

DISCRIMINACIÓN JURÍDICA POR ORIENTACIÓN, IDENTIDAD Y EXPRESIÓN DE GÉNERO EN C.R. Y de cómo contribuir, desde la judicatura, a disminuirla

*M.Sc. Rosaura Chinchilla Calderón
Profesora a.i. Maestría de Ciencias Penales
Universidad de Costa Rica*

Resumen: C.R. es, según el constituyente, un Estado Social y Democrático de Derecho que, en el ámbito internacional, promueve una imagen de Nación respetuosa de los derechos humanos. No obstante, a lo interno, en las últimas décadas, se ha venido deteriorando el desarrollo, ya no solo de los derechos socio-económicos, sino, también, del control al respeto a las libertades individuales, por los órganos llamados a ejercerlo. El país ha sido condenado, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH en adelante), en dos ocasiones, por vulnerar la Convención Americana de Derechos Humanos (respecto al derecho, de la persona condenada, de tener un recurso amplio contra la sentencia que le impone una sanción y por la prohibición de permitir la fecundación *in vitro*) y la situación interna, en torno al goce de los derechos de las personas no heterosexuales, amenaza con generar una nueva condena, dado que el Estado, por omisión de sus diversos órganos, se ha negado, sistemáticamente, a regular lo referente a los derechos patrimoniales y personales derivados de las uniones homosexuales y lésbicas. En el presente ensayo se aborda por qué esa condena resulta inminente y el estado de cosas imperante, en ese tema, en nuestro país, así como la vía que posee la judicatura ordinaria, en especial la de familia, para que, dejando al margen los pronunciamientos de la Sala Constitucional, asuma el rol de garante de los derechos fundamentales que le compete y suprima, directamente, cualquier forma de discriminación derivada de nuestra vetusta legislación y de los prejuicios culturales que revela. Asimismo, se insiste en la conveniencia que el Gobierno de turno, con una visión más clara sobre el punto, gestione, ante la CIDH, la emisión de una opinión consultiva sobre el tópico.

A la memoria de Luis Héctor Amoretti Orozco (1969-2014)

Proemio

El '*cogito, ergo sum*'¹ de Descartes y sus predecesores, no solo marcó el rumbo hacia el racionalismo sino, también, en menor medida, ha permitido justipreciar el valor de la palabra. Aunque debe convenirse en que no toda forma de conocimiento es racional, es claro que, cualquiera de ellas, pasa por ponderar la palabra, escrita o hablada, consciente o inconsciente, literal o alegórica, desde que esta es expresión del ser, trasciende a cualquier método de conocimiento y, en esa

¹ Pienso, por lo tanto existo.

medida, nos constituye, nos atraviesa...nos da forma como seres sentipensantes. Al acto de pensar (como, en menor proporción, a los de sentir y amar) se llega por la palabra, con la que moldeamos al mundo y este, a su vez, por su medio, nos transforma. Galeano (1988) ha indicado que:

“Uno escribe (...) para denunciar lo que duele y compartir lo que da alegría. Uno escribe contra la propia soledad y la soledad de los otros.”

Por eso, no encuentro mejor forma de honrar la vida de un amigo, ni la amistad que de él disfruté, que hilvanando signos que reflejen lo que fue su mundo interior y lo que quiso que fuera el mundo exterior. Es decir, articulando palabras que permitan luchar, de alguna manera, contra el dolor...tanto el que experimentamos ante distintas vivencias, como el que he sentido por su partida. Pero, no por eso, estas letras dejan de ser portadoras de alegría y esperanza. Alegría por cada uno de los segundos de la vida que nos ha sido dada, que nos ha permitido disfrutar de la luz y tibieza del sol, de las expresiones de la naturaleza y de la bondad humana. Esperanza porque, en el trecho que nos quede por andar, podamos, de alguna manera, así sea sencilla, incidir para hacer más agradable el camino de otras personas.

Este trabajo lo hago en memoria de Luis Héctor Amoretti Orozco,² quien, prematuramente, nos abandonó (en toda la extensión de la palabra) el 14 de marzo

² A fin de tener una idea de quién fue, en lo profesional, nuestro homenajeado, debe indicarse que, en cuanto a su formación académica, Amoretti Orozco fue doctorando en Problemas actuales del Derecho Público por la Universidad de Alcalá; experto en Intervención Social ante la Violencia contra las Mujeres por la Universidad Complutense (2002); máster en Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia por la Universidad Autónoma de Madrid (2001); especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (2000); diplomado en Relaciones de Género y Desarrollo por el Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación de la Universidad Complutense (2000); especialista en Derecho Público por la Universidad de Costa Rica (1996); licenciado en Derecho (1991) y notario público (1992) por la Universidad de Costa Rica. Entre su producción académica se encuentran estas obras: AMORETTI OROZCO, Héctor; AGUILAR GONZÁLEZ, Marilú; BRENES CHINCHILLA, José Roberto; CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura y UREÑA SALAZAR, José Joaquín. *Perspectivas para la reforma integral a la administración de justicia civil en Costa Rica a partir del estudio del proceso ordinario*. Tesis para optar al grado de licenciados en Derecho. Facultad de derecho, U.C.R., 1991; AMORETTI OROZCO, Héctor. *Las vinculaciones constitucionales de la función pública*. Memoria final. Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, 2001; AMORETTI OROZCO, Héctor. *Aproximación (posible) a la Ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia*. Memoria final, Universidad Complutense, 2001; AMORETTI OROZCO, Héctor. *La inamovilidad: principio constitucional de la organización administrativa en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Memoria final de investigación. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; AMORETTI OROZCO, Héctor. *El derecho humano a la identidad sexual*. Maestría en Estudios de la Mujer, Universidad de Costa Rica, 1998; AMORETTI OROZCO, Héctor. *“No ingresarás sin un miembro. (Consideraciones apresuradas al hilo de un despropósito”*. En *Revista*

Pensamiento Jurídico Feminista N° 2, San José, marzo de 2006, págs. 147-160 (en que, en uno de los números de la revista de la que fue cofundador, criticó fuertemente la posición del Registro Civil de rechazar la inscripción del Partido Nueva Liga Feminista por no poseer el 40% de participación masculina); AMORETTI OROZCO, Luis Héctor y GÓMEZ, María Elena (compiladores). *Antología sobre la penalización de la Violencia contra las Mujeres*. Facultad de Derecho, Programa de Formación Continua, 2008; AMORETTI OROZCO, Luis Héctor. *La violencia contra las mujeres con discapacidad y Las razones de este debate*. En: *Revista Pensamiento Jurídico Feminista* N° 4, San José, agosto de 2008, págs. 119-132 y 135-140 (en el último comentaba el concepto de igualdad expuesto por Luis Paulino Mora en un artículo en donde pasaba revista a la jurisprudencia con perspectiva de género de la Sala Constitucional); AMORETTI OROZCO, Luis Héctor. *Los conflictos colectivos de carácter económico y social y sus medios de solución en el Derecho costarricense*. Imprenta y litografía Lil, San José (2007); AMORETTI OROZCO, Luis Héctor. "Reflexiones sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por el uso de la prisión preventiva." En: *Revista de la Defensa Pública* N° 3, San José, C.R. (2003); AMORETTI OROZCO, Luis Héctor. *Ley contra la violencia doméstica (concordada, anotada con citas de jurisprudencia y comentada)*. Departamento de Publicaciones, Poder Judicial (1999). En su función docente, se desempeñó como profesor de Derecho Laboral (2004-2012), del énfasis en Formación de Jueces (2009-2010) y de Introducción al Estudio del Derecho (2004) en la Facultad de Derecho, U.C.R.; coordinador académico y profesor de los cursos Descentralización productiva y responsabilidades patronales en materia de seguridad social, U.C.R.-C.C.S.S. (2007, 2008-2009 y 2010-2011); profesor de los cursos Derechos humanos en el Derecho de Familia, Familia y Género y Violencia Doméstica en la Maestría en Derecho de Familia de la Universidad Latina (2010-2012); del curso La penalización de la violencia contra las mujeres, Poder Judicial-Facultad de Derecho (2008-2010); coordinador académico y profesor del Técnico en Relaciones Laborales (2008-2009) y del Diploma en Relaciones Laborales (2004-2005) Facultad de Derecho U.C.R.-O.I.T; académico del Instituto de Estudios de la Mujer de la Universidad Nacional (2005-2007); profesor de Teoría general del proceso, Universidad Escuela Libre de Derecho (2007); del curso El hostigamiento sexual como una forma de violencia de género, Universidad Nacional (2007); de Nulidades procesales en materia laboral, Poder Judicial-Facultad de Derecho (2007); profesor del curso Legislación laboral y solución de conflictos, Universidad Nacional (2007); del curso Derechos humanos, marco jurídico y mecanismos internacionales en la Maestría Regional en Estudios de la Mujer y Maestría en violencia intrafamiliar y de género, U.C.R.-UNA (2005) y del Seminario de Realidad Nacional Derechos Humanos y seguridad ciudadana, con énfasis en los derechos de la niñez y la adolescencia. U.C.R. (1997-1998). Laboralmente fungió como abogado dentro del Poder Ejecutivo, tanto en el sistema penitenciario (en donde llegó a ocupar los cargos de director de centros penales en Limón), como en la Dirección General de Aduanas (1992-1995); letrado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (1996-2003) y juez de familia, tanto en instancia como en propiedad, ante el único Tribunal de Familia del país (2004-2014). Se postuló como candidato a magistrado suplente por la Sala Segunda (2013) e integró diversas comisiones para propósitos específicos: (1998-2014) Comisión permanente para el seguimiento de la atención y la prevención de la violencia intrafamiliar en el Poder Judicial; (2010-2011) Comisión de Diversidad del Poder Judicial; (2005-2007) Comisión especial de reforma integral del Reglamento para prevenir, investigar y sancionar el hostigamiento sexual en la Universidad Nacional; (2002-2003) Comisión Interinstitucional para el seguimiento de la puesta en ejecución de la política de género del Poder Judicial; (1994-1995) representante del Ministerio de Justicia en la Comisión Interinstitucional encargada de elaborar el anteproyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia; (1992-1996) Comisión Jurídica del

de 2014. Alabo la iniciativa de los estudiantes de derecho de la Universidad de Costa Rica, encargados de la Revista Hermenéutica, de dedicar uno de sus números, a su obra y pensamiento. En las diversas funciones que desempeñó, siempre se mantuvo en contacto con poblaciones vulnerables, para las que, con entrega, efectuó su trabajo. No obstante, sus últimos años los dedicó, con particular énfasis, a incidir en el marco jurídico y cultural, que agudizaba la discriminación en contra de las mujeres y de la población LGBTTI,³ para modificarlo.

En un foro público, días antes de su deceso, intercambiamos algunas impresiones, a partir de mi queja de que la judicatura, en materia de familia, no había hecho todo lo que la normativa costarricense le posibilitaba, en torno al reconocimiento de los derechos derivados de las uniones de personas del mismo sexo. Ante mi comentario, él reaccionó indicando que los pronunciamientos de la Sala Constitucional les habían estrechado el ámbito de acción, pese a lo cual, habían efectuado una nueva, e infructuosa, consulta a la Sala Constitucional y había salvado su voto en el asunto de fondo.⁴ No obstante, mi queja pasaba por el hecho de que se hubiese usado el mecanismo de la consulta facultativa pues, en este momento histórico, en que el péndulo ha vuelto al estado que tenía en 1989, al instaurarse la jurisdicción constitucional, ese órgano, más que protector de los derechos fundamentales, se ha convertido en legitimador de normas y prácticas

Instituto Nacional de Criminología y (1992-1993) de Capacitación de Recursos Humanos de la Dirección General de Adaptación Social (1992-1993).

³ Término en que se engloba, por sus iniciales, a lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgéneros, travestis e intersexuales. No obstante, hay discusión doctrinal sobre la forma idiomática adecuada de referirse a la población no heterosexual ya que, por una parte, aquella no incorpora a los pansexuales, los HSB, los asexuales o a los 'queer' y, por la otra, este último término es considerado, por algunos, peyorativo. De igual forma el orden de las letras tiene, también, connotación política.

⁴ Tribunal de Familia, voto número 592-12 de las 15:02 horas del 6 de julio de 2012 que, con la redacción de Amoretti, consultaba a la Sala Constitucional la constitucionalidad de la posibilidad de aplicar, por analogía, el artículo 242 del Código de Familia a las relaciones no heterosexuales. El órgano constitucional, mediante voto número 2012-18315, de las 14:30 horas del 19 de diciembre de 2012 rechazó la consulta, aduciendo que ya se había pronunciado sobre el tema. Agregó que no se había producido, tampoco, algún cambio de situación. Sobre esta base, el Juzgado de Familia rechazó el reconocimiento de una unión de hecho solicitada por una pareja gay, resolución apelada y luego confirmada por la mayoría del Tribunal de Familia (con el voto salvado de Amoretti Orozco), mediante voto número 48-13 de las 14:20 horas del 17 de enero de 2013. Los alcances de estos votos son analizados, según entiendo, en artículos separados de esta misma publicación, por lo que no me extenderé sobre el particular.

viciadas, gracias a la conformación altamente conservadora de sus últimas integraciones, de modo que el camino a seguir, para obtener algún avance en la materia, era, a mi juicio, otro, que es lo que aquí pretendo exponer.

Luego, ya en forma personal, me había comprometido con él a desarrollar este tópico y escribir-le sobre otros temas. Empecé a cumplir mi promesa garabateando estas palabras, que externé el día de su funeral:

“Hace casi tres décadas salió de Upala un chiquillo con hambre de conocimiento. Así iniciaría lo que luego, en Héctor, se convertiría en pasión...viajar, conocer el mundo...todas las culturas, todos los pueblos; vía aérea, terrestre o marítima, cualquier cosa (trabajo, estudio o vacación) se constituía en una excusa para viajar. Y si no se podía hacer físicamente, pues con la imaginación, a través del cine, el teatro o la literatura. Así Héctor descubrió su vocación...la de ser romero, que, al decir de León Felipe ‘cruza siempre por caminos nuevos (...) sin más oficio, sin otro nombre y sin pueblo.’ En ese desplazarse, en ese ser migrante, exilado, refugiado, aprendió a respetar y defender los derechos de todas las personas y a levantar su voz contra las distintas formas de discriminación y violencia, por lo que luchó en la judicatura y la docencia. Fue un hombre afectuosamente generoso, crítico, con una extraordinaria capacidad de empatía e inteligencia emocional, que nos alumbró sombras y disipó fantasmas. Héctor pasó por nuestras vidas como una constelación de luz, de paz y alegría. Ávido de explorar nuevos horizontes y con un pasaporte pletórico de sellos, inició el más universal de todos sus viajes...el que se emprende con la muerte, a cuya cita acudió tempranamente, firmando, así, la mayor de sus paradojas, pues su puntualidad no era usual. Fue un honor conocerte y ayudarte en tu parto al más allá. Sigue tu viaje en paz, hermano mío, amigo nuestro, que ya te llegaremos a alcanzar, para descubrir, juntos, nuevos pueblos.”

Con las que siguen, termino de cumplirla, en la esperanza de que cada letra contribuya, en algo, a escribir mejores capítulos para la historia de un país que debe apostar por el reconocimiento del otro y por la tolerancia, como único camino para romper los mitos sobre los que se ha asentado nuestra institucionalidad...un país de “igualíticos” que, no obstante, hunde sus raíces en el adultocentrismo, la xenofobia, la misoginia, el racismo y la homofobia, alejándose, cada vez que puede, incluso a través de la “chota”, del respeto a la dignidad inherente en cada persona...en todas las personas, sin importar sus particularidades.

Advierto, eso sí, que la exposición que se presenta a continuación, asume la necesidad de que se efectúen análisis críticos de los pronunciamientos y de la constitución ideológica de nuestros tribunales, sin que eso deba considerarse como irrespetuoso de la investidura de estos, sino parte del ejercicio democrático.

Además, se trata de una exposición meramente normativa, partiendo de la jerarquía de las fuentes jurídicas.

Empero, lo hago así para evidenciar que, ni siquiera desde este nivel, meramente formal (que es el que suele invocarse a menudo), y, mucho menos, desde otros puntos de vista, sustanciales, es admisible oposición alguna a que se legisle y regule adecuadamente sobre los derechos, patrimoniales y personales, derivados de la unión de personas del mismo sexo.

Estado de la cuestión

Siguiendo la metáfora del consumo, que tanto retrata a las sociedades actuales, y en analogía a lo que, en cierto momento histórico, sucedía con algunos sectores nacionales, que enviaban al exterior sus mejores productos pero desabastecían el mercado interno, un juez (que luego dejaría de serlo para abrazar prácticas, a lo menos, calificables de polémicas) en forma contundentemente gráfica, dibujó lo que era la política pública en materia de derechos fundamentales: *“Costa Rica exporta derechos humanos, pero cada día tiene menos para su consumo interno.”* Con ello se describía, a la perfección, la obsesión de un estado pequeño por suscribir cuanto instrumento de derechos humanos surgiera, sin hacer, luego, el menor esfuerzo por acoplar su legislación y sus prácticas internas, a esos postulados.

Normas fundamentales de papel, sin incidencia en la realidad, fue lo que el primer Tribunal Constitucional, instaurado en el país, se encontró en 1989. El control de constitucionalidad, a cargo de Corte Plena, se había convertido en una forma de legitimar lo inconstitucional. Se decía, entonces, que bastaba una acción de inconstitucionalidad para convertir lo inconstitucional en constitucional pues, para declarar una norma o práctica como contraria a la Carta Magna, se requería una mayoría calificada, que pocas veces se conseguía y el tema no podía volverse a plantear nunca más.

Pasaron unos cuantos años y todos observábamos, con renovada esperanza, cómo el control concentrado de constitucionalidad, que se había logrado con la reforma del numeral 10 de la Carta Magna,⁵ empezaba a dar sus frutos. De acuerdo con ese numeral, es competencia exclusiva de la Sala Constitucional el conocimiento de las incompatibilidades de una norma, o actos de sujetos de Derecho Público, con la Constitución Política o con instrumentos internacionales, por lo que solo a ella competía la declaratoria de inconstitucionalidad. Temas, hasta

⁵ Que señala: *“Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: (...) b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.”*

entonces tabú, iban cayendo, uno tras otro, bajo el escrutinio estricto de ese tribunal: fin de las redadas generalizadas, a las intervenciones telefónicas ilegales, a los aislamientos e “interrogatorios” policiales de los detenidos, entre otros. Pero no solo en el ámbito de los derechos individuales surgían cambios, sino, también, en el de los socio-económicos, ya que el tema de la educación y la salud públicas, las obligaciones inherentes a su proclama constitucional y el modelo de desarrollo del que partían, fueron, también, escrutados por el órgano constitucional.⁶

En lo que atañe al concepto de familia, la Sala Constitucional, mediante voto número 346-94, establecería, con rango lo suficientemente general para extenderlo a diversas situaciones, que: *“Debemos entonces (...) entender el término familia en su sentido sustancial y no formal, superando el concepto tradicional de familia, manejado en los diferentes campos del derecho, en los cuales muchas veces se deja de lado la esencia misma de ese núcleo”* y luego, en el voto número 1992-3435, aclarado por el pronunciamiento número 1993-1084, pretendió superar el sexismo del lenguaje y de las instituciones sociales, al decir: *“En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de la facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos "hombre" ó "mujer", deberán entenderse como sinónimos del vocablo "persona", y con ello eliminar toda posible discriminación "legal" por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados.”*

Aunque este último pronunciamiento, con razón, ha sido criticado por desconocer que el principio de igualdad no puede aceptarse abstractamente (pues ello implicaría tratar de igual forma a quienes están en situaciones diferentes), sino que debe asumir las diferencias específicas entre los seres humanos, una de las cuales es la discriminación histórica contra la mujer, por lo que la legislación que, para combatirla, se ha dictado para su protección, siguiendo literalmente aquel fallo, quedaría anulada (AMORETTI OROZCO, 2008), aun así mantendría incólume la intención del juez constitucional de superar el desequilibrio legislativo que se hubiere producido por razones de sexo. Es decir, a partir de su aplicación, vinculante para todos, el juez ordinario podría derivar, válidamente en mi criterio, que, allí donde las normas de familia prevén que, para el reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo, el matrimonio y las adopciones, el legislador exige relaciones heterosexuales, tal requisito puede tenerse por superado, pues eso choca contra el concepto de familia sustancial y es discriminatorio.

Esa evolución de la justicia constitucional hizo surgir, asimismo, un renovado interés de los jueces ordinarios por aplicar, directamente, la Constitución Política y

⁶ Un recuento de los primeros veinte años de la Sala Constitucional se hace, de la mano de uno de los expresidentes de ese Tribunal, en el *15avo Informe Estado de La Nación*, capítulo 7, págs. 373 y ss. Versión electrónica en http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/015/info15cap7.pdf

la jurisprudencia constitucional que la reflejaba, al punto de llegar a cuestionarse, en esos primeros años de funcionamiento del órgano constitucional, si era constitucional la misma competencia exclusiva que, para ello, se le daba a esa Sala, pues también los jueces ordinarios habían jurado cumplir con el bloque de constitucionalidad.

Se impugnó, entonces, el numeral de 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷ y, mediante voto número 1185-95 la Sala (por mayoría) indicó que, si bien el Derecho de la Constitución vincula directamente a los jueces ordinarios y, en tal sentido, deben aplicarlo a los casos que se sometan a su conocimiento, no podían desaplicar normas de inferior rango y menos declararlas inconstitucionales, sino solo formular la consulta establecida en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, siendo vinculante, para el juez ordinario, lo resuelto en sede constitucional. Los magistrados Mora Mora y Piza Escalante salvaron su voto y consideraron que, además de las declaratorias de inconstitucionalidad para todos los asuntos, coexistía una Justicia Constitucional difusa, paralela, a cargo de los jueces ordinarios y que concurría con la concentrada en la jurisdicción constitucional. Es decir, que los jueces ordinarios podían desaplicar las normas para el caso concreto, pero estas seguían vigentes y solo el juez constitucional las podía derogar para todos los casos.

Empero, si en el período más amplio de la jurisprudencia constitucional no se pudo hacer que los jueces ordinarios, directamente, aplicaran la Constitución, desaplicando normas de inferior rango, menos se lograría en los años siguientes, en que, pese a la cantidad de normas que surgían, fue decreciendo la declaratoria de inconstitucionalidad o de acogida de otros recursos. En los últimos diez años, por ejemplo en materia de la libertad personal, el órgano constitucional ha extendido, por su jurisprudencia y sin norma que lo respalde, la duración de la prisión preventiva; son escasísimos los *habeas corpus* que prosperen y, más aún, los que impliquen la libertad del detenido; las normas de la misma Ley de la Jurisdicción Constitucional, que establecían la consulta preceptiva en revisiones, fueron dejadas sin efecto, en la práctica, por la misma Sala, desbordada por la cantidad de casos en sus espaldas. En la actualidad, extraña que se haga alguna declaratoria de inconstitucionalidad, pese a que el activismo legislativo es mayor. Entonces...o son mejores las normas que se emiten o la Sala perdió su capacidad de ser un contralor para el respeto de derechos humanos. Lo primero se descarta a partir de los mismos análisis que el *Estado de la Nación* hace de la normativa legislativa, en donde son frecuentes las alusiones a normas derogadas, proyectos

⁷ Dispone la norma: “Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1) Aplicar leyes u otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país. Si tuvieran duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional. Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o a la jurisprudencia de la Sala Constitucional.”

contradictorios tramitados paralelamente, etc.⁸ La conclusión, entonces, parece obvia.

Es en este contexto jurídico, acorde con políticas socio-económicas conservadoras, en que la sociedad costarricense se enfrenta a la discusión de algunos de los temas álgidos en materia de derechos fundamentales: la protección ambiental (la mina Crucitas), la reelección presidencial, el estado laico, los derechos de las mujeres y de las personas en relaciones lésbicas u homosexuales. Obviamente, en el giro más conservador que ha tenido el Tribunal Constitucional desde su fundación, esos temas iban ser resueltos sin sorpresas.⁹

En punto al reconocimiento de los derechos humanos de la comunidad LGBTI, pese a los constantes avances mundiales,¹⁰ la situación en Costa Rica se

⁸ En el 16avo informe del *Estado de la Nación en Desarrollo Humano sostenible (2009)* se dio cuenta que, entre 2009-2010, el 43% de las leyes aprobadas eran poco relevantes para el desarrollo del país (pues aludían a autorizaciones municipales para segregaciones, días festivos y menciones honoríficas) y que, en el período 2006-2010, el 67% de la oferta legislativa (leyes aprobadas) no coincidía con temas prioritarios para el país, definidos como tales por diversos medios de comunicación (demanda legislativa), acrecentándose la brecha, al 75%, en los años 2009-2010. Además, se efectuó un estudio cualitativo de las leyes, detectándose errores de forma, de trámite y de fondo, con las que se generaban distorsiones en su correcta aplicación práctica (págs. 69-70). Asimismo, en el 18avo informe del *Estado de la Nación en Desarrollo Humano sostenible (2011)* se puso en evidencia cómo había aumentado, significativamente, el número de leyes aprobadas (93 leyes 2011-2012) pero, en su gran mayoría (68%), se reconocían derechos y se ampliaban las competencias estatales pero sin crear fuentes de financiamiento, en lo que se denominó, “promesa democrática.”

⁹ Así, los votos en que se rechazó el impacto ambiental por una mina (pronunciamiento revertido en la jurisdicción contenciosa administrativa); en los que se rechazó primero, y se aceptó luego, la reelección presidencial; los reseñados sobre este tópico, etc.

¹⁰ La regulación de la unión de personas del mismo sexo ha sido una realidad en los siguientes países y por las vías que, en cada caso, se indican: En **Holanda** a partir de septiembre 2000 en que se aprobó una ley, vigente a partir del 01 de abril de 2001, que permite el matrimonio y la adopción; en **Bélgica** desde el 1 de junio de 2003 y a partir de 2006 se reguló el derecho a la adopción; en **España** desde julio de 2005 mediante reforma legal y luego, en noviembre de 2011, reafirmado por voto del el Tribunal Constitucional; en **Canadá** por decisión del Parlamento el 29 de junio de 2005; en **Sudáfrica** el Tribunal Constitucional dictaminó, en diciembre de 2005, que no era posible excluir a los homosexuales de los beneficios legales del matrimonio y dio un plazo de un año para permitir el casamiento de personas del mismo sexo. El Parlamento del país aprobó los matrimonios homosexuales en noviembre de 2006; en **Noruega**, en junio de 2008, se aprobó la ley que estableció el «derecho», pero no la obligación, de la Iglesia Nacional Luterana, y de cualquier otra comunidad religiosa autorizada, a casar a parejas homosexuales. La reglamentación permite, también, la adopción a las parejas de homosexuales en igualdad de condiciones con las de heterosexuales; en **Suecia**, por ley que entró en vigor el 1 de mayo de 2009, se sustituyó a una de las leyes de parejas de hecho más antiguas de Europa, aunque la igualdad de derechos era casi absoluta desde

ha mantenido igual en la última década: no existe ninguna regulación, ni por la vía judicial, ni por la legislativa, pese a que el artículo 1 de la Convención Americana de derechos Humanos pregonar: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación alguna** por motivos de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opiniones políticas **o de cualquier otra índole**, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (se suplen las negritas).

(1) En lo legislativo se han presentado varios proyectos:

1.a)- Proyecto de ley para la Modificación del artículo 242 del Código de Familia (expediente 16.182).

1.b)- El de **Unión Civil entre personas del mismo sexo** de 27 de setiembre de 2006 (expediente 16.390) que fue archivado el 21 de setiembre de 2010.

1.c)- Proyecto de Ley para la prevención y eliminación de la Discriminación (expediente 16.970).

1.d)- Proyecto de ley para la Modificación del artículo 373 del Código Penal, para combatir la discriminación por orientación sexual (expediente 16.978).

1995; en **Portugal**, en junio de 2010, entró en vigor la ley que permitió a dos personas del mismo sexo casarse, aunque no se reconoció el derecho de adopción; en **Islandia**, el Parlamento (Althingi) aprobó, el 11 de junio de 2010, por 49 votos a favor y ninguno en contra, una ley que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo. La ley del «matrimonio neutral» significó el fin de la normativa sobre parejas de hecho, que estaba vigente desde 1996; **Argentina**, el 15 de julio de 2010, se convirtió en el primer país de América Latina en legalizar el matrimonio gay gracias a la aprobación del Senado, por un apretado margen (33 votos a favor, frente a 27 en contra y 3 abstenciones); en **Dinamarca**, el 7 de junio de 2012, el Parlamento aprobó una ley que permite los matrimonios homosexuales en las iglesias luteranas, aunque un pastor se puede negar a officiar una ceremonia de estas características; en **Uruguay**, la Cámara de Diputados refrendó, el 11 de abril de 2013, el proyecto de ley aprobado en el Senado para autorizar el matrimonio homosexual; **Nueva Zelanda**, el 17 de abril de 2013, fue el primer país de la región de Asia Pacífico, en legalizar el matrimonio homosexual, aunque, desde 2005, ya se autorizaban las uniones civiles; **Francia**, en abril de 2013, aprobó la ley de matrimonio homosexual. En Reino Unido está el trámite parlamentario en marcha, y hay otras iniciativas en Brasil y México. En Estados Unidos los matrimonios homosexuales están autorizados en los estados de Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire, Nueva York, Maryland, Washington y Maine, además del distrito de Columbia. Este tipo de bodas, en cambio, han sido prohibidas en una treintena de estados de los EEUU. Hay países que permiten uniones civiles de personas del mismo sexo, con derechos similares a los del matrimonio, aunque sin esa denominación, entre ellos, Alemania, Irlanda, Israel o la República Checa. Cfr.: <http://www.abc.es/sociedad/20130423/abci-paises-matrimonio-homosexual-aprobado-201304231837.html>

1.e)- En abril de 2010 se presentó un alternativo, llamado **Ley de Sociedades de Convivencia** que simplificaba los anteriores, eliminando la celebración de una ceremonia para otorgar el consentimiento. Este proyecto se tramitó bajo el número N° 17.668.

1.f)- Proyecto de ley de Regulación de las Uniones de hecho entre personas del mismo sexo (expediente 17.844).

1.g)- Proyecto de ley Reforma al capítulo único del título VII del Código de Familia (expediente 18.483).

1.h)- En 2013 se inició la recolección de firmas para presentar, por la vía de la iniciativa popular, el proyecto de **Ley de Matrimonio Igualitario** en que se modifican artículos del Código de Familia en torno a los requisitos para el matrimonio y la adopción.

Cabe indicar que ninguna de esas gestiones ha logrado aprobarse o generar cambios en la normativa vigente.

1.i)- Por ley N° 9155, publicada en La Gaceta del 08 de julio de 2013, se produjo una modificación a la Ley General de la Persona Joven N° 8261 para que el numeral 4, incisos h) y m), se leyera así:

“Artículo 4.- Derechos de las personas jóvenes

[...]

h) El derecho a no ser discriminado por color, origen nacional, la pertenencia a una minoría nacional, étnica o cultural, el sexo, la orientación sexual, la lengua, la religión, las opiniones, la condición social, las aptitudes físicas o la discapacidad, el lugar donde se vive, los recursos económicos o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de la persona joven.

[...]

m) El derecho al reconocimiento, sin discriminación contraria a la dignidad humana, de los efectos sociales y patrimoniales de las uniones de hecho que constituyan de forma pública, notoria, única y estable, con aptitud legal para contraer matrimonio por más de tres años. Para estos efectos, serán aplicables, en lo compatible, los artículos del 243 al 245 del Código de Familia, Ley N° 5476, de 21 de diciembre de 1973, y sus reformas.”

Aunque puede creerse, a partir del texto anterior, que el legislador nacional asumió una postura progresista sobre el tema, que auguraría cambios adicionales, en realidad no fue así, sino que la norma logró ser introducida por una bancada unipersonal de izquierda y fue aprobada gracias a que pasó desapercibida para los restantes congresistas. Es decir, no fue producto de un avance legislativo o nacional en la materia, sino de avatares legislativos.

(2) En lo judicial, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en varias ocasiones:¹¹

2.a)- La primera, por **sentencia 2006-7262** de las 14:46 horas de 23 de mayo de 2006, se resolvió una acción de inconstitucionalidad número 8127-2003 promovida por Yashín Castrillo Fernández, contra los artículos 14 inciso 6 del Código de Familia y 176 del Código Penal (que establecen, en su orden, que el matrimonio es legalmente imposible entre personas del mismo sexo y que establece pena de prisión para los contrayentes que se unieran en matrimonio sabiendo que tienen un impedimento absoluto). La Sala Constitucional hizo un examen de la institución de matrimonio y estimó, por mayoría de 5-2, que las normas impugnadas no eran inconstitucionales, señalando:

“...la realidad demuestra que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las parejas homosexuales; consecuentemente, el legislador se encuentra legitimado para dar, en estos casos, un trato diferenciador. En esta dirección, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia 05/98 de 17 de febrero de 1998 (Lisa Jacqueline Grant c/ South West Trains Ltd.), llegó a la conclusión de que las relaciones estables entre personas del mismo sexo que conviven sin que exista vínculo matrimonial, no están equiparadas a las relaciones entre cónyuges o entre personas de distinto sexo que conviven sin existir dicho vínculo (...) 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 se 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

¹¹ No se pretende una recopilación y exposición exhaustiva de todos los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la temática, sino solo de los más relevantes y a nivel de los más altos tribunales. Por ello, no se alude a otro tipo de decisiones judiciales (por ejemplo, aquellas que, en violencia doméstica, otorgan órdenes de protección a favor de parejas del mismo sexo o, en sede penal, avalan el que se les hagan las advertencias y se otorgue el derecho de abstención a un integrante de parejas del mismo sexo) en donde parece haberse aceptado, sin tanta resistencia, el principio de no discriminación.

y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario.”

No obstante que no se citaron fuentes de Derecho Comparado de avanzada, la norma se mantuvo (sin que se ponderara, tampoco, la declaratoria de una inconstitucionalidad por la omisión legislativa ni la posibilidad de realizar una interpretación conforme, que ha sido un mecanismo usado en múltiples oportunidades), hubo votos salvados de los magistrados Vargas y Jinesta declarando con lugar la acción, admitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo y dejando, a salvo, algunos efectos jurídicos, tales como la adopción de menores de edad y la patria potestad compartida de estos, sin fundamentar, tampoco, en estos casos, el porqué de la diferencia.

2.b)- Por **voto 2007-18660** se rechazó un recurso de amparo contra un bar, por trato discriminatorio por orientación sexual. Aunque la mayoría indicó que era posible que el dueño del lugar regulara las escenas eróticas dentro del sitio, hubo tres votos salvados (Vargas, Jinesta y Calzada).

2.c)- Mediante **voto número 2008-15431** se resolvió un recurso de amparo presentado por «desconocido», para que no se permitiera efectuar el *referéndum* sobre las Uniones Civiles y que se ordenara a la Asamblea Legislativa ejercer su poder de dictar las leyes respecto del proyecto de unión civil entre parejas del mismo sexo. La Sala Constitucional rechazó de plano el recurso, indicando que no podía imponer, a la Asamblea Legislativa, el usar o no usar sus competencias y, como el recurrente decidió ocultar su identidad, no se podía saber si tiene legitimación para recurrir.

2.d)- Luego, se estableció una acción de inconstitucionalidad, interpuesta por Yashín Castrillo Fernández, contra el artículo 242 del Código de Familia, por estimarlo contrario a la Constitución Política en cuanto establece que la unión de hecho, para ser reconocida, debe ser exclusivamente entre un hombre y una mujer. El recurrente estimó que eso contravenía el derecho a constituir una familia y recibir la protección del Estado, el derecho a los seguros sociales, a la salud, a recibir pensión y, finalmente, el derecho a la igualdad y a no ser discriminado. La Sala Constitucional rechazó la acción por cuestiones formales, al no existir un caso pendiente donde debiera aplicarse la norma, según **voto 2009-8909** de las 14:43 del 27 de mayo de 2009.

2.e)- Por **voto número 2010-1331**, con los votos salvados de Castillo y Armijo, se anuló la resolución del Tribunal Supremo de Elecciones No. 3401-E9-2008 de las 9:10 hrs. de 30 de septiembre de 2008, que, en el expediente N° 195-E-2008, autorizó la recolección de firmas para convocar a un referéndum de iniciativa ciudadana para que se apruebe o impruebe el proyecto legislativo denominado “Ley de unión civil entre personas del mismo sexo” tramitado legislativamente bajo el expediente número 16.390 supra reseñado).

2-f)- A través del **voto número 2010-20233** se rechazó un recurso de amparo incoado, ante la Sala Constitucional, contra un bar, por dar un trato discriminatorio a personas gays. En esta oportunidad, aunque se estimó que el dueño del establecimiento podía regular la conducta de las personas impidiendo escenas amorosas, la Sala estableció, de forma expresa, la prohibición de discriminación por orientación sexual.

2.g)- Asimismo, por **voto número 2012-05590** de 2 de mayo se rechazó una acción de inconstitucionalidad promovida por Y.C.F. contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social, que impedía el asegurar a la pareja del mismo sexo, con los votos disidentes de Armijo, Jinesta y Cruz. En este pronunciamiento, la mayoría de la Sala, expresamente, negó la posibilidad de usar el precedente del caso Atala Riffo vs. Chile diciendo: *“...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”* (el destacado es suplido). Desde mi perspectiva, el voto de la Corte Interamericana fue leído en forma segmentada, pues contiene un amplio apartado sobre la discriminación por orientación sexual y es claro que, en este asunto, de alguna forma sí se abordaba el tema de las relaciones de pareja homosexuales. El 22 de mayo de 2014 la norma reglamentaria fue modificada pero por la nueva Junta Directiva de la institución, permitiendo dicho seguro, en lo que ha sido el primer logro jurídico, consciente, en esta materia. Eso se une a los hechos, simbólicos, acaecidos el 08 de mayo de 2014 (un ministro gay desfiló con su pareja, lo que fue publicitado ampliamente y aceptado por la gran mayoría de la opinión pública) y el 16 de mayo de 2014, Día Internacional contra la Homofobia, en que, por primera vez en el país, se izó la bandera de la diversidad sexual en diferentes instituciones públicas, incluida la Casa Presidencial, lo que generó algunas protestas en algunos sectores conservadores del país. Este panorama permite entrever que se han ido dando leves avances en el país, muchos de ellos generados como reacción, lógica, ante posiciones abiertamente insostenibles y retrógradas, propuestas por algunas denominaciones religiosas representadas en el Parlamento, obviamente con la anuencia de la jerarquía de la Iglesia Católica local y otras religiones históricas (excluida la Iglesia Luterana, que se ha mostrado más respetuosa y consecuente con postulados inclusivos del cristianismo).

2.h)- A través del **voto número 2013-10404** de la Sala Constitucional, ante consulta de la Defensoría de los Habitantes, se anularon el inciso 6) del artículo 98 y el inciso e) del artículo 102 del Código Penal, en cuanto incorporan, como supuestos para la imposición de medidas de seguridad, la prostitución y el homosexualismo, eliminando, del Ordenamiento Jurídico un resabio de Derecho Penal de Autor.

2.i)- El 01 de agosto de 2014, por **voto número 2014-12703**, la Sala Constitucional declaró con lugar un amparo, ante la denegatoria del Colegio de Abogados de extender carné y tener, como beneficiario de la póliza de seguro, a la pareja homosexual de un agremiado.

2.j)- En la actualidad, consta en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el expediente número 2090-12, abierto el 15 de noviembre de 2012, mediante el cual se pretende sentar la responsabilidad internacional del estado costarricense por no regular adecuadamente el tema.

Entonces, pocas esperanzas se cifran en el Tribunal Constitucional costarricense, máximo órgano jurisdiccional del país y único con jurisprudencia vinculante (cfr. artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). Algunos intentos por dar otras soluciones a esos temas, terminaban ante el órgano constitucional, con un resultado ya sabido, no porque las normas que debían servir de parámetro interpretativo siguieran esa línea de pensamiento, sino por la matriz ideológica que representa una mayoría del órgano constitucional que, obviamente, ha buscado sus fuentes de Derecho Comparado en aquellos países que se habían negado a incorporar regulaciones sobre el tema y no en los que sí lo habían hecho.

Entonces, el panorama jurídico-ideológico en materia de derechos humanos estaba dado por siete magistrados. Los jueces ordinarios podían creer, en cualquier materia, que las normas eran contrarias a instrumentos internacionales, pero era la palabra de estos la que los vinculaba.

Es, en esa coyuntura, en que surgen varios votos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sistema regional de justicia al que está adscrita nuestro país, que generan una apertura en las posibilidades interpretativas de los órganos jurisdiccionales de menor rango. Así, en el caso de Almonacid Arellano contra Chile, el Tribunal Interamericano literalmente estableció:¹²

“123. ...cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa

¹² Un estudio de esta materia, con referencias al ámbito penal y, específicamente, en punto a las causales de la prisión preventiva, realiza: Mora, Jeffrey. *El “derecho de cautela” frente al control difuso de convencionalidad*. Artículo inédito. Asimismo, consúltese: ALBANESE, Susana. *El control de convencionalidad*. Ediar, Buenos Aires, 1° edición, 2008.

contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios el Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado (...) La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe 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 igual forma, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú, destacó la Corte:

“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.”

Una de las resoluciones más recientes de la Corte Interamericana sobre el particular, se dio en el caso del poeta Gelman contra Uruguay (del 20 de marzo de 2013) en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos recapituló lo que había dicho sobre el tema y enfatizó sobre el contenido del control de convencionalidad como una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, en particular, a cargo de los jueces ordinarios, aunque exista control de constitucionalidad concentrado. Se obliga, así a todos los jueces y órganos judiciales, a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse en el fuero interno, utilizando, como parámetro, las interpretaciones de la Corte y se enfatiza en que:

“...la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos

constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.”

Desde esta perspectiva, el control de convencionalidad se separa del control ejercido, en forma exclusiva, por la Sala Constitucional. Por ello, el que la Sala Constitucional, en innumerables votos,¹³ indicara que no era inconstitucional la omisión legislativa de regular el tema de las uniones del mismo sexo; o el que dijera que no era inconstitucional que se entendiera matrimonio o unión de hecho como la de un hombre y una mujer, deja de tener relevancia, en el medio costarricense, a partir del citado voto de la Corte Interamericana (en adelante CIDH) pues, entonces, la resolución de los asuntos concretos debe hacerse tomando como base no solo la Carta Magna y lo dicho por la Sala Constitucional en torno a ésta, sino, también, lo regulado en los instrumentos internacionales de derechos humanos y, específicamente, lo resuelto por la CIDH en cuanto interpreta la Convención Americana. Es decir, ya la Constitución-Sala Constitucional no se constituye en el único parámetro a tener en cuenta, desde que la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴ dispone, en su artículo 24: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”* Cualquier lector o intérprete avezado considerará que, cuando se menciona a “todas las personas” no se excluye a nadie y que, cuando se reafirma que no es posible *“ninguna discriminación por cualquier razón”* (fórmula usada por otros instrumentos ratificados por el país) prohíbe, también, la discriminación por orientación sexual en todos los ámbitos, máxime que en la materia rige el principio de desarrollo progresivo de los derechos humanos.

Conforme a la Parte I, artículo 2, en relación con el 68, de la Convención, se establece, dentro de los deberes de los Estados, el acatar esa normativa y las resoluciones, en que el Estado sea parte, del tribunal llamado a interpretarla, siendo tal la Corte Interamericana. Inclusive Costa Rica, en tanto país sede, al suscribir el convenio de sede, se comprometió, específicamente, a respetar los pronunciamientos de dicho Tribunal.¹⁵ Esto ha sido asumido por la misma Sala

¹³ Ver las referencias en la nota al pie de página N° 2 de este trabajo.

¹⁴ Conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita por C.R. el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por la Asamblea Legislativa mediante la Ley número 4534 del 23 de febrero de 1970.

¹⁵ *Convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado mediante ley N° 6889, de setiembre de 1983, en su artículo 27, estatuye: *“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.”*

Constitucional al indicar, mediante voto número 2313-95, que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto intérprete de la Convención, tienen el mismo rango de ésta, así como el que los instrumentos sobre derechos humanos pueden aplicarse directamente, si son ejecutivos y ejecutables, predominan sobre la ley y adquieren rango supra constitucional (voto 282-90), con lo que se supera la vinculatoriedad solo de algunos asuntos específicos (en que se sea parte). Asimismo, en el voto número 2313-95 el órgano constitucional aceptó que la vinculatoriedad alude no solo a los pronunciamientos contenciosos, sino a las opiniones consultivas, asumiendo lo dispuesto por dicho órgano (OC-3-83).

Si, además, conforme a los numerales 48 de la Constitución Política y 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos son parámetro de constitucionalidad (aunque con rango infra constitucional y supra legal)¹⁶ y de acuerdo a los votos vinculantes de la Sala Constitucional, números 3435-92, 2313-95, 1319-97, 4356-98 y 6830-98, lo dispuesto en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en tanto conceda más derechos que la Constitución, predominan sobre esta, se puede concluir que coexisten dos tribunales, con visiones diversas en la actualidad, encargados del control sobre el acople de las normas y prácticas en materia de derechos humanos y la jurisprudencia de ambos obliga a los jueces ordinarios que, de desconocerla, estarán violentando el juramento constitucional que hicieron al asumir sus cargos. Inclusive, en algún momento se teorizó sobre la posibilidad de que la jurisprudencia de ambos fuera contradictoria, en cuyo caso nos preguntábamos cuál predominaba (CHINCHILLA CALDERÓN, 2007, pág. 89), pero esas hipótesis se convirtieron en realidad frente a los dos temas en que la Corte ha condenado al estado costarricense siendo, ahora, evidente la respuesta, en punto a la mayor protección que de esos pronunciamientos se pueda obtener para el respeto de los derechos humanos.

¹⁶ Es necesario indicar que, de estos textos, deriva la distinción conceptual entre Constitución Política y 'Derecho de la Constitución', los cuales no son términos sinónimos. Este es más amplio que aquél, que comprende las normas escritas y los principios y valores constitucionales. No obstante, por este último se entiende no solo las normas, principios y valores de la Constitución Política vigente sino, además, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (que, a su vez, se compone del denominado '*hard law*', es decir los instrumentos y convenios formalmente ratificados por el país y el '*soft law*' que involucra acuerdos y resoluciones provenientes de órganos de instituciones de derecho Internacional a los que pertenece el país, como la ONU y la OEA), la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto interpreta aquellas disposiciones, la costumbre constitucional y normas reforzadas como el Reglamento Legislativo y la Ley de la Jurisdicción Constitucional. La Sala Constitucional, en varios pronunciamientos, ha asumido la vinculatoriedad que tienen, para el estado costarricense, normas de organismos internacionales a los que C.R. pertenece, aunque no hayan sido expresamente suscritas por el país, ni ratificadas por el Parlamento. Ver votos número 6624-95 (Convención de Viena); 1032-96, 709-91 y 7484-2000 (Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre tratamiento de reclusos) y 3705-93 (Cumbre de la Tierra), entre otros.

Discriminación por orientación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la discriminación por razones de orientación sexual en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, la cual, además, hace un aporte al tratamiento de las personas menores de edad en un proceso judicial, aunque, lamentablemente, no se pronunció sobre el tema de la independencia judicial, considerando, erróneamente, a mi juicio, que los legitimados para incoar un reclamo eran los jueces, cuyo pronunciamiento se revocó, en vez de potenciarse dicho principio, como una garantía de las personas juzgadas la cual, en este caso, fue vulnerada, al punto que el órgano natural a resolver fue sustituido por uno *ad-hoc*.

A fin de contextualizar el pronunciamiento del Tribunal internacional, debe indicarse que los hechos que se ventilaron aluden a una jueza penal chilena que se separó de su esposo, un abogado, por un mutuo acuerdo, en donde se contempló que la custodia de las tres hijas comunes (de 8, 4 y 3 años), quedara en manos de la madre y el padre aceptó un régimen de visitas. Meses después de finalizado el matrimonio, la señora Atala inició la convivencia con su compañera sentimental, una historiadora, lo que hizo en la casa que compartía con las niñas y con un hijo, mayor de edad, producto de otra relación. Ante ello, el padre de las menores de edad planteó un proceso por la custodia de las tres infantes, alegando que aquella relación lésbica, produciría daño en las niñas y afectaría su desarrollo emocional. Mientras el proceso se desarrollaba, se solicitó la tuición provisional en manos del padre, lo que fue aceptado por el juzgado de primera instancia, concediendo a la madre solo un régimen de visitas. Poco tiempo después, se emitió la sentencia de primera instancia, en que se rechazó la demanda del padre y se ordenó el retorno de las niñas a su madre. En la sentencia se indicó, luego del análisis de múltiples peritajes psicológicos e informes de distintas entidades de salud, que la orientación sexual de la demandada no representaba peligro alguno para las niñas. No obstante, el padre apeló y pidió que, provisionalmente, se le mantuviera en la custodia de las niñas, a la espera de que se resolviera el recurso, desde que ejecutar, en ese momento, lo resuelto, implicaría, según él, un cambio para el modo de vida de las infantes. La Corte de Apelaciones concedió la medida provisional y, meses más tarde, declaró sin lugar el recurso de apelación, confirmando la sentencia que denegaba la demanda y ordenaba que la custodia quedara a cargo de la madre. A esta fecha, habían transcurrido ya 10 meses de que las niñas convivían con el padre. En el sistema judicial chileno no habían más recursos ordinarios, por lo que lo resuelto debía ser ejecutado. Empero, el padre planteó un recurso de queja, ante la Corte Suprema de Justicia de Chile, contra los jueces que habían decidido, alegando que habían faltado a los deberes propios de su cargo. Asimismo, solicitó que se mantuviera a las niñas provisionalmente bajo su custodia. A pesar de tratarse de un tema disciplinario, la Corte, en una votación 3-2, acogió el recurso de queja y concedió la tuición definitiva al padre, refiriendo:

"...aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo síquico y emocional de las hijas, atendidas sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas" y "la convivencia entre Atala y su pareja, sitúa a las menores en un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegio y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal."

Ante ello, la madre acudió ante la Comisión Internacional de Derechos Humanos que declaró admisible la denuncia en agosto de 2008. En 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) concluyó que Chile vulneró los derechos de la jueza Karen Atala al quitarle la tuición de sus tres hijas debido a su orientación sexual. Junto con ello, la instancia hizo recomendaciones al Estado chileno en orden a reparar el daño causado a la familia y a evitar la ocurrencia de situaciones similares en el futuro. No obstante, ante el incumplimiento del Estado, el caso pasó a la Corte Interamericana que, en 2012, es decir, cuando las niñas tenían ya 18, 14 y 13 años y habían pasado la mayoría del tiempo alejadas de su madre, resolvió el fondo del asunto. La Corte señaló que su sentencia no sería una instancia más en lo resuelto, de modo que no se pronunciaría sobre el tema de la custodia, sino, solo, sobre la violación a derechos fundamentales en el trámite de la causa.

En lo que interesa del pronunciamiento jurisdiccional, el mismo tuvo como base la *Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género* de las Naciones Unidas, del 22 de diciembre de 2008;¹⁷ la *Declaración Conjunta para poner Alto a los Actos de Violencia, y a las Violaciones de Derechos Humanos Dirigidas contra las Personas por su Orientación Sexual e Identidad de Género* de 22 de marzo de 2011 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU y

¹⁷ La ONU, en 1994, mediante la resolución favorable del caso Toonen contra Australia, por parte del Comité de Derechos Humanos de dicha entidad, había establecido que, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (también suscrito por C.R.) se desprende que las leyes contra la homosexualidad son una violación de los derechos humanos. En cuanto a la Declaración, fue una iniciativa francesa que fue suscrita por 66 de los 192 países miembros de las Naciones Unidas, pero provocó otra declaración, en sentido contrario, por parte de los países árabes. En junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la Resolución 17/19 (A/HRC/RES/17/19) sobre este tema, la cual, también es un instrumento jurídico que ha de tenerse en cuenta al legislar o pronunciarse judicialmente, desde que C.R. es parte de dicho sistema de protección.

la resolución de ese Consejo, del 15 de junio de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.

Cabe agregar que Costa Rica fue uno de los países suscriptores de aquella Declaración. Esto es importante porque, si bien ese no es un tratado sujeto a ratificación por la Asamblea Legislativa, sí vincula al estado costarricense, tal y como lo ha referido la Sala Constitucional en el voto número 709-91: *“...las resoluciones (...) adoptados por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, (...) son aplicables a nuestro país a la luz del artículo 48 de la Constitución Política que ha elevado todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a rango constitucional, los que deberán ser incorporados en la interpretación de la Constitución sobre todo en materia de derechos humanos.”*

Por otra parte, ya en el voto Atala Riffo versus Chile, la Corte emite una serie de consideraciones que, como se ha indicado atrás, resultan vinculantes para los estados partes, incluido Costa Rica y en donde se brindan explicaciones sobre el carácter progresivo de los derechos humanos, ya que uno de los alegatos del estado chileno era que, al momento de suscribir la Convención, no se pensó en el tema de la orientación sexual y su regulación ni que esto implicara alguna forma de discriminación. Se salió al paso a ese argumento indicando:

“83. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (...) Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (...) 84. En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano (...) 85. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo”.

Acto seguido, se hizo un repaso de los diferentes instrumentos, resoluciones de organismos de derechos humanos y pronunciamientos sobre el tema por otros tribunales de derechos humanos del mundo y, en el acápite 91, se dispuso:

*“...la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención **cualquier norma, acto o práctica discriminatoria** basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”* (se suplen las negritas).

Esta declaración es la esencia de esa resolución en dicho tema.

Corolario

Entonces, para quienes asumen la función jurisdiccional como simples aplicadores de silogismos jurídicos, las premisas y la conclusión son evidentes:

(1) Costa Rica pertenece al sistema de Naciones Unidas y de Estados Americanos. En esa condición, suscribió declaraciones en materia de respeto a los derechos de las personas por su orientación sexual; se adhirió a la Convención Americana de Derechos Humanos y se obligó a cumplir la jurisprudencia emitida por la Corte, interpretando dicho instrumento internacional. Esta, obliga a que los jueces ordinarios apliquen, directamente, sus pronunciamientos, por un lado y, por el otro, ha referido que no es posible hacer ninguna discriminación por razones de orientación sexual.

(2) La omisión del Estado costarricense de regular los derechos, personales y patrimoniales, derivados de la unión de personas del mismo sexo, es una forma de discriminación. Por lo tanto, esta práctica puede ser superada interpretando que las limitaciones de sexo y género, para el disfrute de ciertos derechos (familiares respecto al matrimonio y la adopción; a la salud en torno a los seguros; a la seguridad social respecto a las pensiones, etc.), no son válidas.

Ergo, los jueces ordinarios de familia pueden interpretar las normas legales, que regulan los derechos del resto de la población, en forma amplia, acorde con la Convención, para suprimir cualquier limitación al pleno disfrute de los derechos de este grupo poblacional.

Aunque la perspectiva de quien escribe, en cuanto a la función de quien ejerce la judicatura, es diferente a aquella meramente mecánica, sino que se asume la función política, en sentido amplio, de la jurisdicción, en cuanto garante del Derecho de la Constitución, se expone lo anterior en virtud de que, aun partiendo de criterios mucho más estrechos, resulta imperioso que la judicatura ordinaria asuma el rol social que le compete en una Democracia y, por el carácter vinculante de las normas y pronunciamientos referidos, no puede hacer otra cosa que resolver conforme al derecho que juraron cumplir, al aceptar sus cargos y no sobre la base de concepciones religiosas, presiones periodísticas, estereotipos o prejuicios. Obviamente la conclusión es la misma, y el procedimiento menos tortuoso, para

concepciones más abiertas de Derechos Humanos y de Democracia.

En materia del reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo, la judicatura no tiene dónde perderse. Emitir resoluciones manteniendo el rechazo de estas uniones es, además de retrógrado y revelador de prejuicios añejos, casi un prevaricato. Esto es así tanto para la jurisdicción ordinaria como para la constitucional, desde que la misma Sala ha indicado que la jurisprudencia de la Corte la vincula, tanto como las declaraciones y resoluciones sobre derechos humanos, de los sistemas de los que el Estado sea parte, y Costa Rica lo es de la ONU.

Si bien, estimo innecesario el pronunciamiento contencioso de la Corte Interamericana si los jueces y juezas nacionales asumieran su función a partir del esquema normativo referido, **bien harían las autoridades gubernamentales actuales, que han mostrado apertura en este tema, en solicitar a la Corte Interamericana una opinión consultiva sobre el particular**, lo que sortearía el tortuoso camino de un asunto contencioso, así como de los vaivenes internos del Congreso.¹⁸

Inicié citando a Galeano y concluyo, también, con él:

“Uno escribe para despistar a la muerte y estrangular los fantasmas que, por dentro, lo acosan; pero lo que uno escribe puede ser históricamente útil sólo cuando, de alguna manera, coincide con la necesidad colectiva de conquista de la identidad.”

En este momento histórico, en Costa Rica, luego de, durante años, muchos seres humanos han cargado sobre sus espaldas un dolor en soledad, por la discriminación de que han sido víctimas, tanto en el ámbito privado como público,¹⁹ se presenta la oportunidad de que se modifique, aún por la vía jurisprudencial, el marco jurídico nacional, para que un colectivo de personas acceda, en igualdad de condiciones que el resto, a derechos, tan elementales, como el tener una regulación jurídica para la convivencia en pareja, a que la ley contemple el destino de sus

¹⁸ El artículo 61 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente a partir del 1 de enero 1997, establece el procedimiento para solicitar las opiniones consultivas reguladas por el numeral 64.2 de la Convención (y vinculantes para los estados): *“Interpretación de leyes internas. 1. La solicitud de una opinión consultiva presentada de conformidad con el artículo 64.2 de la Convención deberá señalar: a. las disposiciones de derecho interno así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta; b. las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte; c. el nombre y la dirección del agente del solicitante. 2. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta.”*

¹⁹ Cfr.: CHINCHILLA DARÍO, *Homosexuales de la vieja guardia*. En: Revista Dominical, Periódico La Nación, San José, Costa Rica, domingo 13 de julio de 2014. Versión electrónica en: http://www.nacion.com/ocio/revista-dominical/arcoiris_0_1426457374.html

bienes ante su muerte sin testar, a la seguridad social, para la adopción y crianza de niños y niñas, etc.

Ojalá que este, mi intento individual por despistar el dolor ante la pérdida de un amigo, sea útil, también, para que la judicatura de mi país encuentre las vías para garantizar una necesidad colectiva que debe imponerse sobre el rincón oscuro de cada uno de nosotros.

Referencias bibliográficas

AMORETTI OROZCO, Luis Héctor (2008). *Las razones de este debate*. En: *Revista Pensamiento Jurídico Feminista* N° 4, San José, agosto, págs. 135-140.

ARMIJO, Gilbert (2014). *Eficacia de la sentencia “Atala Riffo vs. Chile” en la jurisprudencia de terceros países: Recensión de la Sentencia N° 2012-05590 de 2 de mayo. Acción de inconstitucionalidad promovida por Y.C.F. contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social*. En: Bazán, Victor y Nash Rojas, Claudio (editores académicos). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. N° 4 Pluralismo Jurídico*. Programa Estado de derecho para Latinoamérica. Konrad Adenauer, Bogotá, Universidad del Rosario. Versión digital en: https://www.kas.de/wf/doc/kas_36973-1522-4-30.pdf?140306152838.

ARMIJO, Gilbert (2009). *La protección constitucional de los grupos vulnerables en la Constitución Política de 1949: niños y ancianos*. En: *Constitución y Justicia Constitucional, Poder Judicial*, San José, págs. 297-318.

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura (2007). *El Derecho de la Constitución como fuente del Ordenamiento Jurídico*. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José.

GALEANO, Eduardo (1988). “*Defensa de la palabra*.” En: *Nosotros decimos no (Crónicas 1963-1988)*. Editorial Siglo XXI. Versión electrónica en: <http://contextocontextos.wordpress.com/2008/04/05/defensa-de-la-palabra-eduardo-galeano/>

MORA SÁNCHEZ, Jeffry José (s.f.). *El “derecho de cautela” frente al control difuso de convencionalidad*. Artículo inédito.

WONG QUIRÓS, Natalia (2012). *Familia no heterosexual: derecho a ser tutelada*. Tesis para optar al grado de licenciada en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica (en que Amoretti Orozco fungió dentro del tribunal de tesis). Versión digital en: http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t12-familia_no_heterosexual_derecho_a_ser_tutelada.pdf

Expedientes legislativos:

Proyecto de ley para la Modificación del artículo 242 del Código de Familia (expediente 16.182)

Proyecto de ley de Unión Civil entre personas del mismo sexo (expediente N°16.390)

Proyecto de Ley para la prevención y eliminación de la Discriminación (expediente 16.970)

Proyecto de ley para la Modificación del artículo 373 del Código Penal, para combatir la discriminación por orientación sexual (expediente 16.978).

Proyecto de Ley de Sociedades de Convivencia (expediente N° 17.668).

Proyecto de ley de Regulación de las Uniones de hecho entre personas del mismo sexo (expediente 17.844)

Proyecto de ley Reforma al capítulo único del título VII del Código de Familia (expediente 18.483).

Proyecto de Ley de Matrimonio Igualitario.

Expediente TSE

Expediente N° 195-E-2008 alusivo al *referéndum* para pronunciarse sobre el expediente legislativo de unión de las personas del mismo sexo.

Votos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Almonacid Arellano y otros vs. Chile (del 26 de setiembre de 2006).

Atala Riffo y niñas vs. Chile (del 24 de febrero de 2012).

Gelman vs. Uruguay (del 20 de marzo de 2013).

Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (del 24 de noviembre de 2006).

Votos Sala Constitucional

Voto N° 2006-7262.

Voto N°2007-18660.

Voto N° 2008-15431.

Voto N° 2009-8909.

Voto N°2010-1331.

Voto N°2010-20233.

Voto N° 2012-05590.

Voto N°2013-10404.