de la tesis de la no vinculatoriedad de las opiniones consultivas, aunque reconoce que la práctica internacional demuestra que los Estados las acatan (Véase HITTERS, Juan Carlos "¿Son Vinculantes los Pronunciamiento de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de Constitucionalidad y Convencionalidad)", en:<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>). Por último, NIKKE sigue la misma línea de pensamiento, sin embargo, considera que la CIDH ejerce una función jurisdiccional y sus decisiones tienen esa naturaleza, en los términos contemplados en la CADH y el Estatuto de la CIDH. Expresa que las opiniones consultivas son jurisprudencia como fuente auxiliar del Derecho internacional, en los términos de los artículos 38 y 58 de la CIJ. Considera que las opiniones consultivas de la CIDH tienen, en general, un valor análogo al que tienen "*(...) las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado; si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del Derecho internacional (en el caso de la Convención Americana u 'otro tratado' sometido a consulta) que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma para los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales*". (Véase NIKKEN, Pedro. "La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos",

en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>. Finalmente, establece que el objeto de la opinión consultiva es “(...) ‘coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos’. Allí radica el valor y efecto de las opiniones consultivas de la Corte”. (Véase NIKKEN, Pedro, op. cit.).

En el ámbito interno, tenemos que la Sala Constitucional, en la sentencia n.º 2313-95, estableció lo siguiente:

“VII.-No puede ocultarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasiones parece distinguir entre los efectos de una opinión consultiva y una sentencia propiamente tal, no tanto por lo que puede obedecer a un punto de vista estrictamente formal, sino más bien pensando en que la vía consultiva se puede convertir en un sustituto encubierto e indebido del caso contencioso, soslayándose así la oportunidad para las víctimas de intervenir en el proceso. En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo que esta Sala tiene ahora para resolver, debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor

ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que **las normas no escritas - como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan** (artículo 7.l.).

En los propios antecedentes de este asunto, está claro que fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia torna inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mantenerse una colegiatura -obligatoria- para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. En otras palabras, la tesis de "la fuerza moral de la opinión consultiva", si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente respecto de otros países -Estados- que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta. Pero aplicada al propio Estado consultante, la tesis suena un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta -Opinión Consultiva- la puede archivar aquél lisa y llanamente.

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley N° 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de co-

municación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación. Ciertamente, no ha sucedido así y desde hace ya casi diez años, como se dijo, el Estado costarricense ha mal disimulado su deber a acatar lo dispuesto por la Corte, la que precisamente se pronunció ante la propia petición de este país.-

*VIII. Es necesario agregar que, por virtud de la reforma a la Constitución Política, se crea la Sala Constitucional, la cual entre sus amplias competencias tiene la de **"declarar la inconstitucionalidad de las normas"** (artículo 10). A su vez, la Ley de la Jurisdicción Constitucional desarrolla esa competencia y solamente para señalar dos ejemplos, dispone:*

"Artículo 1º. La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y los del derecho internacional o comunitario vigente en la República, la uniforme interpretación y aplicación de los mismos y los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica."

"Artículo 2º. Corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

a)...

- b) *Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como de la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad...*"

Se hace más que notorio que la Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país. Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-05-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia. De tal manera, sin necesidad de un pronunciamiento duplicado, fundado en los mismos argumentos de esa opinión, la Sala estima que es claro para Costa Rica que la normativa de la Ley N^o 4420, en cuanto se refiere a lo aquí discutido por el señor RÓGER AJÚN BLANCO, es ilegítima y atenta contra el derecho a la información, en el amplio sentido que lo desarrolla el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, tanto como de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política".

Un argumento adicional al que estoy desarrollando, se encuentra en la propia CADH, concretamente en el artículo 68, pues dicho numeral solo le da efecto vinculante a los fallos en los que los Estados hayan sido partes, no así a las opiniones consultivas. Lo anterior significa, sin necesidad de forzar el texto, y siguiendo los principios de *pacta sunt servanda*, *bona fides* y *effect utile* que regulan la interpretación y aplicación de los tratados, que las partes que

adoptaron el instrumento internacional de derechos humanos nunca tuvieron la intención de darle un efecto obligatorio a la opinión consultiva.

Ahora bien, en el Derecho Internacional Público se acepta, por excepción, que los dictámenes tenga un efecto vinculante cuando así lo establece un instrumento internacional –no es este el caso- o cuando las partes así lo acuerdan, se trata, en la terminología del profesor ROSENNE, de las ‘opiniones compulsivas’, sea aquellas que factores normativos externos a la Carta de Organización de las Naciones Unidas o al Estatuto de la C.I.J. le dan un valor obligatorio para los órganos o Estados requirentes. (Véase ROSENNE, S. *The Law and Practice of the International Court*, Leyden, 1965, págs. 682-686). DIEZ DE VELAZCO VALLEJO, al igual que VERDROSS, nos recuerdan los casos de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de la O.N.U., el artículo 11 del Estatuto del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas y el artículo XII del Estatuto del Tribunal Administrativo de la O.I.T. “*En estos instrumentos se estipula que el dictamen será considerado como decisivo o que tendrá fuerza obligatoria. El T.I.J. en su dictamen de 23 de octubre de 1956 vio claramente el problema y dijo al respecto:*

‘Según los términos del art. 12 del Estatuto del Tribunal Administrativo -se refiere al T.A.O.I.T.-, el dictamen así pedido tendrá ‘fuerza obligatoria’. (Véase DIEZ DE VELAZCO VALLEJO, Manuel. Op. cit., pág. 662).

En esta cuestión, no es posible pasar inadvertido tres problemas adicionales. El primero: qué sucede si el órgano judicial se ha excedido en su competencia al abordar temas o asuntos no consultados. El segundo, no menos importante, qué

ocurre cuando el órgano consultado –intérprete del instrumento internacional– asume una función normativa, en vez de una función interpretativa, es decir, modifica de forma clara el texto que está llamado a interpretar y aplicar. Y el último, la participación del juez nacional en conocer y resolver la opinión consultiva de su Estado, tal y como sucedió en el presente caso –OC-24/17–.

No tengo duda alguna que la función consultiva de la CIDH, al igual que cualquier Tribunal internacional, tiene limitada su competencia a responder los temas o puntos consultados por el Estado parte o el órgano peticionante. Lo anterior significa, ni más ni menos, que si el Estado parte o el órgano respectivo consulta A, no es posible que el tribunal internacional responda B, C o D, etc. Su respuesta tiene necesariamente que circunscribirse a la pregunta o cuestión planteada, es decir, debe limitarse a responder la interrogante o duda. Cuando el Tribunal internacional aborda cuestiones no consultadas, estamos en presencia de una especie “exceso poder”, concretamente: un uso abusivo del ejercicio de la competencia consultiva. Para determinar si se da o no este hecho, resulta menester hacer una confrontación entre lo consultado y lo respondido. De análisis es posible deducir, sin forzamiento alguno, si estamos o no en presencia de un uso abuso del ejercicio de la función consultiva.

En el caso que nos ocupa, el Estado de Costa Rica preguntó a la CIDH lo siguiente:

“Solicitud de Opinión Consultiva ante la Corte IDH. Oficio DSV-148-2016 de 18 de mayo de 2016. Suscrito por Ana Elena Chacón Echeverría, en su condición de Vicepresidenta en ejercicio de la Presidencia de la República.

Sobre los derechos patrimoniales derivados de vínculos entre personas del mismo sexo.

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

2.1 En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de **una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?**"(Lo resaltado y en negritas no corresponde al original).

La CIDH respondió sobre las preguntas relacionadas con los **vínculos patrimoniales** de parejas del mismo sexo en la opinión consultiva a partir del párrafo 172 al 229 (páginas 72-86).

D.-1.- EN CUANTO A LA PRIMER PREGUNTA

En resumen, el párrafo 199 de la opinión consultiva dice:

"199. En virtud de lo arriba descrito, en respuesta a la cuarta pregunta planteada por el Estado de Costa Rica, la cual se refiere a la protección de los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo, la Corte concluye que:

La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la

protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas homosexuales”. (Lo resaltado y en negritas no corresponde al original).

D.2.- EN CUANTO A LA SEGUNDA PREGUNTA

La CIDH responde:

“228. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, en respuesta a la quinta pregunta del Estado Costa Rica, en torno a si es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación, la respuesta de la Corte es que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del

mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna”.

No es necesario ser un observador muy agudo, para colegir fácilmente que la CIDH, en su opinión consultiva, fue mucho más allá de lo consultado. En efecto, la consulta versa únicamente sobre ***los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo***, sin embargo, en su respuesta a la pregunta número cuatro la CIDH rebaza lo consultado cuando afirma: ***“Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas homosexuales”***. Lógicamente, la respuesta a la pregunta cinco es una consecuencia de que la CIDH analizó asuntos o puntos que no forman parte de lo consultado, simple y llanamente porque el Estado de Costa Rica no

está preguntado de si debían extenderse la institución del matrimonio a las uniones de las parejas del mismo sexo.

Ahora bien, si la CIDH utilizó esta consulta como un vehículo para fijar postura en relación con la institución del matrimonio de cara a las uniones de las parejas del mismo sexo, esa es una opinión que, desde ninguna perspectiva, puede vincular al Estado consultante, por la elemental razón de que ese extremo no fue objeto de consulta. Lo anterior significa, que si se añade a esto el hecho que la opinión consultiva no tiene efectos vinculantes, mucho menos podrían tener esos efectos aquellas elucubraciones jurídicas que hizo la CIDH en la opinión consultiva de extremos no consultados.

La CIDH ha establecido que el juez nacional del Estado denunciado no debe participar en casos contenciosos originados en peticiones individuales. En efecto, en la **Opinión Consultiva OC- 20/09**, la segunda cuestión sometida a consulta por el Estado argentino se refería a la participación del “magistrado nacional del Estado denunciado” en casos originados en peticiones individuales. El Estado solicitante pregunta si a la luz del artículo 55.1 de la Convención Americana, aquel “debería excusarse de participar de la sustanciación y decisión del caso en orden a garantizar una decisión despojada de toda posible parcialidad o influencia”. Al respecto, la CIDH estableció lo siguiente:

“(...) la Corte advierte que la cuestión de la nacionalidad del juez es un factor que debe ser tomado en cuenta por el Tribunal para afianzar la percepción de la imparcialidad objetiva del juez. En este sentido coinciden ambas interpretaciones dadas al artículo 55.1 de la Convención, de las

cuales es posible concluir, con igual validez, que el juez titular nacional del Estado demandado no debe participar en casos contenciosos originados en peticiones individuales.

En conclusión, el Tribunal considera que el tema de la nacionalidad de los jueces está vinculado a la apreciación de la justicia que imparte la Corte en el marco de controversias que no corresponden más al derecho internacional clásico y en las cuales el ser humano es el destinatario de la protección ofrecida por el sistema. En esta Opinión Consultiva el Tribunal ya señaló que al interpretar la Convención debe actuar de tal manera que se preserve la integridad del mecanismo de supervisión establecido en la misma, para lo cual debe tener en cuenta el carácter especial de los tratados de derechos humanos. Además, ello incluye tener presente que conforme al mecanismo establecido en la Convención Americana, los Estados ya no son los únicos actores en los procesos internacionales. El Tribunal está llamado a dirimir controversias no solamente originadas en comunicaciones interestatales sino también en peticiones individuales, como de hecho ha sucedido durante el desarrollo de su actividad jurisdiccional”.

En lo que atañe a las opiniones consultivas que emite la CIDH, la CADH ni el Estatuto de la CIDH, ni su jurisprudencia y precedentes, establecen una prohibición para que el juez nacional del Estado solicitante de la opinión consultiva conozca de esta.

Hay quienes sostienen que el juez nacional del Estado consultante presenta algún “*prejuicio personal*” al momento de decidir sobre la opinión consultiva. Para ellos, debe aplicarse el aforismo jurídico que expresa: “*a igual razón, igual disposición*” y, por consiguiente, a los jueces nacionales se

les debería inhabilitar para conocer de una opinión consultiva que afecte a los Estados partes.

Sobre el particular, no encuentro motivo alguno para impedir que el juez nacional se le inhabilite para pronunciarse sobre una opinión consultiva solicitada por su Estado. No hay norma alguna en la CADH o en el Estatuto de la CIDH que establezca ese impedimento. Desde mi perspectiva, los redactores de los Instrumentos Internacionales no encontraron motivo válido para establecer esa prohibición, tal y como sí lo hicieron en los casos contenciosos originados en peticiones individuales, por la elemental razón de que las consecuencias jurídicas de las sentencias y las opiniones consultivas son diferentes; en el primero caso, resultan vinculantes para los Estados partes, en el segundo, no tiene ese efecto jurídico.

Si no fuese así, no existiría razón jurídica válida, lógica y de conveniencia para permitir que un caso no participe el juez nacional y en otro sí, en cuyo supuesto, a quienes objetan la participación del juez nacional cuando la opinión consultiva la solicita su Estado, habría que darles toda la razón.

E.- LOS ESTADOS PARTE PUEDEN CORREGIR EL EXCESO DE LA CIDH

Según la doctrina hay distintas clasificaciones de la interpretación de los tratados internacionales atendiendo a un criterio subjetivo – a quién lo interpreta-. En primer lugar, está la interpretación auténtica, que es aquella que hacen los propios Estados que forman parte del tratado, sea del

mismo instrumento o en un acto posterior. La interpretación de un órgano jurisdiccional internacional, cuando las partes que tienen una controversia jurídica internacional le reconocen su competencia para resolverla, en cuyo caso la decisión del Tribunal surtiría efectos para estas. Por otra parte, tenemos la interpretación unilateral, y es la que hacen los distintos órganos que conforman un Estado parte del tratado –Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, etc.-; interpretación que únicamente surte efectos en el Derecho interno y, por consiguiente, no es oponible a las otras partes. Finalmente, se encuentra la interpretación que hacen los organismos internacionales sobre su propio tratado constitutivo, los acuerdos de sede y los tratados que impulsaron la elaboración y aprobación de su propia organización.

Ahora bien, no cabe duda que cuando se da una interpretación de un órgano jurisdiccional internacional de la normativa de un tratado y esta resulta razonable, pues es una derivación lógica del uso de los distintos métodos de interpretación que prevé el Derecho Internacional Público, en especial el de los tratados internacionales, en estos casos, si los Estados partes no comparten esa interpretación, lo lógico es que promuevan, firmen y ratifiquen un protocolo, de forma tal que la interpretación que ellos buscan se plasme de forma expresa y clara hacia futuro. De no ser así –no se dicta un protocolo-, los Estados partes están vinculados a la interpretación que hace el órgano jurisdiccional, siempre y cuando resuelva una controversia jurídica internacional en la que están involucrados. En otras palabras, ante la posibilidad de varias interpretaciones posibles que admite el texto del convenio y los distintos métodos de interpretación, en el caso que el órgano jurisdiccional internacional elija uno, las partes se someten a él, salvo que se haga una modificación al tratado a través de los mecanismos que establece el

Derecho Internacional Público, pero esa modificación al convenio solo tendría efectos a futuro, por lo que la decisión del tribunal internacional se mantendría incólume para los Estados que fueron parte de la controversia jurídica internacional.

Lamentablemente este no es el caso de la CIDH en la opinión consultiva que he venido comentando, pues este Tribunal internacional, yendo más allá de sus competencias interpretativas, asume competencias normativas y por la vía de interpretación, modifica la CADH, sin que mediara el consentimiento de los Estados parte. Estamos, pues, ante un hecho insólito en el Derecho Internacional Público, debido a que nunca antes en la Historia se ha presentado una situación como la que he descrito. Incluso, luego de una exhaustiva investigación y de pasar revista de los autores más autorizados del Derecho Internacional Público, el tema que estamos analizando no ha sido investigado. La razón de esto, es que nadie se imaginó –ni se puede imaginar– que un tribunal – sea interno o internacional– se despoje de sus funciones interpretativas, incluso que le permiten actualizar el texto a las nuevas realidades –en el ámbito de los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos una especie de una “mutación convencional”–, y asuma funciones normativas, ejerciendo competencias que son exclusivas y excluyentes de los Estados parte.

Planteadas así las cosas, qué remedios tienen los Estados parte para corregir el exceso, la desviación de poder, de la CIDH. Dado que este tema era impensable entre los estudiosos del tema, la doctrina no se ha ocupado de ello. Es muy probable que a partir de la opinión consultiva que estamos comentando surgen estudios científicos que lo aborden. Por ahora, mi postura

es la que a continuación paso a explicar, a partir de sentar varias premisas que resultan lógicas y necesarias.

En primer lugar, tal y como se expresó *supra*, aun y cuando una opinión consultiva no es vinculante, mucho menos lo podría ser cuando la CIDH ha asumido una función normativa utilizando como instrumento para ello su función interpretativa; herramienta jurídica para desentrañar la correcta interpretación y aplicación de las normas de la CADH y los otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Por otra parte, cuando el órgano jurisdiccional internacional asume una función normativa, so pretexto de la interpretación de la normativa internacional –un hecho evidente y manifiesto como el que ocurrió con la opinión consultiva-, cuando se trata de un caso contencioso, tampoco los Estados que forman parte de la CADH están obligados a acatar la sentencia, el precedente o la jurisprudencia, toda vez que la lógica de la vinculatoriedad está en función de que el tribunal internacional limite su competencia a la resolución de la controversia jurídica internacional a través de la interpretación y aplicación de las normas del convenio, no de su modificación; en otras palabras, cuando el órgano jurisdiccional internacional muta su función, y asume las propias de los Estados parte, sea una normativa, las partes del tratado no están en la obligación de acatar la sentencia en un caso específico sometido a él, toda vez que el tribunal ha desnaturalizado su función y se ha deslegitimado frente a la Comunidad Internacional. En esta dirección, los Estados parte puede expresar su oposición a acatar la sentencia, el precedente o la jurisprudencia mediante actos unilaterales-decisiones de sus órganos internos-, etc.

Finalmente, también es plausible que varios de los Estados parte convoquen a una conferencia internacional en la que reafirmen su voluntad de que el texto del tratado internacional se mantenga en los términos pactados y, por ende, rechacen de forma pública y expresa la decisión del órgano jurisdiccional internacional de modificar el texto. En cuyo caso concluyan que la decisión de la Corte internacional no es vinculante y, por consiguiente, no obliga a los Estados parte.

F.- LA TEORÍA DE LA ESENCIALIDAD

Siguiendo la teoría de la esencialidad, los grandes asuntos de la sociedad deben ser adoptados por el Parlamento. En efecto, hemos sido de la tesis que las cuestiones más relevantes de una sociedad deben ser resueltas por un órgano plural y democrático, siguiendo el criterio de la esencialidad creado por el Tribunal Federal Constitucional alemán, el cual no supone una respuesta acabada, sino un punto de partida. La idea nuclear es que los asuntos más importantes o trascendentes que deban adoptar los poderes constituidos han de quedar reservado a los órganos deliberantes de representación democrática directa, particularmente a los parlamentos (derechos fundamentales y algunas materias orgánicas); empero las otras, han de quedar libradas a la Administración. En este mismo sentido, el magistrado Rueda Leal, en una nota separada, nos recuerda que el Parlamento, “(...) *por su misma configuración, es un órgano representativo de la soberanía popular, en el que confluyen fuerzas plurales y heterogéneas, de ahí que sin duda constituya, dentro de un sistema republicano, el escenario político más idóneo*

para el debate libre, igualitario y democrático de las diversas tendencias de pensamiento representadas en la Asamblea Legislativa, proceso en el que mayorías y minorías tienen su espacio y existe un importante control de la opinión pública, lo que da mayores garantías de que no se actúe de manera arbitraria. Por el contrario, en el Poder Ejecutivo, dentro del marco jurídico costarricense, las decisiones se adoptan obviamente de manera unilateral, no existe el mismo tipo de debate interno que caracteriza al Parlamento. Por ello, considero muy peligroso, permitir que la regulación del contenido esencial de cualesquiera derechos fundamentales le pueda ser atribuida al Poder Ejecutivo". (Vid. voto n.º 1692-2016 de la Sala Constitucional).

Lógicamente, en todos estos temas trascendentales para la sociedad, el Parlamento debe seguir las formas y procedimientos que prevé el Derecho de la Constitución para adoptar las decisiones políticas fundamentales, de forma tal que si se trata de un contenido constitucional, se seguirá el procedimiento de reforma parcial a la Carta Fundamental, si se trata de otra materia, se observará el procedimiento de formación de la ley. De esta manera, el Parlamento asume el papel nuclear que le corresponde en una sociedad democrática siguiendo un cauce trazado en el Derecho de la Constitución para que el acto parlamentario final sea acorde con este.

G.- LAS PAREJAS HOMOSEXUALES NO ESTÁN EN LA MISMA SITUACIÓN QUE LAS PAREJAS HETEROSEXUALES

He sido de la tesis que las parejas homosexuales no están en la misma

situación que las parejas heterosexuales, por lo que las diferenciaciones que se hacen entre unas y otras no vulneran el principio de igualdad, ni tampoco constituyen una discriminación contraria a la dignidad humana. Así las cosas, con el mayor respeto, considero que en el voto de mayoría hay un error de concepto, y es que se parte de la falsa premisa que las personas heterosexuales están en la misma situación que las personas homosexuales.

El principio de igualdad implica, tal y como lo ha reconocido la Sala Constitucional en múltiples resoluciones, que todas las personas que se encuentran en una misma situación deben ser tratadas en forma igual. Por otra parte,

“El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que pueda existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho la Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que deba existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados

y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, como tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva" (véanse los votos n.º 1770-94 y 1045-94).

El punto está en determinar si esta diferenciación de trato está fundada en fines legítimos constitucionalmente, en sí es objetiva, es decir, si está sustentada en un supuesto de hecho diferente, si está basada en diferencias relevantes (*tertium comparationis*), si existe proporcionalidad entre el fin constitucional y el trato diferenciado que se ha hecho y el motivo y el contenido del acto y si ese trato es idóneo para alcanzar el fin que se persigue.

En el primer supuesto, la diferencia de trato supone que esté basada en objetivos constitucionalmente legítimos, lo que conlleva tres consecuencias en la finalidad perseguida. En primer lugar, las leyes no pueden perseguir fines que contradigan el Derecho de la Constitución o las normas que se encuentran en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. En segundo término, cuando se persiguen fines no tutelados constitucionalmente, pero que no contradicen sus valores y principios, la diferenciación de trato debe ser

estrictamente vigilada en relación con los supuestos de hecho que la justifican y la finalidad que persigue. Por último, cuando se persigue un fin constitucionalmente tutelado la diferenciación de trato será válida siempre y cuando respete los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y sea necesaria.

La Sala Constitucional, en el voto N° 4883-97, expresó sobre este principio, lo siguiente:

*“El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo, **no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación.** La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que debe existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen*

soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva.' (Sentencia número 6832-95 de 16:15 horas del 13 de diciembre de 1995)." (Las negritas no corresponden al original).

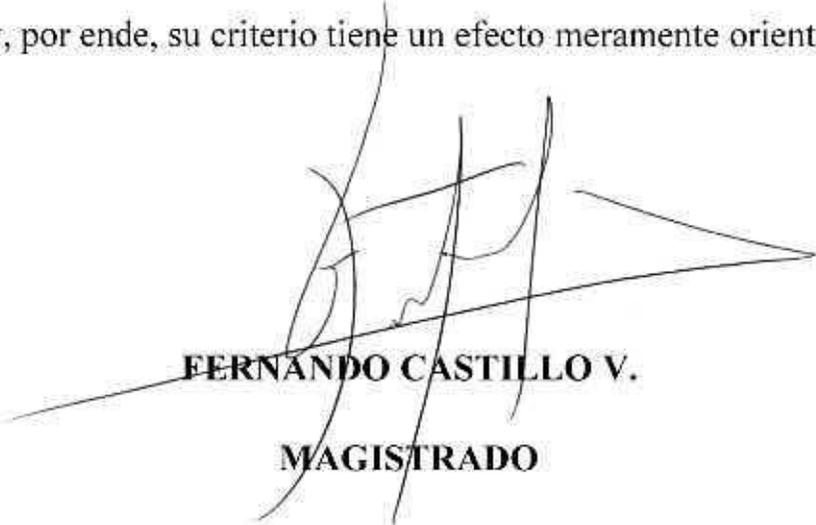
La realidad demuestra que las parejas homosexuales no están en la misma situación de las parejas heterosexuales; consecuentemente, cuando estamos en presencia de un estado de cosas desiguales –uniones heterosexuales vs. uniones homosexuales-, ya que, como se explicó atrás, hay razones suficientes para ordenar un trato desigual.

Ahora bien, lo anterior no significa, de ninguna manera, que a quienes tienen esa preferencia sexual –homosexualidad- se les pueda dar un trato que afecte su dignidad humana. Por consiguiente, acciones de discriminación abiertas, expresas o implícitas, no pueden tener ningún tipo de justificación en una sociedad democrática respetuosa de los derechos fundamentales, sea en el trabajo, en los centros de estudios, en los lugares públicos, mediante actos de burla, de desprecio, etc.; este tipo de acciones deben erradicarse de la vida social. Al igual que a todos, a las personas homosexuales se les debe de tratar con el más absoluto respeto, sin que ello implique que institutos que fueron diseñados para las personas heterosexuales se le deban extender a ellos, salvo que el Soberano –el cuerpo electoral- o los miembros del Parlamento, siguiendo los formas y los procedimientos que prevé el Derecho de la Constitución, acuerden realizar las transformaciones constitucionales y legales y, en el caso de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, los

Estados parte, mediante los mecanismos que prevé el Derecho Internacional Público, acuerden sus modificaciones.

CONCLUSIÓN.- En consecuencia, salvo el voto y declaro sin lugar la acción y las acumuladas, toda vez que la Sala Constitucional asume una competencia que corresponde al Poder Legislativo.

En lo que atañe a la opinión consultiva OC-024/17 de la CIDH, para los Estados parte, no es vinculante, ni para el consultante, toda vez que este tipo de dictamen no tienen ese carácter; amén de que la CIDH se despojó de su función típicamente interpretativa y asumió una función de naturaleza normativa y, por ende, su criterio tiene un efecto meramente orientador.



FERNANDO CASTILLO V.

MAGISTRADO