

Boletín Judicial N° 089 - 2025

Fecha del documento: 16 de Mayo del 2025

Fecha de Publicación: 19 de Mayo del 2025

Documentos citados: - Publicaciones

Publicada en Boletín número 089 del 19 May 2025

BOLETÍN JUDICIAL N°089

AÑO-CXXXI

ISSN: 2953-7428

San José, Costa Rica, lunes 19 de mayo de 2025

Ámbito Administrativo

AVISO CONSTITUCIONAL 1V

Publicar UNA VEZ en el Boletín Judicial, tal y como lo establece el artículo 90 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

“De conformidad con lo establecido en el oficio No.2239-DE-2024 de 27 de junio de 2024 de la Dirección Ejecutiva, que establece que las publicaciones remitidas por la Sala Constitucional por medio del Sistema de Boletín Judicial (SIBO), se tramiten con las consideraciones expuestas en el oficio No. PSC-038-2024 del 25 de junio de 2024 de la Presidencia de la Sala Constitucional”

Exp. 24-008527-0007-CO

Res. 2025002790

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las doce horas y cuarenta y seis minutos del veintinueve de enero de dos mil veinticinco.

Acción de inconstitucionalidad que se tramita en el expediente nro. 24008527-0007-CO interpuesta por ANIRAM ELENA BRENES MORALES, cédula de identidad nro. 1-1295-0385, a favor de PAOLA AGÜERO ZAMORA, cédula de identidad nro. 2-0707-0790; contra los artículos 95 del Código de Trabajo y 41 de la Ley Marco de Empleo Público.

Resultando:

1.- Por escrito incorporado al expediente digital el 2 de abril de 2024, la parte accionante interpone acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 95 del Código de Trabajo y 41 de la Ley Marco de Empleo Público. Exponen: “LEGITIMACIÓN: De conformidad con los artículos 10, 27 y 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica y los numerales 75 y 78 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley No. 7135 del 19 de octubre de 1989), cualquier persona que considere que una norma contradice la Constitución Política o los Tratados Internacionales de Derechos Humanos puede presentar la acción de inconstitucionalidad, siempre y cuando exista un asunto pendiente de resolver, incluido un recurso de amparo, y dicha acción se encuentre debidamente autenticada. Con base en lo anterior, esta representación (ANIRAM ELENA BRENES MORALES) presentó un recurso de amparo ante esta Sala Constitucional en beneficio de la amparada PAOLA AGÜERO ZAMORA el 25 de marzo del 2024, la aquí recurrente, el cual se tramita bajo expediente N°24008132-0007-CO; que hasta el momento no cuenta con una resolución por parte de este tribunal constitucional. TERCERO. OBJETO DEL (sic) ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: De conformidad con los artículos 2, 3, 73 y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley No. 7135 del 19 de octubre de 1989), la acción de inconstitucionalidad corresponde contra de leyes y demás normas que conforman la normativa interna nacional, incluidos el Código de Trabajo y la Ley Marco de Empleo Público. CUARTO. SOBRE EL CÓDIGO DE TRABAJO (LEY N°. 2) ARTÍCULO 95 Y LEY DE EMPLEO PÚBLICO (LEY N° 10159) ARTÍCULO 41 Y EL DERECHO A LA LICENCIA DE COMATERNIDAD: La Ley costarricense contempla dos cuerpos normativos para la regulación de las licencias en favor de personas trabajadoras en razón del nacimiento de una hija o hijo. En el sector privado rige el Código de Trabajo (Ley N°. 2), cuyo artículo 95 se refiere a: 1) las “licencias remuneradas por maternidad” que serán gozadas por la “trabajadora embarazada”, 2) las licencias especiales para: “la(s) persona(s) adoptante(s)” en el caso de la adopción individual y en la adopción conjunta (artículo 95 a)), “los padres biológicos” a los que se les otorgará una “licencia de paternidad” (artículo 95 b)), a los “padres biológicos” en el caso de muerte materna en el parto, durante la licencia o durante los tres primeros meses contados a partir del parto, cuyo niño o niña haya sobrevivido (artículo 95 c)). Por otra parte, el sector público se rige por la Ley Marco de Empleo Público (Ley N° 10159) y el Código de Trabajo (Ley N°. 2). En la Ley Marco, artículo 41 se establece el “permiso de paternidad” para “los padres que tengan un hijo biológico o en adopción” los cuales podrán gozar de un “permiso de paternidad”, con goce de salario, por un mes calendario, posterior al día de nacimiento o al momento de concretarse la adopción de la persona menor de edad. Mientras que el artículo 42 (de la Ley Marco) se refiere a la ampliación de la “licencia por maternidad” remunerada establecida en el artículo 95 del Código de Trabajo, es decir, asociada a la “trabajadora embarazada” que menciona este mencionado artículo. En primer lugar del recuento de la redacción de las dos normas señaladas se extrae que: A. La licencia de maternidad está ligada a las trabajadoras embarazadas, es decir, no contempla otorgar este tipo de licencias a las madres no gestantes en las co-maternidades. B. Las licencias de las parejas de las personas trabajadoras embarazadas están concebidas por la norma como exclusivamente hombres, de ahí que en la norma se indique “paternidad” y “padres”. Lo cual en su interpretación literal al devenir del vocablo “pater” excluye a las madres no gestantes de las co-maternidades como parejas. C. Nótese que las licencias en el caso de adopción en el Código de Trabajo se refieren a “personas adoptantes” lo cual en un sentido literal permitiría aplicar este escenario tanto a co-maternidades, co-paternidades como a parejas de diferente sexo. No obstante, la Ley Marco de Empleo Público hace referencia a la “licencia de paternidad” en adopciones, lo cual también excluye a madre no gestante de las co-maternidades. D. En el caso de

muerte materna (madre gestante que muere) del artículo 95 c) también existe una presunción que la pareja puede ser exclusivamente un hombre por lo que habla de licencia de paternidad para padres biológicos. Lo cual una vez más excluye a las madres no gestantes en las comaternidades de dichas licencias para acompañar y ocuparse de su hijo/hija sobreviviente. En segundo Lugar, obsérvese que ambas normas señaladas fueron redactadas previamente a la entrada en vigencia del matrimonio entre personas del mismo sexo. Con la entrada en vigencia, el 26 mayo del 2020, de este tipo de uniones, el Estado costarricense no ha realizado las reformas legales pertinentes en relación con las licencias de co-maternidad. Desde el 2020 a mayo 2023 un total de 2.440 parejas del mismo sexo se casaron, y de ellas 1.082 fueron entre mujeres (dato tomado de nota periodística referenciando Información del Registro Civil de Costa Rica). La decisión de una pareja que contrae matrimonio para incluir en su proyecto de vida tener hijos y los derechos asociados a esa vida familiar no deben verse obstaculizados dentro de un Estado de Derecho que contempla su protección en la propia Constitución Política. Y en tercer lugar, las normas recurridas (artículo 95 del Código de Trabajo (Ley N°.2) y 41 de la Ley de Empleo Público (Ley N° 10159), ambos textos vigentes) se consideran violatorias a la Constitución Política por infringir el artículo 33 (“Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”), el 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 y la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad.”, artículo 71 (“Las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo.” y artículo 73 (“Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine(...).” De manera sintética y específica las normas recurridas infringen (A) el deber del Estado de proteger a la familia, (B) de proteger a las mujeres en el entorno laboral o de trabajo, (C) de proteger a las personas menores de edad y su interés superior en la creación y fortalecimiento de lazos familiares, así como acompañamiento para el goce pleno de salud, desarrollo psicosocial y los cuidados correspondientes. (D) Así como infringen el deber de un trato igual ante la ley mediante el acceso y regulación de las licencias de co-maternidad, como sí se regulan las licencias de maternidad y paternidad. (E) Finalmente, se viola la prohibición constitucional de prácticas discriminatorias contrarias a la dignidad humana, incluida la discriminación que produce la no inclusión de la licencia de comaternidad en la ley y, en subsecuencia, el no otorgamiento de la licencia de co-maternidad, acto que proviene de una histórica discriminación de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo y desconocimiento de los derechos de familia asociados a este tipo de uniones. Para la sociedad costarricense, la familia configura una institución de gran importancia, por ello ha sido protegida por los constituyentes en el artículo 51, considerado un elemento natural y fundamento de la sociedad, por lo cual amerita protección especial del Estado. La relevancia de la familia también se encuentra presente en instrumentos internacionales tales como en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 en su artículo 16, párrafo 3, así como en el Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966 artículo 23, párrafo 1°. También la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria, según el artículo 11.2 y el artículo 17.1, “Ninguna de las normas citadas contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por “familia”. Sobre el particular, la Corte ha señalado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma.” Opinión Consultiva 24/17, párr. 174. La Constitución Política costarricense tampoco establece la definición de un modelo cerrado o particular de familia a ser objeto de protección. Y establece el artículo 51 constitucional que la madre y el niño/niña tendrán también derecho a la protección estatal. Adicionalmente, el artículo 71 constitucional claramente establece que “las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su

trabajo". Por lo que se puede indicar que el Estado costarricense prioriza la protección de la familia, las mujeres y las personas menores de edad y de ello se desprende la necesaria proactividad del Estado para no sólo contar con normas que posibiliten el ejercicio de sus derechos a los sujetos indicados sino que, además, el propio Estado debe protegerles de la discriminación en que otros agentes tanto privados como públicos puedan incurrir y de las omisiones que las leyes alberguen que sean contrarias a la Carta Magna. Otros instrumentos internacionales se refieren a dicha protección, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 25, párrafo 2º señala que "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales..." y en el artículo 24, párrafo 1º, se establece que "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna... a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado". (...) Dicha línea ha sido reiterada en la jurisprudencia de la Sala Constitucional (véase la sentencia N° 20050011262 de las 15:00 horas del 24 de agosto de 2008, Resolución N° 25438 del 2022 28 de Octubre del 2022 a las 09:20). El acceso a la licencia de maternidad por parte de las madres no gestantes se encuentra íntimamente relacionado a (sic) los derechos de la persona menor de edad a ser protegida por quién o quienes asumen su cuidado, derecho a la vida familiar, así como a la creación y fortalecimiento de los lazos del núcleo familiar. Este vínculo mujer-maternidad, hijo/hija, familia y licencia de comaternidad es innegable desde el punto de vista de los derechos humanos y derecho constitucional costarricense. La Sala ha manifestado en la Resolución N° 05567 - 2023 del 10 de Marzo del 2023 a las 09:20 la importancia de la "protección a la mujer embarazada, al niño y a la niña a "La familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado" y el lazo entre la madre gestante y el bebé "para que el bebé tenga la posibilidad de estar con su madre y pueda ser atendido en forma constante y permanente por su progenitora, pues es evidente que es ella la que le otorgará los cuidados básicos necesarios, tanto desde el punto de vista biológico como psicosocial, ya que se trata de una etapa importante en cuanto a la consolidación de los lazos de unión entre madre e hijo, lo que repercutirá posteriormente en la unión de la familia, como núcleo fundamental en la formación de la sociedad costarricense." Tanto el bebé como la madre gestante se ven beneficiadas del cuidado de la madre no gestante, tanto cuando el parto ha sido vaginal como por cesárea. La importancia del rol de la madre no gestante en la asistencia de los deberes de cuidado (del hogar, limpieza, hacer las compras, asistencia con los cuidados del bebé) cobra relevancia en el núcleo familiar y de ahí el ligamen de la importancia de las licencias de co-maternidades. La NO regulación de las licencias de co-maternidad en las normas recurridas exponen a las familias compuestas de dos madres al NO acceso y goce de sus derechos constitucionales y a la persona menor de edad la priva de uno de sus componentes familiares (su segunda madre) con el correspondiente impacto en la creación y fortalecimiento de los vínculos familiares, y derecho a los cuidados. La Sala constitucional incluso ya ha mencionado el ligamen entre existencia de un derecho fundamental a favor de la madre y del menor recién nacido y el principio de irrenunciabilidad de los derechos y beneficios a que se refiere el capítulo de las garantías sociales, véase Resolución N° 05567 - 2023 del 10 de Marzo del 2023 a las 09:20: "De la relación de ambos artículos y de la jurisprudencia de esta Sala, se desprende la existencia de un derecho fundamental a favor de la madre y del menor recién nacido, que en el caso que nos ocupa, se refiere a la recurrente y a su hija; derechos que deben ser protegidos por parte del Estado. Además, la Constitución Política, en su artículo 74, consagra la seguridad social y dentro de esta, de manera explícita, el principio de irrenunciabilidad de los derechos y beneficios a que se refiere el capítulo de las garantías sociales dentro de la Carta Magna, cuya enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley, como es el caso del artículo 95, del Código de Trabajo, que establece el derecho de la trabajadora embarazada de disfrutar de una licencia durante el mes anterior y los tres meses posteriores al parto. Ese tiempo de licencia antes y después del alumbramiento, tiene como objetivo específico, la protección de la madre y de la criatura, así como de la salud de ambos: antes del nacimiento del menor pretende que el embarazo llegue a término en las mejores condiciones físicas, biológicas y psicológicas; y, luego del alumbramiento, para que el bebé

tenga la posibilidad de estar con su madre y pueda ser atendido en forma constante y permanente por su progenitora, pues es evidente que es ella la que le otorgará los cuidados básicos necesarios, tanto desde el punto de vista biológico como psicosocial, ya que se trata de una etapa importante en cuanto a la consolidación de los lazos de unión entre madre e hijo, lo que repercutirá posteriormente en la unión de la familia, como núcleo fundamental en la formación de la sociedad costarricense.” (El resaltado no es del original) Resolución N° 05567 - 2023 del 10 de Marzo del 2023 a las 09:20 Esta misma sentencia hace referencia a la relevancia a que en “la Constitución Política, en su artículo 74, consagra la seguridad social y dentro de esta, de manera explícita, el principio de irrenunciabilidad de los derechos y beneficios a que se refiere el capítulo de las garantías sociales dentro de la Carta Magna, cuya enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley (...)”. Siendo el derecho a las licencias de maternidad y paternidad parte reconocida de la seguridad social y su correspondiente irrenunciabilidad de derechos y beneficios. En el caso concreto de las normas recurridas, observamos una NEGACIÓN a esos derechos y beneficios de la seguridad social para la cual las madres no gestantes SÍ COTIZAN, pero que se les ve denegada la posibilidad de acceso al goce de sus derechos ya que tanto el artículo 95 del Código de Trabajo (Ley N°.2) como el 41 de la Ley de Empleo Público (Ley N° 10159) NO contemplan explícitamente las licencias de comaternidad, o bien NO PROVEEN una redacción incluyente para las comaternidades, generando desigualdad ante la Ley y discriminación contrarios a la Constitución Política. Especialmente a las mujeres no gestantes trabajadoras públicas, pues la Administración Pública debe actuar bajo el Principio de Legalidad, como es el asunto pendiente a resolver que da base a esta acción de inconstitucionalidad. Por otra parte, véase que las normas recurridas violan el Principio del interés Superior de la Persona Menor de Edad (artículos 3, 18 y 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por Costa Rica mediante la ley número 7184 del 18 de julio de 1990 y el artículo 5 del Código de la Niñez y Adolescencia que en su conjunto consagran el Principio del Interés Superior de las personas menores de edad). Ello engloba el respeto al aseguramiento de su protección y cuidados que sean necesarios teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley. De tal forma que la licencia de maternidad y de co-maternidad guarda una estrecha relación con el bienestar y salud de la persona menor de edad. El interés superior de la persona menor de edad es un principio jurídico rector y garantista expresado en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y posteriormente en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño donde logra su carácter de norma internacional general (art. 3) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16). El principio consiste en que se respete y garantice de manera prioritaria el pleno ejercicio de los derechos de la niñez. La posibilidad de resguardo del tiempo compartido familiar durante el nacimiento y posterior a él de la madre no gestante contribuye significativamente al desarrollo de la persona menor de edad. De ahí su importancia normativa y defensa. Este principio implica una proactividad por parte de los Estados destinada a asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para el bienestar de las personas menores de edad, así como garantizar su integridad física, psicológica y moral, además tiene una función limitativa, con implicaciones prescriptivas y obligaciones de carácter imperativo para las autoridades. La Convención Americana en el artículo 19 señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. El Estado costarricense tiene como deber fundamental la protección de la familia, la mujer y el interés superior de la persona menor de edad y, en consonancia con ello, debe promover y asegurar las condiciones necesarias para garantizar en la máxima medida posible la supervivencia de la persona menor de edad y su desarrollo, el anclaje y fortalecimiento de lazos afectivos familiares, así como adoptar las medidas apropiadas para asegurar su debida nutrición, cuidados, protección en aras de garantizarle el disfrute del más alto nivel posible de salud, desarrollo, bienestar y un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (artículos 3, 7, 24 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Por lo que la ausencia del reconocimiento de la licencia de co-maternidad constituye una violación tanto a la Constitución Política costarricense, como a normativa

infraconstitucional como el Código de la niñez y a multiplicidad de instrumentos internacionales que Costa Rica ha ratificado y que forman parte del sistema de control de convencionalidad (entre ellos el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Ya esta Sala a través de su comunicado de prensa, sobre el tema de las licencias de co-maternidad, mencionó que “El Tribunal Constitucional ha establecido que las licencias previstas en materia de seguridad social, a propósito del nacimiento de un hijo o hija, están innegablemente vinculadas a los derechos fundamentales, desde tres perspectivas: la de la persona trabajadora que accede a la oportunidad de proveer cuidado a su hijo, sin temor a perder su fuente de ingresos -aunque sea de forma temporal (V. sentencia No. 2000-2570)-; la de la persona recién nacida, que gozará de la protección de quien asume su cuidado y la de la creación y fortalecimiento de los lazos del núcleo familiar.” “Sala Constitucional resuelve recurso de amparo a favor de pareja del mismo sexo que solicitó licencia por nacimiento de hijo” en referencia al Voto sentencia 2024-3875 exp 23-030646-0007-CO, 2024. En este escenario jurídico actual hay un trato desigual de la ley (artículo 33 constitucional) para con las co-maternidades, que está totalmente injustificado y que viola los derechos de ambas madres y los del bebé. Además el no otorgamiento de la licencia es en sí mismo un acto discriminatorio, debido a que incluso la no existencia de ley que contenga norma expresa deviene de una historia de discriminación costarricense que flagela a las personas que se identifican con alguna de las siglas LGBTIQ+. De ahí que la Administración Pública se base en el Principio de Legalidad para denegar licencias de co-maternidad omitiendo realizar esfuerzos relacionados a “la obligación de todo operador jurídico de interpretar las normas infraconstitucionales de la forma más favorable para la efectividad de los valores, principios y derechos fundamentales que integran el Derecho de la Constitución.” Sala Constitucional, Resolución N° 25438 - 2022, 28 de Octubre del 2022 a las 09:20, 2022 e incluso contanto (sic) en norma infraconstitucional prohibición de discriminación por orientación sexual en el campo laboral, véase Código de Trabajo, el Título Octavo sobre la Prohibición de Discriminar, el artículo 404 establece que “se prohíbe toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, condición de salud, discapacidad, afiliación sindical, situación económica o cualquier otra forma análoga de discriminación.” El derecho de todas las personas a desarrollarse integralmente en la sociedad bajo condiciones de igualdad y no discriminación se encuentra consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política que señala, “toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. Además de la Constitución Política, este derecho está amparado por una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos que Costa Rica ha ratificado para garantizar estos derechos a la población LGBTIQ+, así como instrumentos internacionales de soft law utilizados por los diferentes Poderes de la República, tales como los Principios de Yogyakarta o Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual. Estos principios (desglosados en veintinueve derechos) contienen también recomendaciones y ratifican la obligación de los Estados de implementar medidas para la protección de los derechos humanos en cuestiones de orientación sexual e identidad de género amparándose en los tratados de derechos humanos ya existentes. El derecho a la igualdad y a la no discriminación está expresado en el principio número dos y plantea que “la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, a los derechos humanos y las libertades fundamentales” (Organización de Naciones Unidas, Principios de Yogyakarta, p. 10, 2006) La Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-24/17 señala que la noción de igualdad se desprende de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona, por lo que es incompatible toda situación que, por considerar superior a un grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, por considerar inferior a un grupo, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Los Estados deben

abstenerse de realizar acciones que, directa o indirectamente, resulten en situaciones de discriminación de jure o de facto. Asimismo, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens, es decir, orden público nacional e internacional. La Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-24/17, define la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. Toda discriminación a los derechos humanos es prohibida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)-CADH-, asimismo, toda discriminación que surja por una norma jurídica es prohibida por el artículo 24 de la CADH. Nótese que la cita anterior señala dos situaciones donde una norma puede ser discriminatoria. En primer lugar, por el objeto, es decir que explícitamente genere exclusión o preferencia que menoscabe la igualdad de reconocimiento de algún derecho humano. En un segundo lugar, por el resultado, es decir una norma aparentemente no discriminatoria, lo puede llegar a hacer por la forma en la que se aplique, sea por una interpretación o sea por una omisión que produzca ese menoscabo en los derechos humanos de un grupo de personas (co-maternidades) en una situación desigual con otro grupo de personas (parejas conformadas por una maternidad y una paternidad). Este último es en el que nos encontramos en las normas impugnadas. En el artículo 1.1 de la CADH se desglosa un listado no taxativo, por la frase “cualquier otra condición social”, que se puede agrupar en: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados; y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales. Es por lo anterior, que la Corte IDH considera que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH. Además, la Corte IDH menciona algunos tratados internacionales a nivel regional que abordan la temática de la discriminación, se refieren específicamente a la orientación sexual y a la identidad de género como categorías protegidas contra la discriminación; por ejemplo, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Por otro lado, la Corte IDH hace mención a resoluciones de la OEA y la ONU en favor de proteger a las personas LGBTIQ+ de actos de discriminación. La Sala Constitucional ha reconocido el respeto a la dignidad de todo ser humano como principio jurídico fundamental para la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad, a prevenir y anticipar los actos discriminatorios en contra de las poblaciones en situación de exclusión y vulnerabilidad, a través del principio de apoyo, y erradicar la discriminación estructural (Sala Constitucional, resolución No. 1331-2010 de las 16:31 horas del 10 de agosto del 2010). La protección al principio de igualdad y no discriminación se ha visto reforzada a nivel legal a través de los artículos 1 y 33 de la Constitución Política, 4 de la Ley de la Persona Joven, 404 del Código de Trabajo y 112 del Código Penal, así como decretos ejecutivos (Decretos Ejecutivos No. 34399-2008, No. 38999-2015, No. 41173-2018, No. 41337-2018; y sus reformas; entre otros) y un sin número de declaratorias municipales e institucionales. En ese sentido, los derechos humanos son considerados como un conjunto de valores éticos, positivados o no, que tienen por objetivo proteger y realizar la dignidad humana. Es decir, el desarrollo de los derechos humanos, de forma progresiva, ha buscado el resguardo de esa dignidad humana, inherente a todas las personas por el simple hecho de nacer vivas. De la dignidad humana, deriva el principio de autonomía de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, para que cada quien pueda determinar su proyecto de vida conforme a sus intenciones, voluntades, convicciones, valores, creencias e intereses propios (Corte IDH, Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 149; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 194, y Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 200.) La omisión de regulación de las licencias de co-maternidad deviene, como ya se ha mencionado en este escrito, de una discriminación sistemática de los matrimonios y familias compuestas por personas del mismo sexo. A pesar de que este tipo de matrimonios y uniones ya son reconocidos legalmente en Costa Rica, las normas recurridas no han sido actualizadas, estando en contra de la Constitución Política, Leyes nacionales, Convenciones ratificadas por el país y otros instrumentos ya mencionados como la Opinión Consultiva OC-24/17. Cabe destacar que este derecho al proyecto de vida, a la familia, a la licencia de co-maternidad (sic) está también vinculado al principio de la autonomía de las personas y al derecho de ser tratados como iguales, a la dignidad, y al derecho de no sufrir discriminación por parte de las leyes. La Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-24/17, parágrafo 86, señaló que la Convención Americana sobre Derechos Humanos “contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todas las personas deben ser tratados como iguales, en tanto son fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida. Además, la Convención Americana también reconoce la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. Este ámbito de la vida privada de las personas, ha sostenido la Corte, se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.” En esta misma Opinión Consultiva OC-24/17, la Corte IDH se refiere al DEBER de TRATO NO DISCRIMINATORIO por parte de los Estados en relación con las licencias de maternidad en las uniones entre personas del mismo sexo, léase los párrafos (sic) 194 al 196 y 198: “194. Ahora bien, el Tribunal estima que la protección de esta modalidad familiar tiene dos vertientes. La primera, surge del artículo 1.1 de la Convención, el cual es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado (supra párr. 63). Asimismo, esta protección se extiende a todos los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y, en general, a cualquier tratado internacional en materia de derechos humanos que contenga alguna cláusula de protección a la familia. En referencia a “cualquier otro tratado (...)” supra mencionado, el mismo tribunal destacó el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Véase Opinión Consultiva OC-24/17, parágrafo 194, cita 369. De especial relevancia para esta acción de inconstitucionalidad debido a que el no reconocimiento de las licencias de co-maternidad viola también los derechos de la persona menor de edad constitucionalmente protegidos. Continúa la Corte IDH: “195. La segunda vertiente de la protección a este tipo de modalidad familiar, remite al derecho interno de los Estados en virtud del artículo 24 de la Convención. Es decir, la “igual protección de la ley” respecto a todo el ordenamiento jurídico interno de un Estado y a su aplicación (supra párr. 64). 196. Al respecto, la Corte ya con anterioridad ha señalado que los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio No. 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán 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 motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte. (...) 198. Tomando en cuenta

lo anteriormente expuesto, 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 parejas heterosexuales.” (El subrayado no es del original). La Sala Constitucional ya ha reconocido en sus decisiones el CARÁCTER VINCULANTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD en relación a (sic) la improcedencia de la discriminación en las leyes por razones de orientación sexual, véase sentencia No. 2014012703 de las 11:51 hrs. de 1º de agosto de dos mil 2014, retomado en la Resolución N° 06058 - 2015 del 29 de Abril del 2015 a las 11:32: “El artículo 33 de la Constitución Política, así como el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen el Derecho de igualdad y la prohibición de cualquier discriminación que atente contra la dignidad humana.” En relación con el Estado de inconstitucionalidad que provocó en su momento la no regulación del matrimonio de personas de mismo sexo, cuya discriminación se mantiene al no haber realizado las reformas legales necesarias de manera integral y que por ello en este escrito se asevera que el artículo 95 Código de Trabajo y el artículo 41 de la Ley Marco de Empleo Público (sic) genera discriminación por su omisión en la regulación de las licencias de comaternidad. Indicó en nota separada del Magistrado Jinesta Lobo y la Magistrada Hernández López con redacción de la segunda en la sentencia Sentencia (sic) 2006-007262 de las 14:46 del 23 de mayo del 2006, citada en la Resolución N° 06058 - 2015 del 29 de Abril del 2015 a las 11:32: “(...) se dejó clara la obligación del Estado costarricense, y en particular del legislador, de proveer un marco jurídico que definiera una normativa que sirviera para desincentivar y eventualmente eliminar las fuentes de discriminación hacia las uniones homosexuales, y a pesar también de que, como se indicó en el voto de mayoría, a nivel internacional los órganos internacionales de Derechos Humanos, también han declarado sin ambages tal obligación de los Estados, lo cierto es que ocho años después, la citada regulación no se ha producido, por lo que ahora no solamente se lesionan los derechos humanos de cada persona particular cuando se producen actos discriminatorios en su contra, como en este caso, sino que además el Estado costarricense, en general, se ha colocado -con su omisión (sic) un estado de cosas inconstitucional, que se reitera con el transcurso del tiempo sin que se emita la normativa requerida, todo en perjuicio directo de uno de los derechos humanos más fundamentales como lo es la igualdad de trato y no discriminación a que tienen derecho las personas”. (El subrayado no es del original). Sentencia 2006-007262 de las 14:46 del 23 de mayo del 2006. Se observa en las normas recurridas una exclusión de regulación de las condiciones y plazos de las licencias de co-maternidad que provoca en la actualidad que las familias compuestas de dos madres incluso lleguen a agotar la vía administrativa con la denegatoria de sus derechos, tal y como se puede observar en el proceso constitucional base de esta acción. Situación que NO afrontan las familias heterosexuales. Así como se evidencia que las normas recurridas artículo 95 del Código de Trabajo (Ley N°.2) y 41 de la Ley de Empleo Público (Ley N° 10159) de la forma que actualmente se encuentran redactadas omiten la regulación de las licencias de co-maternidad por lo que producen una discriminación y desigualdad ante la ley, contraria a la dignidad humana, imposibilitando el goce de sus derechos fundamentales constitucionalmente previstos y que además forman parte del elenco normativo a través de instrumentos internacionales ratificados por el país y demás instrumentos internacionales de los derechos humanos. Por las anteriores consideraciones y fundamentos de derecho expuestos se considera que las normas recurridas artículo 95 del Código de Trabajo (Ley N°.2) y 41 de la Ley de Empleo Público (Ley N° 10159) generan una situación que vulnera los derechos: a la protección de la familia (creación y fortalecimiento de lazos familiares), al trabajo (derecho de licencia de co-maternidad), a la protección de la persona menor de edad, al interés superior de la persona menor de edad, a la protección de la mujer en general y en especial en el trabajo; todos derechos contenidos en la Constitución Política. Derechos y Principios

establecidos en los artículos 33, 51, 71 y 73 de la Constitución Política de Costa Rica, artículos 3, 18 y 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 5 del Código de la Niñez y Adolescencia (Interés Superior de la Persona Menor de Edad), artículos 4 inciso 1 y 2, y 16 inciso d) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1.1, artículo 23, párrafo 1º, artículo 11.2 y el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)-CADH-, Declaración Universal de los Derechos Humanos el artículo 25, párrafo 2º y en el artículo 24, párrafo 1º, Opinión Consultiva OC-24/17. PRETENSIÓN En virtud de los anteriores fundamentos de derecho solicito de forma respetuosa, que se admita y se declare con lugar la presente acción de inconstitucionalidad, declarándose inconstitucionales el artículo 95 del Código de Trabajo (Ley N° 2) y el artículo 41 de la Ley de Empleo Público (Ley N° 10159), textos vigentes, por OMISIÓN DE REGULACIÓN de las LICENCIAS DE CO-MATERNIDAD, para que: 1. Se reconozca dentro de la licencia de maternidad regulada en los artículos vigentes en igualdad de condiciones, plazos y sin discriminación las licencias de co-maternidad; o 2. Se reconozca a las madres no gestantes la licencia de paternidad regulada en los artículos vigentes en igualdad de condiciones, plazos y sin discriminación. 3. En su defecto, se añada la redacción correspondiente para incluir las condiciones y plazos específicas de las licencias de comaternidad en igual de condiciones y sin producir discriminación en relación con las licencias existentes. 4. Además, se reconozca la licencia de comaternidad a las personas adoptantes en igualdad de condiciones y plazos en la Ley Marco de Empleo Público. 5. Por último, se reconozca e incluya la licencia de co-maternidad a la madre sobreviviente para aquellos casos de muerte materna de la madre gestante. Todo lo anterior, según los parámetros Internacionales e Interamericanos de Derechos Humanos y parámetros de Control de Convencionalidad”.

2.- Mediante resolución de la Presidencia de la Sala de las 9:06 horas del 19 de abril de 2024, se dio curso a la acción de inconstitucionalidad planteada por Aniram Elena Brenes Morales a favor de Paola Agüero Zamora contra los numerales 95 del Código de Trabajo y 41 de la Ley Marco de Empleo Público. Además, se confirió audiencia al procurador General de la República y a la presidenta ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social. Asimismo, dispuso: “Esta acción se admite por reunir los requisitos a que se refiere la Ley de la Jurisdicción Constitucional en sus artículos 73 a 79. La legitimación de las accionantes proviene del artículo 75, párrafo primero, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por existir un recurso de amparo pendiente de resolución (expediente nro. 24-008132-0007-CO), en el que se invocó la inconstitucionalidad de la normativa impugnada”.

3.- Por escrito incorporado al expediente digital el 14 de mayo de 2024, se apersona Iván Vinicio Vincenti Rojas, en su condición de Procurador General de la República. Informa: “I.- Sobre el objeto y motivos de la acción. La presente acción tiene por objeto la declaratoria de inconstitucionalidad, por omisión, de la siguiente normativa: art. 95 del Código de Trabajo y 41 de la Ley Marco de Empleo Público, que regulan las condiciones y plazos de las licencias de maternidad y de paternidad, en cuanto omiten referirse y regular las licencias de co-maternidad, en el caso de parejas conformadas por personas del mismo sexo. De la redacción de ambas normas, grosso modo, acusan en concreto: a) La licencia de maternidad está ligada a las trabajadoras embarazadas; es decir, no contempla otorgar este tipo de licencias a las madres no gestantes en las co-maternidades. b) Las licencias de las parejas de las personas trabajadoras embarazadas están concebidas por la norma como exclusivamente para los hombres, de ahí que en la norma se indique “paternidad” y “padres biológicos”. Lo cual, en su interpretación literal, al devenir del vocablo “pater”, excluye a las madres no gestantes de las comaternidades como parejas. c) En el caso de las licencias por adopción, el Código de Trabajo se refieren a “personas adoptantes”; lo cual, en un sentido literal, permitiría aplicar este escenario tanto a co-maternidades y co-paternidades, como a parejas de diferente sexo. d) En el caso de muerte materna del artículo 95, inciso c), también existe una presunción que la pareja puede ser exclusivamente un

hombre, por lo que habla de licencia de paternidad para padres biológicos. Lo cual, una vez más, excluye a las madres no gestantes en las co-maternidades de dichas licencias. Su inconformidad se basa entonces en que estas normas legales no contemplan explícitamente las licencias de comaternidad, o bien, no proveen una redacción incluyente para las co-maternidades; generando, por un lado, desigualdad ante la ley para las mujeres no gestantes que son trabajadoras, porque las excluye infundadamente de los derechos y beneficios de la Seguridad Social, y por el otro, una discriminación contraria a la Constitución Política y a Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, pues de conformidad con la opinión consultiva vinculante OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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, su identidad de género y/o su expresión de género. Reforzando la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para garantizar la igualdad de las personas, en reconocimiento y protección de los derechos de las parejas del mismo sexo, y adecuar así su ordenamiento, interpretaciones y prácticas a lo interno. Consideran que las normas recurridas infringen por omisión los arts. 33, 51, 71, 73 y 74 de la Constitución Política, pues con ellas se incumple el deber del Estado costarricense de proteger a la familia, proteger a las mujeres de discriminación en su entorno laboral - Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículos 5 y 16-, proteger a las personas menores de edad y su interés superior en la creación y fortalecimiento de lazos familiares, así como su acompañamiento para el goce pleno de salud, desarrollo psicosocial y los cuidados correspondientes -ordinales 3, 18 y 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y numeral 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia-. Y conllevan una violación al principio de inviolabilidad de los derechos y beneficios a que se refiere el capítulo de las garantías sociales en nuestra Constitución Política. II.- Legitimación de las accionantes y admisibilidad por el objeto. El artículo 75, párrafo primero, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, como requisito de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad, como proceso de naturaleza incidental, exige, aparte de la existencia de un asunto o juicio base pendiente de resolver - sea en sede judicial, incluyendo los recursos de hábeas corpus o de amparo, o en la administrativa, en el procedimiento de agotamiento de esta vía-, en el que se alegue o invoque la inconstitucionalidad que se reclama en la acción, que además exista una conexidad entre ambos procesos, de modo que la acción de inconstitucionalidad sea medio razonable de amparar el derecho lesionado en el asunto principal. De manera que lo resuelto por el Tribunal Constitucional repercute positiva o negativamente en aquel proceso pendiente, en el tanto se manifiesta sobre la constitucionalidad de las normas que deberán ser aplicadas - de forma directa o indirecta-, con influencia directa y decisiva en ese asunto. A criterio de este órgano asesor las accionantes ostentan legitimación suficiente para demandar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, pues, en primer lugar, utilizan como juicio base el recurso de amparo tramitado bajo el expediente No. 24-008132-0007-CO, aún pendiente de resolución en esa Sala. En segundo término, una vez revisados los antecedentes del caso tanto en esta acción, como en el amparo base aludido, la totalidad de los argumentos expuestos guardan inequívoca relación y conexidad directas con la situación concreta y particular de las accionantes, como cónyuges con coparentalidad de un recién nacido. Por lo que ambos serían medios razonables para tutelar sus derechos que se estiman lesionados. Por otro lado, en cuanto a su objeto, con la presente acción se acusa una inconstitucionalidad por omisión legislativa, a falta de adecuar el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de parejas entre personas del mismo sexo; más concretamente en cuanto a los denominados permisos o licencias de paternidad y el hacerlos extensivos y aplicables en esos otros casos. Al respecto, debemos indicar que el artículo 73 de la Ley de Jurisdicción Constitucional señala en el inciso a), que cabe la acción de inconstitucionalidad contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional. El inciso b) dispone que se puede interponer una acción contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan,

por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo. Por último, el inciso f) de esa misma norma, refiere que cabe la acción de inconstitucionalidad contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas. Con sustento en dichas normas es posible afirmar que por la vía de la acción o de la consulta de constitucionalidad puede legítimamente plantearse un problema de inconstitucionalidad por omisión. En lo que interesa, la sentencia No. 10653-2019 este Tribunal expresó sobre la inconstitucionalidad por omisión lo siguiente: "II.- SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. En tanto se acusa, en el sub judice, la configuración de una presunta inconstitucionalidad por omisión, resulta de relevancia remitir a lo resuelto por esta Sala respecto al tema de las omisiones legislativas y su control por parte de este Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, recientemente, en el voto No. 2018-018592 de las 09:20 horas del 07 de noviembre de 2018, esta Sala reiteró: '(...) Esta Sala, en la Sentencia No. 200505649 de las 14:39 hrs. de 11 de mayo del 2005, definió los rasgos más relevantes de la denominada inconstitucionalidad por omisión, prevista en el artículo 73, incisos a) y f), de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, bajo los siguientes términos: '(...) El Derecho de la Constitución, esto es, el conjunto de principios, valores y preceptos constitucionales contenidos en la Carta Magna, pueden ser infringidos por los poderes públicos y los particulares mediante conductas activas u omisas. Para el supuesto particular (...) La Asamblea Legislativa infringe por omisión el parámetro de constitucionalidad cuando, ante un mandato expreso o tácito del constituyente originario o del poder reformador para que se dicte una ley que desarrolle un contenido o cláusula constitucional, no lo hace –omisión absoluta- o bien cuando a pesar de haber dictado una ley esta resulta discriminatoria, por omisión, al no regular la situación de un determinado sector o grupo de la población o de los eventuales destinatarios que debió comprender o abarcar –omisión relativa-. En sendos supuestos, este Tribunal Constitucional tiene competencias suficientes y habilitación normativa expresa para ejercer el control de constitucionalidad y declarar una eventual inconstitucionalidad de la conducta omisa (...)'. Se precisa ahí que se trata de un tipo de inconstitucionalidad específica, a la cual no puede reconducirse cualquier figura revestida de forma omisiva, como lo puso también en evidencia el voto de la Sala No. 2010-8600 de las 15:08 hrs. de 12 de mayo del 2010: '(...) La procedencia de una acción de inconstitucionalidad por omisión obliga a demostrar que la Constitución exige, para la plena exigibilidad de sus preceptos, una actuación del Poder Legislativo o Ejecutivo, con un contenido determinado". Como es obvio, no toda omisión normativa puede ser objeto de impugnación ante la jurisdicción constitucional. En el caso de las leyes y otras disposiciones de alcance general, ese Tribunal ha reiterado –sentencias No. 2002-04394, de las 16:24 hrs. del 14 de mayo de 2002, No. 2005-05649, de las 14:39 hrs. del 11 de mayo de 2005, No. 2012-014167, de las 16:00 hrs. del 10 de octubre de 2012, y No. 2015017330, de las 9:30 hrs. del 4 de noviembre de 2015 entre otras-, que las omisiones que pueden impugnarse en esta sede son solo aquellas que se producen al ser confrontadas con un deber u obligación prevista directa y expresamente en el Derecho de la Constitución, con un contenido determinado, o cuando se trate de una norma implícita que conlleva una discriminación contra un sujeto (Resoluciones Nos. 2020-004444 de las 09:20 hrs. del 4 de marzo de 2020 y 2021011957 de las 17:00 hrs. del 25 de mayo de 2021). Y en el presente asunto, según se expondrá en el acápite siguiente, se estima que las normas legales impugnadas sí implican una flagrante omisión legislativa que infringe el Derecho de la Constitución y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, así como obligaciones concretas adquiridas por el Estado costarricense a raíz de la opinión consultiva vinculante OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y mandatos exhortativos de la propia Sala (sentencias Nos. 7262-2006 de las 14:46 hrs. del 23 de mayo de 2006 y 2018-12782, de las 17:45 hrs. del 8 de agosto de 2018), a falta de adecuar el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de parejas entre personas del mismo sexo, más concretamente en cuanto a los denominados permisos o licencias de paternidad, y el hacerlos extensivos y aplicables en esos otros casos. E indirectamente, como omisión relativa, la falta de regular expresamente esos supuestos en el caso de relaciones entre personas del mismo sexo, que causa

indiscutiblemente una discriminación subjetiva e irrazonada. No desconocemos que recientemente esa Sala admitió en la sede de amparo, ante un caso similar, que sería en el contexto de una acción, y no de un recurso de amparo, donde procedería analizar si hay o no una inconstitucionalidad por omisión legislativa y en qué términos. Nos referimos a la sentencia No. 2024-3875 de 13 de febrero de 2024 -a este momento en recolección de firmas-, dentro del expediente No. 23-030646-0007-CO. y el fondo del asunto. III.- Informe de la Procuraduría General de la República. Sin mayores pretensiones que abreviar un largo y complejo proceso histórico a nivel jurídico en materia del reconocimiento y equiparación de derechos y obligaciones de las personas que voluntariamente integran parejas del mismo sexo, concierne referirnos brevemente a dos pronunciamientos concretos elementales para el presente asunto: Primeramente, a la Opinión Consultiva OC 24/17, del 24 de noviembre de 2017, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por la que se evacuó consulta formulada por el Gobierno de la República de Costa Rica. En segundo término, a la sentencia No. 2018-12782 de las 17:45 horas del 8 de agosto de 2018, por la que la Sala Constitucional ejerce control de convencionalidad, y en aplicación de aquel criterio vinculante de la CIDH, determinó la inconstitucionalidad del art. 14, numeral 6 del Código de Familia, en cuanto al impedimento de matrimonio y extensión de derechos a personas del mismo sexo. Sirvan las consideraciones vertidas por la Sala en su sentencia 201812782, op. cit., para hacer un breve y conciso recuento de la Opinión Consultiva OC 24/17, op. cit. "(...) 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 de 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”. Ahora bien, habiéndose reconocido en nuestro medio el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana, e incluso el deber oficioso de aplicar los criterios emitidos no sólo a través de su jurisprudencia, sino también a través de sus opiniones consultivas (sentencias N° 3441-2013, 2014-012703 y 2015-6058), en ejercicio exclusivo del control de convencionalidad de las normas jurídicas -art- 10 de la Constitución Política-, que implica la verificación de la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado es parte, la Sala conoció ampliamente los alcances de la Opinión Consultiva OC-24/17, por medio de la cual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la orientación sexual no es un argumento válido para discriminar a las personas. Y en lo

que interesa, por sentencia N° 2018-12782 de las 17:45 horas del 8 de agosto de 2018, dispuso lo siguiente: “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”. Y en la parte dispositiva de ese fallo -Sentencia N° 2018-12782 de las 17:45 horas del 8 de agosto de 2018- se indicó lo siguiente: “Por mayoría se declaran con lugar las acciones planteadas por los accionantes [Nombre 008], [Nombre 009] y [Nombre 010]. 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 OC24/17), y vista la potestad que ostenta la Sala de graduar y dimensionar los efectos de sus sentencias de constitucionalidad (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.” Interesa indicar que la sentencia 2018-12782 de la Sala Constitucional fue publicada íntegramente en el Boletín Judicial No. 219, del 26 de noviembre de 2018. Y según reconoce la propia Sala en aquel fallo, no es la primera vez que, por sentencia exhortativa, ya se había manifestado acerca de la obligación, por razones de seguridad jurídica y de justicia, de regular normativamente las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, pues existe un vacío normativo del legislador ordinario que debe ser colmado, (sentencias Nos. 2006-007262 de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006 y 20100013313 de las 16:31 hrs. del 10 de agosto de 2010). Del contexto hasta aquí expuesto es fácil inferir que la sentencia exhortativa emitida por la Sala, a fin de que la Asamblea Legislativa adecuará el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, no ha sido cumplida; máxime cuando se verifica que las normas legales impugnadas fueron promulgadas con posterioridad al cumplimiento del plazo otorgado (caso de la Ley Marco de Empleo Público, de 8 de marzo de 2022), o modificadas (caso del art. 95 del Código de Trabajo, reformado por Ley No. 10397 del 14 de noviembre de 2023), sin que se reconociera (sic) y regular (sic) a las licencias de co-maternidad. Y frente aquella inercia infundada del Poder Legislativo, es importante indicar que, en este caso particular estimamos que, no solo aquellas omisiones que se producen como consecuencia de un mandato expreso y directo contenido en la Constitución Política pueden ser objeto de control de constitucionalidad por la vía de la

acción. En este caso existe una flagrante omisión del Poder Legislativo en adecuar el ordenamiento interno conforme a los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, con rango supra constitucional, especialmente cuando ofrecen una mayor protección a las personas, a tenor de lo establecido en el artículo 48 constitucional, conforme se previó en la Opinión Consultiva OC24/17. Prueba fehaciente de la omisión legislativa acusada lo es el actual proyecto de ley tramitado bajo el expediente No. 23.715, denominado “REFORMA DEL INCISO C) Y ADICIÓN DE UN NUEVO INCISO D) AL ARTÍCULO 95 DEL CÓDIGO DE TRABAJO, LEY N° 2 DE 27 DE AGOSTO DE 1943 Y SUS REFORMAS, Y REFORMA DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO, LEY N° 10.159 DE 8 DE MARZO DE 2022 LEY PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA LICENCIA DE COMATERNIDAD”, publicado en el Diario Oficial La Gaceta n.° 106, el 14 de junio del 2023, con el que se pretende modificar la legislación laboral costarricense a fin de combatir las diferentes formas de discriminación en las actividades familiares y laborales que sufren las mujeres en relaciones no heterosexuales, en orden al ejercicio de la co parentalidad y las responsabilidades provenientes de las labores de cuidado de hijos e hijas menores de edad. Y en el que se alude que el Código de Trabajo carece actualmente de norma expresa que otorgue a las mujeres trabajadoras en convivencia de hecho o matrimonio con otras mujeres, el derecho a solicitar y obtener una licencia de comaternidad. Y se admite que se les excluye también de la licencia especial contemplada en el inciso c) del artículo 95 del Código de Trabajo, aplicada en aquellos casos en que la madre que gestó fallece en el parto o durante la licencia, siendo que tal derecho únicamente se le otorga al padre biológico. De manera similar, se acusa que la Ley Marco de Empleo Público, n.° 10159, también resulta omisa en este sentido, por cuanto el permiso regulado en el artículo 41 se refiere, exclusivamente, al ejercicio de la paternidad por parte del padre biológico o por adopción (Véase PGR-OJ-052-2024 de 22 de abril de 2024). En todo caso, como adelantamos en el acápite II de este informe, en este asunto sin duda se configura también una omisión relativa, pues a pesar de haber dictado una ley, esta resulta discriminatoria al no regular la situación de un determinado colectivo que debió comprender según lo dispuesto en la Opinión Consultiva OC-24/17, pues debió garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en el ordenamiento jurídico interno, 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. Véase que, si bien en el caso de la Ley Marco de Empleo Público, por opinión consultiva no vinculante del entonces proyecto de Ley No. 21.336, la Sala reconoció que, conforme al principio de discrecionalidad o libre configuración del legislador, en el ejercicio de la su función legislativa, limitada solo por el Derecho de la Constitución, se goza de una amplia libertad de conformación al escoger la solución normativa o regla de Derecho que se estime más justa, adecuada e idónea en materia de licencias o permisos laborales (Resolución No. 2021-017098 de las 23:15 hrs. del 31 de julio de 2021), lo cierto es que la potestad legislativa en materia de los derechos de las personas que integran parejas del mismo sexo está irremediabilmente sujeta a los límites dispuestos por los Derechos Humanos establecidos en instrumentos del Derecho Internacional Público -Declaraciones y Convenciones sobre la materia-, que constituyen un valladar sustancial infranqueable, pues los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales tienen, incluso, y a tenor de lo establecido en el artículo 48 constitucional, un rango supra constitucional cuando ofrecen mayor protección. En tales supuestos expuestos, estimamos que la Sala tienen competencias suficientes y habilitación normativa expresa para ejercer el control de constitucionalidad en este asunto y declarar una eventualidad inconstitucionalidad de la conducta omisiva de la Asamblea Legislativa. No obstante, por los limitados efectos que una sentencia estimatoria podría tener en este caso, pues la inconstitucionalidad por omisión de las normas impugnadas no comportaría por sí o de manera automática el retorno a una situación de normalidad o conformidad constitucional en lo que interesa, pues no repararía la omisión acusa, nos preocupa que la Sala se atrinchere en una posición de legislador negativo, optando como única solución plausible el exhortar una vez más al legislador para adecuar el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las

relaciones de parejas entre personas del mismo sexo, pues esa alternativa no ha sido útil en el pasado y se corre el riesgo que prolongue sine die el vacío o laguna normativa ya apuntada; prolongándose y profundizándose, indefinidamente, la discriminación estructural contra ese colectivo. Lo cual podría resultar contrario a los principios de igualdad, no discriminación y de apoyo de los poderes públicos a los grupos en desventaja (artículos 33 de la Constitución, 1º y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), el que tiene derecho a igual protección de la ley, adicionalmente, quebrantaría, el valor constitucional de la dignidad inherente a las personas que integran ese grupo y que constituye el fundamento de todos los derechos humanos (artículo 33 de la Constitución). La propia Sala ha reconocido que, ante la existencia de una inconstitucionalidad, existen varias posibles soluciones que pueden ser adoptadas por el Tribunal Constitucional, tal como serían por ejemplo la declaratoria de nulidad de lo impugnado o el empleo de sentencias interpretativas, entre otras (sentencia No. 2003-11928 de las 14:33 hrs. Del 23 de octubre de 2003). Y el hecho de que un texto normativo tenga un contenido específico y omita otro, es una simple generalidad hermenéutica, que puede ser salvada con una interpretación conforme al Derecho de la Constitución, por autoridad cualificada, que en este caso, lo es la propia Sala Constitucional. Conforme al artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, es competencia de la Sala garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica. Y su artículo 2, al hablar de los procesos constitucionales que regula la Ley, establece que la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad, tienen por objeto el control de constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y sobre los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el derecho Internacional o Comunitario. Es decir, el Juez constitucional costarricense no solo aplica el principio interpretativo conforme a la Constitución, sino que en la interpretación de las normas constitucionales y sub constitucionales aplica el principio conforme al Derecho Internacional y Comunitario vigente. Así, un principio cardinal es que los Tribunales constitucionales deben abstenerse de hacer declaratorias de nulidad cuando las normas impugnadas son susceptibles de ser interpretadas en armonía con el derecho de la Constitución. De ahí el uso de las denominadas sentencias interpretativas que no declaran la nulidad de la norma, sino que determinan cómo ha de interpretarse la norma sub constitucional para no incurrir en contradicción con el bloque de constitucionalidad. Somo (sic) consientes que el dictado de este tipo de resoluciones no es siempre es (sic) viable ni es considerada la mejor opción para el buen hacer de un sistema democrático de derecho, cuya división de poderes se encuentra plasmada en nuestra Constitución, pues el Tribunal Constitucional, como legislador negativo, no goza de la facultad de crear normas ex novo; función concentrada en el poder legislativo y que puede verse comprometida con el dictado de una resolución del Tribunal exponiendo cuál es el sentido correcto de una norma. Pero a nuestro juicio en este asunto no se correría el riesgo de suplantar al legislador ordinario, pues la labor de interpretación supondría el establecimiento del sentido y significación del texto, pero no la reconstrucción de mandamiento normativo que no esté correctamente explicitada en un texto. Siguiendo, a modo de orientación, la jurisprudencia constitucional española, los límites de estas sentencias se encuentran determinados por el propio Tribunal Constitucional cuando realizan una distinción entre el texto como límite a la actividad de interpretación que realiza el órgano judicial y la norma en el sentido de mandato (Balaguer Callejón, 2001: 154). Su labor se centra en establecer “una determinada interpretación de la legalidad ordinaria cuando la misma sea no sólo consistente con el enunciado legal sino también capaz (...) de acomodar al precepto legal a los imperativos constitucionales” (STC 158/1993, de 6 de mayo, FJ 4º) y no se le permite ignorar o desfigurar lo que el propio Tribunal Constitucional denomina enunciados legales meridianos (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6º. En el mismo sentido STC 88/2016, de 28 de abril, FJ 4º), pues “la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem” (SSTC 35/2012, de 15 de marzo, FJ 8º y 299/2014, de 18 de diciembre, FJ 4º, entre otras). Conviene destacar que la interpretación

realizada por el Tribunal sólo puede tener lugar en aquellas situaciones en las que el precepto necesite y además permita de forma expresa un pronunciamiento sobre su entendimiento conforme a la Constitución (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2º). La exposición de forma clara y precisa de cuál es la interpretación compatible o incompatible con la Constitución y las razones que le han llevado al Tribunal a esa conclusión se configuran como los pilares básicos sobre los que debe asentarse una sentencia interpretativa, pues ésta debe despejar las dudas de inconstitucionalidad, vedando en lo sucesivo a los órganos judiciales y administrativas, cualquier aplicación del precepto que resulte incompatible con la Constitución. Además, en ningún caso puede ser forzada, sino todo lo contrario, respetuosa con la literalidad del precepto y el contenido de la norma cuestionada, pues no le corresponde asumir una función de legislador positivo (SSTC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5º; 118/2016, de 23 de junio, FJ 3º d) entre otras). Y en este caso, en aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras, y en el ejercicio de las facultades que le otorga la Constitución y la Ley a la Sala, una eventual sentencia interpretativa y evolutiva que, en aplicación de los principios pro homine y pro libertatis, adecue y armonice los preceptos impugnados a las actuales coordenadas de tiempo y espacio, sería el único medio justo y equitativo para tutelar de forma efectiva los derechos de las accionantes y de la persona menor de edad involucrada. Véase que, con ella lejos de desaplicar las normas impugnadas o desconfigurarlas en un contexto ajeno a su contenido y fin normado -ratio iuris-, se conseguiría acomodar sus preceptos no solo a su clara finalidad protectora, sino también a los imperativos constitucionales y conformarlos con el Derecho Internacional en los términos ordenados en la Opinión Consultiva OC-24/17 de la CIDH. Esto, con el fin de que las personas puedan compartir, de forma efectiva, los atributos de la autoridad parental, así como el ejercicio del cuidado y la crianza, de los hijos y/o hijas habidos dentro de su unión familiar homoparental; maximizando así la vocación y capacidad protectora de esas normas. Todo esto deseado y garantizado por el ordenamiento jurídico. Tal y como se hizo, por ejemplo, en la sentencia No. 2016-15127 de las 12:02 hrs. del 14 de octubre de 2016, de esa Sala, por la que se extendió por vía de interpretación conforme a la Constitución, la licencia de maternidad al padre, en caso de muerte de la madre, en aras de proteger el interés superior de la niñez. Y la sentencia No. 3435-92 de las 16:20 hrs. del 11 de noviembre de 1992, por la que se dispuso que cuando en la legislación se utilicen los términos “hombre” ó (sic) “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. Solo por citar algunos fallos relevantes. Por todo ello, y especialmente porque la propia Opinión Consultiva OC-24/17 de la CIDH impuso la obligación de que “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”, es que, respetuosamente, sugerimos a esa Sala valorar la posibilidad de emitir una sentencia interpretativa en este asunto, que conforme al Derecho de la Constitución y al Derecho Internacional, las normas impugnadas. Conclusiones: Con fundamento en lo expuesto, este órgano asesor concluye que: Las accionantes ostentan legitimación suficiente para demandar la inconstitucionalidad incidental de las normas impugnadas y por su objeto la presente acción es admisible, por lo que debe entrarse a discutir el fondo del asunto. Los artículos 95 del Código de Trabajo y 41 de la Ley Marco de Empleo Público, resultan contrarios a la Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y son discriminatorios en cuanto omiten referirse y regular las licencias de co-maternidad. Incumpliendo con ello lo dispuesto en la opinión consultiva vinculante OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la obligación impuesta por la Sala Constitucional en su sentencia No. 2018-12782, de las 17:45 horas del 8 de agosto de 2018, por la que se exhortó a la Asamblea Legislativa a

que en el plazo de 18 meses, a contar a partir de la primera publicación íntegra de esa sentencia (Boletín Judicial No. 219, del 26 de noviembre de 2018), adecuara el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de parejas entre personas del mismo sexo. Por lo cual se configurarían los presupuestos propios de una inconstitucionalidad por omisión. No obstante, con una sentencia interpretativa, como se sugiere, se podría conseguir salvar la constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas, estableciendo cuál es la interpretación correcta y extensiva de las mismas conforme a la Constitución y al Derecho Internacional. En última instancia, reconocemos que será la Sala la que, en mérito del caso y en franca autocontención de sus competencias, determine la posible solución por adoptar en este asunto”.

4.- Por escrito incorporado al expediente digital el 15 de mayo de 2024, se apersona Marta Eugenia Esquivel Rodríguez, en su condición de presidenta ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social. Explica: “De conformidad con lo anterior, y considerando que en reciente fecha la institución que represento se refirió al Proyecto de Ley “REFORMA DEL INCISO C) Y ADICIÓN DE UN NUEVO INCISO D) AL ARTÍCULO 95 DEL CÓDIGO DE TRABAJO, LEY N.º 2 DE 27 DE AGOSTO DE 1943 Y SUS REFORMAS, Y REFORMA DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO, LEY N.º 10.159 DE 8 DE MARZO DE 2022 LEY PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA LICENCIA DE COMATERNIDAD”, Expediente legislativo No. 23715, esta representación de seguido se dará a la tarea de contestar la presente acción de inconstitucionalidad, de conformidad con la información vertida por las instancias técnicas y los elementos jurídicos aplicables en la especie, así como lo informado a la Asamblea Legislativa oportunamente en la reforma consultada, la cual coincidentemente abarca los elementos planteados por las accionantes. III. MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA PRESENTE ACCIÓN Dentro de la normativa que resulta relevante y aplicable al caso en concreto, consignamos la siguiente: Constitución Política “ARTÍCULO 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. (...)” “ARTÍCULO 73.- Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine. La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social. No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales. Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales. (Así reformado por Ley No. 2737 del 12 de mayo de 1961)”. “ARTÍCULO 74.- Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.” Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social: “ARTÍCULO 1.- La institución creada para aplicar los seguros sociales obligatorios se llamará Caja Costarricense de Seguro Social y, para los efectos de esta ley y sus reglamentos, CAJA. La Caja es una institución autónoma a la cual le corresponde el gobierno y la administración de los seguros sociales. Los fondos y las reservas de estos seguros no podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas de las que motivaron su creación. Esto último se prohíbe expresamente. Excepto la materia relativa a empleo público y salarios, la Caja no está sometida ni podrá estarlo a órdenes, instrucciones, circulares ni directrices emanadas del Poder Ejecutivo o la Autoridad Presupuestaria, en materia de gobierno y administración de dichos seguros, sus fondos ni reservas. ARTÍCULO 2.- El Seguro Social obligatorio comprende los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y desempleo involuntario; además, comporta una participación en las cargas de maternidad, familia, viudedad y orfandad y el suministro de una cuota para entierro de acuerdo con la escala que fije la Caja, siempre que la muerte no se deba al acaecimiento de un riesgo

profesional. ARTÍCULO 3.- La cobertura del Seguro Social - y el ingreso al mismo – son obligatorias para todos los trabajadores manuales e intelectuales que perciban sueldo o salario. El monto de las cuotas que por esta ley se deban pagar, se calculará sobre el total de las remuneraciones que bajo cualquier denominación se paguen, con motivo o derivadas de la relación obrero - patronal. (...) La Caja determinará reglamentariamente los requisitos de ingreso a cada régimen de protección, así como los beneficios y condiciones en que éstos se otorgarán. (...)” “ARTÍCULO 14.- Son atribuciones de la Junta Directiva: (...) f) Dictar los reglamentos para el funcionamiento de la Institución, (...)” Ley Marco de Empleo Publico (sic) ARTÍCULO 41.- Permiso de paternidad. Los padres que tengan un hijo biológico o en adopción podrán gozar de un permiso de paternidad, con goce de salario, por un mes calendario, posterior al día de nacimiento o al momento de concretarse la adopción de la persona menor de edad. Código de Trabajo 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. Se otorgará licencia especial en los siguientes supuestos: a) En la adopción individual se otorgará licencia especial de tres meses de forma remunerada al adoptante y en la adopción conjunta se otorgará licencia especial de tres meses, divisible entre las personas adoptantes de común acuerdo, la cual podrá tomarse de forma simultánea o alterna, según decisión de las partes. En estos casos de adopción, de acuerdo con los parámetros establecidos en el Código de Familia y regulación conexas, 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 persona adoptante deberá presentar una certificación, extendida por el Patronato Nacional de la Infancia, el juzgado de familia correspondiente, o el notario público en su caso, en la que consten los trámites de adopción y su resolución favorable. b) A los padres biológicos se les otorgará una licencia de paternidad de dos días por semana durante las primeras cuatro semanas a partir del nacimiento de su hijo o hija; la persona empleadora estará en la obligación de conceder permiso al padre para compartir con su hijo o hija recién nacido y contribuir con su cuidado dentro de los parámetros de dicha licencia. En caso de que esta disposición no se le respete al padre biológico en su trabajo, la parte patronal incurrirá en una falta grave al contrato laboral y, además, deberá retribuir al trabajador en todos los extremos laborales que corresponde según la ley, y agregar a la indemnización la suma de seis salarios. c) En el caso de muerte materna en el parto, durante la licencia o durante los tres primeros meses contados a partir del parto, cuyo niño o niña haya sobrevivido, el padre biológico tendrá derecho a una licencia remunerada especial posparto. Esta licencia se extenderá hasta el término del tercer mes contado a partir del parto. El padre del niño o la niña recién nacido deberá comprometerse a hacerse cargo de la persona recién nacida; en ausencia del padre o que este no se comprometa a hacerse cargo de la persona menor de edad, se concederá esta licencia especial a la persona trabajadora que demuestre que se hará cargo del niño o la niña recién nacido. El Patronato Nacional de la Infancia (PANI) deberá colaborar de forma expedita en este trámite y otorgar una resolución certificada para estos efectos a la persona que se va a hacer cargo de la persona recién nacida y así lo solicite. Esta licencia especial se otorgará al padre o a la persona que se haga cargo del niño o la niña, en tanto sean personas trabajadoras, independientemente de si la madre era persona trabajadora al momento de su muerte. (Así reformado el inciso c) anterior por el artículo único de la ley N° 10397 del 14 de noviembre de 2023. “Modificación a la licencia por paternidad, en caso de muerte de la madre, para proteger el interés superior de la niñez”) Durante la licencia, el sistema de pago de este subsidio se regirá según lo dispuesto por la Caja Costarricense de Seguro Social en su normativa sobre el “Riesgo de Maternidad”, la licencia de maternidad y las licencias especiales contempladas en este artículo. El pago de esta licencia deberá computarse para los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo. El monto que corresponda, según el caso, 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 la parte patronal. Asimismo, para no interrumpir la cotización durante ese período, la persona empleadora y la persona

trabajadora deberán aportar, a la Caja Costarricense de Seguro Social, sus respectivas contribuciones sociales sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia. Los derechos laborales derivados del salario y establecidos en esta ley, a cargo de la persona empleadora, deberán ser cancelados en su totalidad a la persona trabajadora. Para todos los efectos, las licencias especiales no interrumpen el contrato laboral. El cálculo de todos los derechos laborales establecidos en esta ley a cargo de la persona empleadora se realizará sobre la base del salario que tenía la persona trabajadora antes de dicha licencia. La trabajadora embarazada adquirirá el derecho de disfrutar de la licencia remunerada, solo si presenta a la persona empleadora un certificado médico en el que conste que el parto sobrevendrá, probablemente, dentro de las cinco semanas posteriores a la fecha de expedición de este documento. Para efectos del artículo 96 de este Código, la persona empleadora acusará recibo del certificado. Los médicos que desempeñen cargo remunerado por el Estado o sus instituciones deberán expedir este certificado. (Así reformado por el artículo 1° de la Ley para combatir la discriminación laboral contra las mujeres en condición de maternidad, N° 10211 del 5 de mayo de 2022) Reglamento al Seguro de Salud "ARTÍCULO 40.- De las licencias por maternidad. Con motivo de la maternidad, a toda asegurada activa, se le extenderá una licencia por cuatro meses, en un solo documento, que incluye el pre y el posparto, conforme se establece en el artículo 95° del Código de Trabajo, en las leyes generales y especiales aplicables, tanto a nivel institucional como en el Sistema de Atención Integral de Medicina de Empresa. Las complicaciones del embarazo serán consideradas dentro de los riesgos del embarazo y debe protegerse a la madre con incapacidad de acuerdo con el criterio médico; no obstante, los casos de abortos no intencionales con menos de veinte (20) semanas de gestación se manejarán como complicaciones del embarazo y serán consideradas dentro de los riesgos de enfermedad y se otorgará una incapacidad de acuerdo con criterio médico. Tratándose de parto prematuro con producto nacido muerto, cuando la gestación haya alcanzado las veinte semanas y sin sobrepasar las treinta y cinco (35) semanas y seis días (6), el período de licencia será equivalente a la mitad del período posparto de la licencia por maternidad, (45 días). Si la licencia por maternidad se otorga después del parto y posterior a la semana 37 de embarazo, se extenderá por tres meses a partir del nacimiento, salvo normas legales que dispongan plazos menores. En caso de partos prematuros nacidos vivos, con períodos de gestación mayores a las veinte (20) semanas y menores o igual a las treinta y seis Semanas (36) y seis días, la licencia se extenderá por el período completo de cuatro meses. En aquellos casos de partos múltiples se extenderá un mes adicional de licencia por maternidad, por cada producto vivo adicional, una vez finalizado el período establecido de pre y posparto. Esta licencia adicional se extenderá en forma mensual, de acuerdo con el número de productos vivos constatados cada vez que se otorgue. La licencia por maternidad en caso de adopción de un menor deberá otorgarse por tres (3) meses contados a partir del día inmediato posterior a la fecha de entrega del menor a la madre, de acuerdo con los términos del artículo 95 del Código de Trabajo. En caso de adopciones múltiples se aplicarán los mismos períodos de los partos múltiples. El subsidio que corresponda se pagará conforme el lugar de adscripción de la asegurada, pero en todos los casos el cargo presupuestario corresponderá al centro asistencial que emite el documento. (Así reformado por el artículo 102 del Reglamento para el otorgamiento de licencias e incapacidades a los beneficiarios del seguro de salud, aprobado mediante sesión N° 8712 del 24 de abril del 2014) IV. SOBRE LO CONOCIDO A NIVEL INSTITUCIONAL EN RELACIÓN AL (sic) TEMA DE LA LICENCIA POR CO-MATERNIDAD. La Asamblea Legislativa consultó a la CCSS en Proyecto de Ley que trata precisamente sobre el caso que aquí nos ocupa, al respecto las instancias técnicas indicaron lo siguiente: A. Criterio técnico de la Gerencia Administrativa oficio GA-1642-2023. Del informe se destaca lo siguiente: "(...) En virtud de la materia, las unidades adscritas a este Despacho han emitido los criterios necesarios, de los cuales se extrae lo siguiente: El programa para la Equidad de Género, señala en su oficio GA-PPEG-0184-2023, lo siguiente: (...) se considera que la aprobación del presente proyecto de ley constituye un avance de lo actuado por el Estado Costarricense para el cumplimiento de los principios de no discriminación con la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de

Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (...) Concluyendo la unidad técnica: (...) que dicho proyecto le Ley favorecerá la no discriminación contra las parejas de mujeres no heterosexuales y la corresponsabilidad de los cuidados, no obstante, se debe determinar de parte de las instancias correspondientes la viabilidad e incidencia a nivel económico de dicha modificación normativa en la Institución (...) Por su parte la Dirección de Bienestar Laboral señala en el oficio DBL-AAL-0465-2023: (...) En el artículo anterior, se incluye una licencia de “co-maternidad”, se debe exteriorizar que la palabra “comaternidad” está constituida por un prefijo co- y el sustantivo maternidad. En otras palabras, hace referencia a una maternidad compartida como se quiere hacer ver, sin embargo se debe tomar en cuenta que ya el artículo 41 de la Ley Marco de Empleo Público otorga una licencia de un mes y este mismo proyecto propone una modificación de acuerdo a (sic) la generalidad de identidad de género. 3.- La propuesta de modificación del artículo 41 de la Ley Marco de Empleo Público se titula: “Permiso de paternidad y maternidad y co-maternidad”. El fin de este artículo es otorgar un permiso para la persona conviviente, ya sea por matrimonio o en unión de hecho al momento del nacimiento o al momento de la adopción de una persona, de tal manera que el artículo 41 debería ser generalizado, con lenguaje inclusivo y general. (...) Concluyendo la Dirección de Bienestar Laboral: (...) esta Dirección de Bienestar Laboral considera que la institución no debe oponerse a la modificación del inciso c) de la ley N° 2- Código de Trabajo, dado que corresponde a un principio de igualdad de trato, sin embargo, debe analizarse la redacción y específicamente la propuesta del nuevo inciso d) de esta misma ley. En cuanto a la modificación del artículo 41 de la Ley Marco de Empleo Público, no contiene el fin del artículo, que es otorgar un permiso para la persona conviviente, ya sea por matrimonio o en unión de hecho al momento del nacimiento o al momento de la adopción de una persona, de tal manera que debería ser generalizado con lenguaje inclusivo en igualdad de género. (...) Conclusión: Conforme con el anterior análisis del proyecto de ley “Ley para el Reconocimiento de la Licencia de Co-maternidad” ley expediente N°23.715, esta Gerencia no tiene objeciones en la regulación propuesta, pues favorecerá la no discriminación contra las parejas de mujeres no heterosexuales, no obstante, considera importante se analice por parte de las unidades correspondientes la viabilidad e incidencia a nivel económico de dicha modificación normativa en la Institución.” C. Criterio técnico de la Gerencia Financiera oficio GF-3352-2023. Dicha Gerencia Emite su criterio e indica: “Para tales efectos, la co-maternidad ha de entenderse como figura propia de la unión familiar homoparental constituida por dos mujeres, que se refiere a la doble filiación materna, por virtud de la cual la pareja de mujeres se encarga del cuidado bajo su seno de uno o más hijos o hijas, como cualquier otro ejercicio de crianza parental, aun cuando una de ellas o ambas no tengan un vínculo genético con los hijos o hijas. Este ejercicio de procreación y/o crianza de hijos e hijas debe reconocerse al tenor del derecho fundamental de protección de la familia, la madre, el niño y la niña consagrado en el artículo 51 de la Constitución Política, cuya protección se extiende a toda clase de familia, teniendo en cuenta que lo relevante en el ejercicio de los deberes y derechos parentales es que estos se realicen en un ambiente de amor y comunicación con las personas menores de edad, brindándoles una sana educación para la vida que contribuya a su sano desarrollo integral, y tales exigencias en la crianza de los hijos e hijas no están determinadas por el género ni por la orientación sexual de quienes la llevan a cabo, ni por la existencia de vínculos genéticos entre las personas. La consecución de los fines de esta iniciativa de ley, se realiza mediante la creación expresa de la licencia de co-maternidad dentro de las licencias especiales contempladas en el artículo 95 del Código de Trabajo, así como en el texto del artículo 41 de la Ley Marco del Empleo Público, al cual de paso se le incorpora lenguaje inclusivo de género para una mayor cobertura de la igualdad buscada. Además, a través del otorgamiento del derecho a la licencia de maternidad que hubiere gozado la madre fallecida en el parto o durante dicha licencia, conforme con el inciso c) del artículo 95 del Código mencionado y de la cual sí goza el padre biológico. La licencia de co-maternidad se otorgará con base en las reglas establecidas en el artículo 95 del Código de Trabajo. Efecto en las finanzas institucionales: De conformidad con los criterios técnicos transcritos, se infiere lo siguiente: a) El presente proyecto de ley pretende la igualdad de derechos para las mujeres en relaciones no

heterosexuales, dentro del ámbito de la maternidad y las responsabilidades provenientes de las labores de cuidado de hijos e hijas menores de edad. b) La reforma propuesta al inciso c) del artículo 95 del Código de Trabajo, con el propósito de que en caso de fallecimiento de la madre durante el parto o licencia por maternidad, la aplicación del derecho del padre a disfrutar de la licencia por maternidad se extienda a la madre conyugue (sic) o conviviente de hecho, en los mismos términos vigentes, no generaría a corto plazo el incremento en las erogaciones para el pago de las licencias de maternidad, por cuanto, de igual forma la ley actual permite que una tercera persona goce de la licencia en caso de que el padre no lo haga. c) La inclusión de un inciso d) al artículo 95 de Código de Trabajo y la reforma del artículo 41 de la Ley Marco del Empleo Público, pretende que para el sector público, se otorgue una licencia de comaternidad, con goce de salario a las mujeres conyugues (sic) o convivientes de hecho, por un mes a partir del nacimiento de su hijo o hija, lo anterior sería considerado, como una ampliación al derecho que tienen actualmente los padres; no obstante, para el sector privado correspondería una nueva licencia para esa población y superior a la que tienen actualmente los padres, que consta de 8 días con goce de salario; en ambos casos, generaría para la institución un incremento en los egresos por concepto de pago de licencias, incrementando no solo la población que recibe el derecho a un mes con goce de salario (sector público), sino que se deberá financiar una nueva licencia de comaternidad para las mujeres conyugues (sic) o convivientes de hecho que laboren en el sector privado. d) La aprobación de esta nueva licencia a nivel público y privado supondría desigualdad con respecto a los derechos que actualmente poseen los padres que laboran en el sector privado, donde se otorgan ocho (8) días de licencia con goce salarial. e) Resulta imperativo valorar y establecer nuevas fuentes de financiamiento que permitan mantener el equilibrio de la seguridad social, ya que, se sumaría a otros factores como el envejecimiento esperado de la población, el crecimiento de la economía informal, el aumento creciente en la cantidad de pensionados, el aumento en la robotización, la disminución en la tasa de natalidad y con esto la cantidad de cotizantes; que conllevan a que el incremento en los ingresos por cotizaciones sea menor frente al elevado crecimiento en los egresos y que la evolución de las reservas sea cada vez menor. f) Se recomienda solicitar criterio a la Dirección Actuarial y Económica, con el fin de que se realicen las proyecciones financieras y determinar el impacto financiero en el que se incurriría al aprobarse el proyecto. Por otra parte, vale señalar que ha falta de la especificación de la proveniencia de los recursos que requerirá la Caja Costarricense del Seguro Social para poder implementar lo señalado en la propuesta legislativa, se estaría rozando con el principio constitucional de especificación de gastos, el cual dispone que la aprobación legislativa no debe traducirse en sumas globales libradas a la discrecionalidad de la administración, sin consistir en importes detallados para cada tipo de erogación. Conclusión: En virtud de lo expuesto, esta Gerencia desde el ámbito de su competencia y conforme a los criterios técnicos transcritos concluye que el Proyecto de Ley 23.715 en su versión actual, resultaría inviable, por cuanto su aprobación afectaría directamente las finanzas de la institución, debido a que la ampliación de la población que recibiría una licencia por el nacimiento de un hijo o hija supondría financiamiento extraordinario con recursos del Seguro de Salud, representando una extensión de la actual licencia por maternidad, lo que implicaría la búsqueda de una nueva fuente de financiamiento para esta erogación, lesionándose así el principio constitucional de especificación de gastos.” D. Criterio técnico de la Gerencia Médica oficio GM-13195-2023. Dicha Gerencia indica: “A esos efectos, se solicitó el criterio técnico a la Comisión Central Evaluadora de Incapacidades y Licencias y mediante oficio GM-CCEI0354-2023, suscrito por la Coordinadora Dra. Paula Villalobos Solano, remitieron lo siguiente: “(...) Esta Comisión hace formal seguimiento al oficio citado en el epígrafe, en relación con la solicitud de criterio técnico en torno a la consulta institucional del proyecto de ley remitido por parte de la Asamblea Legislativa y relacionado (sic) a la propuesta de modificación del artículo 95° del Código de Trabajo en sus incisos c y nuevo inciso d. Como indicado previamente en el oficio GM-CCEI-0344-2023, esta Comisión procedió en el análisis técnico del documento en la sesión ordinaria del jueves 07 de septiembre, y una vez analizada la propuesta de reforma al artículo 95° del Código de Trabajo en los incisos ya mencionados, así como:

Considerando la normativa vigente: “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. Se otorgará licencia especial en los siguientes supuestos: b) A los padres biológicos se les otorgará una licencia de paternidad de dos días por semana durante las primeras cuatro semanas a partir del nacimiento de su hijo o hija; la persona empleadora estará en la obligación de conceder permiso al padre para compartir con su hijo o hija recién nacido y contribuir con su cuidado dentro de los parámetros de dicha licencia. En caso de que esta disposición no se le respete al padre biológico en su trabajo, la parte patronal incurrirá en una falta grave al contrato laboral y, además, deberá retribuir al trabajador en todos los extremos laborales que corresponde según la ley, y agregar a la indemnización la suma de seis salarios. c) En el caso de muerte materna en el parto o durante la licencia, cuyo niño o niña haya sobrevivido, el padre biológico tendrá derecho a una licencia especial posparto, cuya beneficiaria era la madre fallecida. El padre del niño o niña recién nacido deberá comprometerse a hacerse cargo de la persona recién nacida; en ausencia del padre o que este no se comprometa a hacerse cargo de la persona menor de edad, se concederá esta licencia especial a la persona trabajadora que demuestre que se hará cargo del niño o la niña recién nacido. El PANI deberá colaborar de forma expedita en este trámite y otorgar una resolución certificada para estos efectos a la persona que se va a hacer cargo de la persona recién nacida y así lo solicite.” Tomando en cuenta la propuesta: “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. Se otorgará licencia especial en los siguientes supuestos: c) En el caso de muerte materna en el parto o durante la licencia, cuyo niño o niña haya sobrevivido, el padre biológico o la madre cónyuge o conviviente de hecho de la difunta, tendrán derecho a una licencia especial posparto, cuya beneficiaria era la madre fallecida. Estas personas deberán comprometerse a hacerse cargo de la persona recién nacida. En ausencia del padre o de la madre cónyuge o conviviente de hecho, o en caso de que estos no se comprometan a hacerse cargo de la persona menor de edad, se concederá esta licencia especial a la persona trabajadora que demuestre que se hará cargo del niño o la niña recién nacido. El PANI deberá colaborar de forma expedita en este trámite y otorgar una resolución certificada para estos efectos a la persona que se va a hacer cargo de la persona recién nacida y así lo solicite. d) A las mujeres cónyuges o mujeres convivientes de hecho de la madre al momento del parto, en razón de su condición de madres, se les otorgará una licencia de compaternidad, con goce de salario, por un mes calendario, contado a partir del nacimiento de su hijo o hija; la persona empleadora estará en la obligación de concederles permiso para compartir con su hijo o hija recién nacido y contribuir con su cuidado dentro de los parámetros de dicha licencia. En caso de que esta disposición no se le respete a la madre en su trabajo, la parte patronal incurrirá en una falta grave al contrato laboral y, además, deberá retribuir a la trabajadora en todos los extremos laborales que corresponde según la ley, y agregar a la indemnización la suma de seis salarios. (...)” 1. Analizando lo establecido en la Carta Magna: “(...) ARTÍCULO 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. (...)” Por lo anteriormente expuesto es criterio de esta Comisión Central Evaluadora de Licencias e Incapacidades: A. En relación con la reforma al inciso c, se considera el mismo oportuno y viable, sin embargo, se debe tomar en cuenta que podría más bien hacer correspondencia a la figura de adopción en estos casos y por tanto podría no ser requerido. B. En lo que respecta al inciso d, se considera oportuno la incorporación de la figura de la compaternidad, sin embargo, y tomando en consideración la existencia de la figura de licencia de paternidad, se tiene por oportuno y pertinente el considerar incorporar esta nueva figura como el homólogo de la licencia de paternidad y sobre las mismas reglas de este beneficio por cuanto el crear una figura distinta podría corresponder a una norma discriminatoria por sexo y género, siendo que las parejas de la madre que recibe una licencia de

maternidad, sean hombres o mujeres, en figura de ser el cónyuge o compañero de crianza del menor merece la misma representación legal, como si se realizó en la propuesta de reforma a la Ley Marco de Empleo Público. C. En relación con la reforma al artículo 41 de la Ley Marco de Empleo Público, no se tienen observaciones por cuanto se homologa de forma igualitaria y adecuada la compaternidad con la paternidad. Así las cosas, desde el punto de vista de esta Comisión, y como Gerencia Médica no podría considerarse el apoyar esta reforma, siempre salvo se validen las observaciones antes planteadas. De igual manera en caso de no considerarse, la Gerencia Médica y esta Comisión no apoyan el proyecto por cuanto crea una nueva figura de discriminación, desvirtuando así el objetivo inicial de la reforma y para tales efectos se remite la plantilla correspondiente, según el protocolo de tramitación de proyectos de ley CCSS (...) Por las razones técnicas anteriormente descritas, esta Gerencia Médica recomienda oponerse a esta iniciativa legislativa, salvo se validen las observaciones planteadas por la Comisión Central Evaluadora de Incapacidades y Licencias, en el criterio técnico supra indicado al señalar que tal y como se encuentra redactado el proyecto de ley 23.715: "(...) presenta un error de conceptualización y en lugar de subsanar la situación de discriminación actualmente existente, la sustituye por una nueva forma de discriminación hacia los padres de parejas hetero parentales, en menoscabo de la figura paterna, haciendo ver que el acompañamiento de la madre en una relación homoparental es superior a la del padre en una relación heteroparental, así como en detrimento de los roles de género que se deben variar y equilibrar. (...)" V. SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO Previamente a iniciar un análisis propio, es menester de la suscrita realizar un breve análisis respecto a temas medulares que inciden directamente en la resolución de la presente acción de inconstitucionalidad, los cuales no pueden perderse de vista al dictar resoluciones para la entidad pública más grande del país y sobre la cual reposa en gran medida el progreso y orden social de nuestra sociedad. La Constitución Política de la República mediante los artículos 73, 74 y 177, consagra la seguridad social bajo los principios de universalidad, solidaridad, integralidad, subsidiariedad y justicia social, las cuales reflejan una tendencia expansiva dirigida a cubrir a todas las personas – independientemente de su condición asalariada o no- y las distintas contingencias sociales y económicas a las que se expone. Por lo que, tal y como ha venido quedando plasmado en el presente informe, tenemos que en Costa Rica el constituyente previó la protección a la seguridad social en el numeral 73, complementado por el artículo 74 de nuestra Carta Magna, estableció como Institución encargada de dicho derecho fundamental a la Caja Costarricense de Seguro Social. En consecuencia, cuando se habla de la Caja Costarricense de Seguro Social, debe recordarse que se trata de una Institución de rango constitucional, regulada en los numerales 73 y 74 de la Constitución Política. Es así, como en esta Institución descansa una parte muy importante de la solidaridad nacional, como instrumento para alcanzar el más justo reparto de la riqueza, principio contemplado en los numerales 50 y 74 de la Carta Política. La autonomía reconocida en el artículo 73 en relación con el 177 de la Constitución Política, es tal que la Caja no se encuentra sujeta a límites en materia de gobierno, como ha reiterado la Sala Constitucional¹. La Caja Costarricense de Seguro Social, es por lo tanto la entidad autónoma encargada de administrar los seguros sociales, con la autonomía que le permite tener iniciativa propia para sus gestiones, así como ejecutar sus tareas y dar cumplimiento a sus obligaciones legales, fijándose metas y los medios para cumplirlas. Garantiza de esta forma, el establecimiento de la seguridad social y su naturaleza decreta la finalidad de los seguros sociales y regula el destino de los fondos respectivos, todo en aras del interés general, que debe prevalecer sobre el interés particular. Por lo que las medidas de administración y gobierno de la Institución pretenden establecer una especie de mecanismo de equilibrio social, que haga de nuestra sociedad un lugar más justo y estable, realizando una equilibrada administración del fondo, en protección, de la seguridad social, esto para el beneficio de toda la población costarricense. Lo anterior da como resultado que el sistema de seguridad social como un todo, deba funcionar con criterios congruentes y coordinados, y otorgar prestaciones o beneficios similares para los diferentes colectivos que se protegen (principio de unidad). Acá radica la importancia y gran responsabilidad de la administración de los seguros sociales. En este tanto y al ser la Caja Costarricense de Seguro Social la

Institución de la Seguridad Social, la que posee la estructura y experiencia en la administración de los distintos regímenes de pensiones contributivas y no contributivas, además de la administración y ofrecimiento del Seguro de Enfermedad y Maternidad (SEM), es que fija sus lineamientos con las propias disposiciones de la O.I.T., conforme a las condiciones en que se va desarrollando la sociedad costarricense; incluso, en muchos casos, en condiciones más favorables que las que establece la Organización citada. Bajo tales parámetros, es precisamente que la Institución aboga por que se garantice este derecho de acuerdo al (sic) principio de universalidad, procurando proteger a la mayor cantidad de población posible en ofrecimiento de los beneficios de los distintos regímenes y servicios sociales, de salud, entre otros que brinda mi representada. Con lo que resulta necesario además, que deba de funcionar, en vigila de distintos principios que aboguen por esa protección, dentro de los que encontramos el principio de concordancia de la seguridad social con la realidad económica, el cual establece que el desarrollo de la seguridad social debe responder a su vez al desarrollo económico de la sociedad. Un modelo de sistema de seguridad social que por exceso o defecto se aparte de la realidad económica está condenado al fracaso. De conformidad con ese principio, los beneficios otorgados por el Régimen de IVM deben ser acordes con las condiciones económicas del país. Del mismo modo, e conformidad con el principio de justicia social, -que se encuentra consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política e implica la necesidad de proteger a las clases más necesitadas, mi representada se ve obligada a revisar y modificar su normativa –en caso de ser necesario- con el fin de mejorar la condición de nuestros asegurados y lograr que la convivencia humana se oriente hacia la consecución del bien común². En ese sentido, es entonces que la CCSS, en aplicación de los principios propios de la Seguridad Social y de la autonomía que el artículo 73 constitucional le otorga para regular todo lo relacionado con los seguros sociales, puede reformar su normativa cuando considere necesario ajustarla a las necesidades de la sociedad actual. Así las cosas, después de analizados los pormenores y argumentos planteados en la Acción de Inconstitucionalidad incoada; llegamos a la siguiente conclusión: Sin perder de vista las pretensiones de las accionantes que son: 1. Se reconozca dentro de la licencia de maternidad regulada en los artículos vigentes en igualdad de condiciones, plazos y sin discriminación las licencias de co-maternidad; o 2. Se reconozca a las madres no gestantes la licencia de paternidad regulada en los artículos vigentes en igualdad de condiciones, plazos y sin discriminación. 3. En su defecto, se añada la redacción correspondiente para incluir las condiciones y plazos específicas de las licencias de co-maternidad en igual de condiciones y sin producir discriminación en relación con las licencias existentes. 4. Además, se reconozca la licencia de co-maternidad a las personas adoptantes en igualdad de condiciones y plazos en la Ley Marco de Empleo Público. 5. Por último, se reconozca e incluya la licencia de co-maternidad a la madre sobreviviente para aquellos casos de muerte materna de la madre gestante. Ahora bien teniendo a la vista de las 5 pretensiones de las actoras debemos indicar que si se pretendiera la licencia de 3 meses post-parto ella involucra no solo la recuperación de la madre gestante tras 9 meses de embarazo y parto vaginal o por cesárea, recuperación evidentemente no necesaria para la madre no gestante, sino que también debe considerarse la situación de la lactancia y acomodo del niño o niña a ello, sumado a que generaría para la institución un incremento en los egresos por concepto de pago de licencias, incrementando no solo la población que recibe el derecho a tres meses de licencia. Respecto a la licencia contemplada en el artículo 95 inciso c) del Código de Trabajo cuando sucede una muerte materna, el que pueda otorgarse por co-maternidad, tal y como señala la Gerencia Financiera ello no generaría a corto plazo el incremento en las erogaciones para el pago de las licencias de maternidad, por cuanto, de igual forma la ley actual permite que una tercera persona goce de la licencia en caso de que el padre no lo haga. En ese sentido, con cita a lo analizado por la parte técnica se concluye que: 1) En el caso de fallecimiento de la madre gestante, la ley actual específicamente el Código de Trabajo, permite que no solo el padre, sino que una tercera persona goce de la licencia en caso de que el padre no lo haga. 2) El cuanto a que la madre no gestante goce de un mes de licencia, se indica que ello se considera una ampliación al derecho que tienen actualmente los padres; no obstante, para el sector privado correspondería una

nueva licencia para esa población y superior a la que tienen actualmente los padres, que consta de 8 días con goce de salario; y ambos casos, generarían para la institución un incremento en los egresos por concepto de pago de licencias, incrementando no solo la población que recibe el derecho a un mes con goce de salario (sector público), sino que se deberá financiar una nueva licencia de comaternidad para las mujeres conyugues (sic) o convivientes de hecho que laboren en el sector privado. Así, la aprobación de esta nueva licencia a nivel público y privado supondría desigualdad con respecto a los derechos que actualmente poseen los padres que laboran en el sector privado, donde se otorgan ocho (8) días de licencia con goce salarial. 3) Por otra parte, al no existir especificación de la proveniencia de los recursos que requerirá la Caja Costarricense del Seguro Social para poder implementar ello, se estaría rozando con el principio constitucional de especificación de gastos. 4) Por otra parte, el pretender que la licencia de co-maternidad sea por los tres meses que goza actualmente la madre gestante, crearía una figura distinta y se convertiría en una norma discriminatoria por sexo y género, siendo que las parejas de la madre que reciben una licencia, sean hombres o mujeres, en figura de ser el o la cónyuge, o el o la compañero (a) de crianza del menor merece el mismo trato, sumado a que (sic) tampoco existe claridad en el financiamiento de ello. En consecuencia, el marco de actuación en cuanto a lo aquí pretendido y en consecuencia a las premisas expuestas, y al uso discrecional que otorgo el Constituyente a la CCSS, en los numerales 50,73, 74 y 177 de la Constitución Política, en cuanto a la potestad de administración y gobierno de los seguros sociales, y a los principios de progresividad y mejoramiento de los servicios públicos es que se solicita declarar sin lugar la acción aquí conocida. PETITORIA Con fundamento en lo anterior, esta representación solicita a la Sala Constitucional se DECLARE SIN LUGAR LA PRESENTE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”.

5.- Por resolución de la Presidencia de la Sala de las 15:25 horas del 27 de mayo de 2024 se tuvieron por contestadas las audiencias conferidas a la Procuraduría General de la República y a la Caja Costarricense de Seguro Social.

6.- Se prescinde de la vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional con base en el numeral 9 eiusdem, por cuanto, a partir de las pruebas, las consideraciones y los informes anejados al expediente, así como la normativa vigente, los principios generales de derecho, la jurisprudencia constitucional y convencional, y las demás fuentes utilizadas en este pronunciamiento, la Sala dispone de suficientes elementos como para resolver de manera sustentada el sub lite sin necesidad de recurrir a ninguna otra diligencia.

7.- En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el magistrado Rueda Leal; y,

Considerando:

I.- SOBRE LA ADMISIBILIDAD.

La acción de inconstitucionalidad es un proceso con determinadas formalidades, que deben ser satisfechas a efectos de que la Sala pueda válidamente conocer el fondo de la impugnación. El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece los presupuestos de admisibilidad de la acción. En primer término, se exige un asunto previo pendiente de resolver en la vía jurisdiccional (incluso, habeas corpus o amparo) o la administrativa (en el procedimiento para agotarla), en que se haya invocado la inconstitucionalidad como medio razonable para amparar el derecho o interés que se considera lesionado. En los párrafos segundo y tercero de ese precepto, de manera excepcional se contemplan supuestos, en los que el asunto previo no se exige, tales como inexistencia de lesión individual y directa dada la naturaleza del asunto, la defensa de intereses difusos o colectivos, o cuando la acción es formulada directamente por el contralor general de la República, el procurador general de la

República, el fiscal general de la República o el Defensor de los Habitantes. Ahora, en cuanto a la necesidad de un asunto previo pendiente de resolver en sede administrativa, es necesario que esté referido al procedimiento que agota la vía administrativa, lo que -de acuerdo con el numeral 126 de la Ley General de la Administración Pública- se da a partir del momento en que los recursos ordinarios son interpuestos ante el superior jerarca del órgano que dictó el acto final; de lo contrario, la acción resultaría inadmisibles. Asimismo, otras formalidades deben ser satisfechas, como la determinación explícita de la normativa impugnada, debidamente fundamentada, con cita concreta de los principios y disposiciones constitucionales que se consideren infringidos, la autenticación por abogado del escrito de interposición de la acción, la acreditación de las condiciones de legitimación (poderes y certificaciones), así como la certificación literal del escrito, en el que se invocó la inconstitucionalidad de las normas en el asunto base; requisitos que si no fuesen aportados por la parte accionante, le pueden ser prevenidos por parte de la Presidencia de la Sala con miras a su cumplimiento.

En el sub iudice, la acción planteada tiene como asunto base el recurso de amparo nro. 24-008132-0007-CO, pendiente de resolución. En ese caso, la Presidencia de la Sala, mediante resolución de las 17:04 horas de 26 de marzo de 2024, dio curso al proceso con respecto a estos hechos: “el 11 de marzo de 2023, la amparada contrajo nupcias con Michelle Muñoz Hermann Legueu, inscripción nro. 2-0281-244-0487. Comenta que las cónyuges tomaron la decisión de ampliar su familia y, como resultado, Michelle Muñoz Hermann Legueu se encuentra con un embarazo avanzado de 37.2 semanas, con fecha de cesaría programada para el 26 de marzo de 2024. Narra que la amparada labora como médica en el Hospital Rafael Ángel Calderón Guardia y, desde enero de 2024, ha realizado consultas sobre su licencia por co-maternidad. Acota que, por oficio nro. JSA-05603-2024, el Departamento de Asesoría Legal del centro hospitalario le indicó a la jefa del Servicio de Anestesiología y Recuperación, lugar donde trabaja la amparada, que la legislación costarricense no contempla la licencia por comaternidad. Agrega que, en marzo de 2024, la jefa del Departamento de Recursos Humanos del mismo hospital le informó a la amparada, de manera verbal, que debía realizar la gestión ante el área de salud del lugar de su residencia. Expone que su representada acudió al Área de Salud de Tibás-Uruca-Merced para solicitar su licencia de maternidad y el 22 de marzo de 2024 le indicaron que elevarían el caso ante la Comisión de Incapacidades. Narra que el 26 de marzo de 2024, la amparada tuvo una reunión con la Comisión de Incapacidades en la que le informaron la denegatoria de la licencia por co-maternidad, según indicación de la Comisión Central Evaluadora de Licencias e Incapacidades de la Gerencia Médica de la Caja Costarricense de Seguro Social. Argumenta que toda esta situación se genera debido a la omisión normativa infraconstitucional, pues indica que, aunque la prohibición legal para el matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica fue derogada el 26 de mayo de 2020, no se realizaron las adaptaciones legales respectivas. Alega la inconstitucionalidad del artículo 95 del Código de Trabajo (Ley nro. 2) y artículo 41 de la Ley de Empleo Público (Ley nro. 10159). Sostiene que el no ajuste legal de las normas deja a muchas familias expuestas a discriminación y a la imposibilidad de gozar de sus derechos fundamentales. Apunta que la situación expuesta revela la discriminación que sufre su representada en razón de su orientación sexual e indica que ni las madres gestantes ni los hombres pasan por ese tipo de situaciones para poder ejercer su derecho a la licencia por maternidad o paternidad. Reitera que la discriminación hacia la amparada es visible y expresa que el acceso a la licencia por maternidad por parte de las madres no gestantes se encuentra íntimamente relacionada con los derechos de las personas menores de edad recién nacidas, quienes tienen derecho a ser protegidas por quien o quienes asuman su cuidado, así como también tienen derecho a la vida familiar y al fortalecimiento de los lazos de su núcleo familiar. Por lo expuesto, considera lesionados los derechos fundamentales de su representada. Solicita la intervención de la Sala”.

Sobre el particular, tal como alega la parte accionante en su escrito de interposición, las licencias en favor de personas trabajadoras por el nacimiento o adopción de un hijo o hija se regulan en el Código de Trabajo y en la Ley Marco de Empleo Público.

Precisamente, el numeral 95 del código mencionado estatuye:

“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. Se otorgará licencia especial en los siguientes supuestos:

a) En la adopción individual se otorgará licencia especial de tres meses de forma remunerada al adoptante y en la adopción conjunta se otorgará licencia especial de tres meses, divisible entre las personas adoptantes de común acuerdo, la cual podrá tomarse de forma simultánea o alterna, según decisión de las partes. En estos casos de adopción, de acuerdo con los parámetros establecidos en el Código de Familia y regulación conexas, 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 persona adoptante deberá presentar una certificación, extendida por el Patronato Nacional de la Infancia, el juzgado de familia correspondiente, o el notario público en su caso, en la que consten los trámites de adopción y su resolución favorable.

b) A los padres biológicos se les otorgará una licencia de paternidad de dos días por semana durante las primeras cuatro semanas a partir del nacimiento de su hijo o hija; la persona empleadora estará en la obligación de conceder permiso al padre para compartir con su hijo o hija recién nacido y contribuir con su cuidado dentro de los parámetros de dicha licencia. En caso de que esta disposición no se le respete al padre biológico en su trabajo, la parte patronal incurrirá en una falta grave al contrato laboral y, además, deberá retribuir al trabajador en todos los extremos laborales que corresponde según la ley, y agregar a la indemnización la suma de seis salarios.

c) En el caso de muerte materna en el parto, durante la licencia o durante los tres primeros meses contados a partir del parto, cuyo niño o niña haya sobrevivido, el padre biológico tendrá derecho a una licencia remunerada especial posparto. Esta licencia se extenderá hasta el término del tercer mes contado a partir del parto.

El padre del niño o la niña recién nacido deberá comprometerse a hacerse cargo de la persona recién nacida; en ausencia del padre o que este no se comprometa a hacerse cargo de la persona menor de edad, se concederá esta licencia especial a la persona trabajadora que demuestre que se hará cargo del niño o la niña recién nacido. El Patronato Nacional de la Infancia (PANI) deberá colaborar de forma expedita en este trámite y otorgar una resolución certificada para estos efectos a la persona que se va a hacer cargo de la persona recién nacida y así lo (sic) solicite. Esta licencia especial se otorgará al padre o a la persona que se haga cargo del niño o la niña, en tanto sean personas trabajadoras, independientemente de si la madre era persona trabajadora al momento de su muerte.

(Así reformado el inciso c) anterior por el artículo único de la ley N° 10397 del 14 de noviembre de 2023. “Modificación a la licencia por paternidad, en caso de muerte de la madre, para proteger el interés superior de la niñez”)

Durante la licencia, el sistema de pago de este subsidio se regirá según lo dispuesto por la Caja Costarricense de Seguro Social en su normativa sobre el “Riesgo de Maternidad”, la licencia de maternidad y las licencias especiales contempladas en este artículo. El pago de esta licencia deberá computarse para los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo.

El monto que corresponda, según el caso, 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 la parte patronal. Asimismo, para no interrumpir la cotización durante ese período, la persona empleadora y la persona trabajadora deberán aportar, a la Caja Costarricense de Seguro Social, sus respectivas contribuciones sociales sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia.

Los derechos laborales derivados del salario y establecidos en esta ley, a cargo de la persona empleadora, deberán ser cancelados en su totalidad a la persona trabajadora. Para todos los efectos, las licencias especiales no interrumpen el contrato laboral.

El cálculo de todos los derechos laborales establecidos en esta ley a cargo de la persona empleadora se realizará sobre la base del salario que tenía la persona trabajadora antes de dicha licencia.

La trabajadora embarazada adquirirá el derecho de disfrutar de la licencia remunerada, solo si presenta a la persona empleadora un certificado médico en el que conste que el parto sobrevendrá, probablemente, dentro de las cinco semanas posteriores a la fecha de expedición de este documento. Para efectos del artículo 96 de este Código, la persona empleadora acusará recibo del certificado.

Los médicos que desempeñen cargo remunerado por el Estado o sus instituciones deberán expedir este certificado.

(Así reformado por el artículo 1° de la Ley para combatir la discriminación laboral contra las mujeres en condición de maternidad, N° 10211 del 5 de mayo de 2022)” (el destacado fue agregado).

Por su parte, el ordinal 41 de la Ley Marco de Empleo Público indica: “ARTÍCULO 41- Permiso de paternidad. Los padres que tengan un hijo biológico o en adopción podrán gozar de un permiso de paternidad, con goce de salario, por un mes calendario, posterior al día de nacimiento o al momento de concretarse la adopción de la persona menor de edad”.

En suma, en el canon 95 del Código de Trabajo impugnado se prevé el otorgamiento de licencias: i) por maternidad a la mujer embarazada; ii) en casos de adopción individual o conjunta; iii) por paternidad al padre biológico; y iv) ante el fallecimiento de la madre gestante en el parto, durante la licencia o durante los tres primeros meses contados a partir del parto, cuyo hijo o hija haya sobrevivido, al padre biológico o, en su ausencia, a quien se comprometa hacerse cargo de la persona menor de edad. En tanto que el artículo 41 de la Ley Marco de Empleo Público prevé los permisos de paternidad a los padres que tengan un hijo biológico o en adopción.

Ahora, concerniente a esta acción, en el recurso de amparo base se invoca la inconstitucionalidad de los preceptos 95 del Código de Trabajo y 41 de la Ley Marco de Empleo Público, en la medida que no prevén la licencia de comaternidad para el caso de la amparada, quien es servidora del sector público y no es la persona embarazada, sino su esposa.

Sin embargo, la invocatoria de inconstitucionalidad en mención deviene medio razonable para la tutela de los derechos fundamentales en cuanto al artículo 41 de la Ley Marco de Empleo Público en su totalidad, pero del numeral 95 del Código de Trabajo solo en lo atinente al inciso b), donde de forma específica se encuentra regulada la licencia a padres biológicos. Por consiguiente, esta acción es admisible únicamente con relación a tales contenidos normativos, pero deviene inadmisibles en lo referido al resto de lo regulado en el citado ordinal 95.

II.- OBJETO DE LA ACCIÓN.

En el sub lite, objeto de control de constitucionalidad son los cánones 95 inciso b) del Código de Trabajo y 41 de la Ley Marco de Empleo Público, que regulan los permisos de paternidad en caso de nacimiento o adopción, pero omiten contemplar las licencias de comaternidad en perjuicio de las madres no gestantes, lo que deriva en una discriminación injustificada. Asimismo, se acusa que, con posterioridad a la entrada en vigor del matrimonio entre personas del mismo sexo a partir del 26 de mayo de 2020, el Estado no ha reformado lo requerido para incorporar las licencias de comaternidad al ordenamiento jurídico. De esta forma, se estiman vulnerados los preceptos 33, 51, 71 y 73 de la Constitución Política; 3, 18 y 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 4 incisos 1) y 2) y 16 inciso d) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 1.1, 23, párrafo 1°, 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 25 párrafos 1° y 2° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

III.- NORMA IMPUGNADA.

El numeral 95 inciso b) del: Código de Trabajo, ley nro. 2 del 27 de agosto de 1943, estatuye:

“Artículo 95- (...)

b) A los padres biológicos se les otorgará una licencia de paternidad de dos días por semana durante las primeras cuatro semanas a partir del nacimiento de su hijo o hija; la persona empleadora estará en la obligación de conceder permiso al padre para compartir con su hijo o hija recién nacido y contribuir con su cuidado dentro de los parámetros de dicha licencia. En caso de que esta disposición no se le respete al padre biológico en su trabajo, la parte patronal incurrirá en una falta grave al contrato laboral y, además, deberá retribuir al trabajador en todos los extremos laborales que corresponde según la ley, y agregar a la indemnización la suma de seis salarios”.

Por su parte, el ordinal 41 de la Ley Marco de Empleo Público, ley nro. 10159 del 8 de marzo de 2022, señala:

“ARTÍCULO 41- Permiso de paternidad. Los padres que tengan un hijo biológico o en adopción podrán gozar de un permiso de paternidad, con goce de salario, por un mes calendario, posterior al día de nacimiento o al momento de concretarse la adopción de la persona menor de edad”.

IV.- SOBRE LA DISCRIMINACIÓN A CAUSA DEL GÉNERO Y LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LAS PERSONAS, EL CONCEPTO DE COMATERNIDAD, ASÍ COMO EL INSTITUTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

De larga data, este Tribunal ha reconocido que los principios de igualdad y de no discriminación, consagrados en el canon 33 de la Constitución Política, resguardan a todas las personas por igual y proscriben cualquier discriminación injustificada, incluida la basada en el género o la orientación sexual de un ser humano. Esto coincide con el precepto 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuerpo normativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución nro. 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948 en París, según el cual: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, así como con el artículo 2, que dispone: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. De igual modo, el numeral 7 eiusdem prevé que: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

A su vez, tanto el Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que datan del 16 y 19 de diciembre de 1966, respectivamente, tutelan el principio de no discriminación, cuando contemplan que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por Costa Rica el 2 de octubre de 1984, estatuye:

“ARTÍCULO 1º A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

ARTÍCULO 2º Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada en (sic) principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio (...)*
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.*
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación (...)*
- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer.*
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer (...)*

ARTÍCULO 5º Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.*
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de las (sic) responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. (...)*

ARTÍCULO 11 1º.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos, en particular: (...)

- e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.*
- f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.*

2º.- A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.*
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.*
- c) Alienta el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños (...)*

3º.- La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda (...)

ARTÍCULO 12 1º.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2°.- *En perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.*

ARTÍCULO 13 Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todas las esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

a) El derecho a prestaciones familiares.

b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero.

c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural (...)

ARTÍCULO 16 1°.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...)

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán consideración primordial. (...)

f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela curatela custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial. (...)" (el resaltado no corresponde al original).

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969 prevé en su primer precepto que: "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 (...)", en tanto que el artículo 24 dispone que "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

Asimismo, el canon 3 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales del 17 de noviembre de 1988 regula: "Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, 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".

En el caso de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer 'Convención Belem Do Pará', adoptada por Costa Rica el 2 de mayo de 1995, se determina en el artículo 4: "Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: (...) e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f) el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley (...)". En adición, el numeral 6 eiusdem prescribe: "El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, (...)".

De otro lado, en la sentencia del caso *Olivera Fuentes vs Perú* del 4 de febrero de 2023, la Corte IDH definió que el principio de igualdad y no discriminación configura una norma del *ius cogens*, lo que implica que, de acuerdo con el ordinal 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, es: "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una

norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Ello conlleva que cualquier discriminación injustificada, por acción u omisión, basada en motivos de género u orientación sexual resulta contraria a los derechos fundamentales y lesiva tanto de la Constitución Política como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Además, la Corte IDH resaltó que el derecho a la igualdad previsto en el canon 24 de la CADH tiene dos vertientes: i) una dimensión formal, que dispone la igualdad ante la ley; ii) otra material, que implica la adopción de medidas positivas de promoción a favor de grupos históricamente discriminados. Lo anterior es relevante, toda vez que, históricamente, las mujeres y las personas homosexuales han sido víctimas de discriminación estructural debido a su género y orientación sexual, en el orden respectivo, lo que paulatinamente ha venido siendo remediado. En adición, la supramencionada resolución subraya el resguardo que cobija a la orientación sexual según la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En tal sentido, la Corte IDH precisó:

"88. Esta Corte ha señalado, desde su Sentencia del año 2012 recaída en el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención al amparo de la expresión "cualquier otra condición social" recogida en el citado artículo 1.1. La Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 incluyó también la expresión de género como categoría protegida, lo cual ha sido reiterado posteriormente por este Tribunal en sus casos contenciosos. De acuerdo con lo anterior, 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, su identidad de género y/o su expresión de género.

89. Las formas de discriminación en contra de las personas LGBTIQ+ se manifiestan en numerosos aspectos, tanto en el ámbito público como en el privado. A este respecto, este Tribunal ha reconocido en su jurisprudencia que las personas LGBTIQ+ han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, así como de diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales. Esta violencia contra las personas LGBTIQ+ se basa en prejuicios, percepciones generalmente negativas hacia aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes y puede ser impulsada por "el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género". Sobre este punto, la Corte ha señalado que la violencia ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría (...)

92. Adicionalmente, esta Corte ha indicado en otros casos que el reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género se encuentra protegido por la Convención Americana en sus artículos 7 y 11.2, toda vez que la identidad de género y sexual se encuentra ligada al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y, en suma, a la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones (...)

94. Por otro lado, Tribunal recuerda que el derecho a la vida privada amparado por el artículo 11.2 de la Convención Americana engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. En este sentido, la Corte ha precisado que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. En particular, frente a la orientación sexual y a la identidad sexual, "la vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad conectado con la vida privada". Además, la vida privada no solo comprende la forma en que la persona se ve a sí misma, sino también cómo decide proyectarse hacia los

demás, siendo esto una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Todo este ámbito de la vida privada de las personas se caracteriza por ser un espacio de libertad que debe estar exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública (...)

101. En lo que respecta a la protección de las personas de la comunidad LGBTIQ+, la Corte advierte que el estigma, profundamente arraigado en la sociedad, así como los estereotipos negativos que actualmente recaen sobre la comunidad LGBTIQ+ perpetúan los actos de discriminación que sufren en el lugar de trabajo, el mercado y en la comunidad en general. A este respecto, el principio de Yogyakarta 2.f establece que los Estados deben adoptar “todas las medidas apropiadas, incluyendo programas de educación y capacitación, para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género” (...)” (el destacado fue suplido).

Atinente a la discriminación a causa de la orientación sexual, la Sala Constitucional se ha pronunciado en múltiples pronunciamientos. Verbigracia, en la sentencia nro. 2014012703 de las 11:51 horas del 1º de agosto de 2014 resolvió:

“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 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". 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" (el resaltado fue incorporado).

Igualmente, en la sentencia nro. 2024003875 de las 13:11 horas del 13 de febrero de 2024, la Sala detalló:

"V.- SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL.

Establecido que la concesión de la licencia solicitada involucra los derechos fundamentales apuntados supra, debe agregarse que la negativa de la oficina recurrida contiene un elemento discriminatorio, conexo a categorías que la Sala ha tutelado de forma expresa en anteriores decisiones, como es la orientación sexual. En la sentencia N° 2014-012703 de las 11:51 horas del 1° de agosto de 2014 se abordó esta clase de discriminación, contraria a la dignidad humana, de la siguiente forma:

"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.”

Asimismo, en la resolución No. 2018-12782 de las 17:45 horas del 8 de agosto de 2018 se reiteró el criterio reseñado supra:

“(…) 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).” (…) (la negrita fue suplida).

De otro lado, concerniente a la discriminación sufrida por las mujeres con base en el género, esta Sala definió en la sentencia nro. 2024001728 de las 10:24 horas del 24 de enero de 2024:

“VII.- Sobre la violación al derecho de igualdad y no discriminación en perjuicio de la mujer y al derecho de igualdad entre los cónyuges. En el sub examine, el tribunal consultante alega una posible violación al derecho de igualdad y no discriminación en perjuicio de la mujer y al derecho de igualdad entre los cónyuges, toda vez que el numeral 49 del Código Civil impone la obligación de consignar, luego del nombre de pila de las personas, el primer apellido paterno y el primero materno, en ese orden, obviamente esto referido a los casos en que la filiación paterna se encuentra identificada.

Sobre este tema, la Sala definió en la sentencia nro. 2003-04819 de las 10:52 horas del 30 de mayo de 2003:

“Históricamente, la mujer ha sido objeto de discriminación en diferentes ámbitos de la sociedad – laboral, económico, político, cultural, legal, etc.-, siendo relegada en la determinación, adopción y ejecución de aquellas medidas de orden general, tendientes al desarrollo del grupo humano que integran. En este sentido, la Comunidad internacional ha reafirmado en diversos instrumentos internacionales el principio de no discriminación, al proclamar que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, reconociendo a todos derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, sin distinción de raza, color, sexo, religión, opinión política o de cualquier otro tipo (Artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Igual relevancia reviste la adopción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, con el objeto de erradicar la discriminación contra la mujer y promocionar la participación de ésta en la vida política, social, cultural y económica de su país, en igualdad de condiciones que el hombre, en procura de que asuma un papel protagónico en aquellas actividades que históricamente le han sido vedadas o limitadas de alguna forma”.

En tal línea, mediante voto nro. 716-1998 de las 11:51 horas del 6 de febrero de 1998, este Tribunal destacó la gravedad de los tratos discriminatorios contra la mujer:

“IV.-SOBRE EL FONDO: Para efectos de este amparo, es preciso hacer algunas aclaraciones previas a pronunciarse sobre el fondo del asunto. En este sentido, debemos distinguir lo que es una situación de simple desigualdad de una de discriminación. En el presente caso, no se trata de un simple trato desigual de la mujer frente al hombre, sino de un trato discriminatorio es decir, mucho más grave y profundo. Desigualdad, puede existir en diversos planos de la vida social y aún (sic) cuando ello no es deseable, su corrección resulta muchas veces menos complicada. Pero cuando de lo que se trata es de una discriminación, sus consecuencias son mucho más graves y ya su corrección no resulta tan fácil, puesto que muchas veces responde a una condición sistemática del status quo. Por ello, tomar conciencia, de que la mujer no es simplemente objeto de un trato desigual -aunque también lo es-, sino de un trato discriminatorio en el cual sus derechos y dignidad humana se ven directamente lesionados, es importante para tener una noción cierta sobre la situación real de la mujer dentro de la sociedad. Baste para ello, tomar en consideración que la mujer ha debido librar innumerables luchas durante largos años para poder irse abriendo campo en el quehacer social y político de los pueblos. En términos generales discriminar es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos, en este caso del género femenino, es aquí donde el artículo 33 de la Constitución Política cobra pleno sentido, ya que ello toca los valores más profundos de una democracia, y no podemos hablar de su existencia, cuando mujeres y hombres, no pueden competir en igualdad de condiciones y responsabilidades. Se trata de un mal estructural, presente en nuestras sociedades que si bien tecnológicamente han alcanzado un buen desarrollo, aún no han logrado superar los prejuicios sociales y culturales que pesan sobre la mujer.

Como se puede observar, la Sala se ha pronunciado en contra de la discriminación sistemática e histórica que han sufrido las mujeres producto de los prejuicios sociales y culturales que pesan sobre ellas (...)" (el resaltado fue agregado).

Aclarado lo anterior, recuérdese que la Corte IDH resaltó que: “el derecho a la vida privada amparado por el artículo 11.2 de la Convención Americana engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior”. Por su parte, el ordinal 51 de nuestra Carta Magna garantiza la protección especial a la familia, la madre, las niñas y los niños, cuando establece: “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 y la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad”. Mientras que el canon 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estatuye: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 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 (...) 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidad 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 a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos (...).”.

Asimismo, en los tribunales regionales de derechos humanos hay consenso en cuanto a que el concepto de familia no alude a un modelo único, según lo explica la Corte IDH en la sentencia *Atala Riffo y niñas vs Chile* del 24 de febrero de 2012, que acude a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el tema:

“172. Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar. De igual forma, el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de “familia” en términos amplios. Respecto a parejas de diferente sexo, ha señalado reiteradamente que:

La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de ‘familia’ de facto donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es ipso jure parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota, y [, en consecuencia,] medidas nacionales que limiten tal goce, conllevan una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio.

173. En el Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que:

Al decidir si una relación puede considerarse como ‘vida familiar’, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios.

174. En primer lugar, y respecto a la protección convencional de parejas del mismo sexo, en el Caso Schalk y Kopf Vs. Austria, el Tribunal Europeo revisó su jurisprudencia vigente hasta ese momento, en la cual solamente había aceptado que la relación emocional y sexual de una pareja del mismo sexo constituye “vida privada”, pero no había considerado que constituyera “vida familiar”, aun al tratarse de una relación a largo plazo en situación de convivencia. Al aplicar un criterio amplio de familia, el Tribunal Europeo estableció que “la noción de ‘vida familiar’ abarca a

una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”, pues consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la ‘vida familiar’ en los términos del artículo 8” del Convenio Europeo (...)” (el destacado fue incluido).

La propia Corte IDH, en la opinión consultiva nro. OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, destacó:

“174. Con respecto a ello, el Tribunal recuerda en primer lugar que la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria. Es así como esta Corte ha considerado que las posibles vulneraciones a este bien jurídico tutelado, deben analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 del mismo cuerpo legal. Ninguna de las normas citadas contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por “familia”. Sobre el particular, la Corte ha señalado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma (...)

178. En conjunción con lo anterior, la Corte observa que en la actualidad existen diversas formas en las que se materializan vínculos familiares que no se limitan a relaciones fundadas en el matrimonio. En este sentido, este Tribunal ha opinado que:

“[...] [L]a definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño [...]” (...)

189. En efecto, una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, sin distinción alguna (...)

Al respecto, la Corte ya con anterioridad ha señalado que los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio No. 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán 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 motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte.

Del mismo modo, la Corte ha observado que existe una lista en expansión de derechos, beneficios y responsabilidades de las cuales las parejas del mismo sexo podrían ser titulares. Estos aspectos incluyen – entre otros– impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión

intestada, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, autoridad para tomar decisiones médicas, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras en temas electorales, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos. Todo ello, a juicio del Tribunal, debe ser asegurado sin discriminación alguna a las familias conformadas por parejas del mismo sexo. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, 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 parejas heterosexuales.” (el resaltado fue incorporado).

De forma similar, la Sala ha reconocido la evolución del contexto histórico, social y jurídico relativo a las uniones entre personas del mismo sexo, tal como se consignó en la sentencia nro. 2018012782 de las 17:45 horas del 8 de agosto de 2018:

“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° 2006007262 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 la 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 200500398 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” (el resaltado fue agregado).

Con la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6) del Código de Familia, mencionada en el precedente de cita, se declaró inconstitucional la norma que le impedía contraer matrimonio a las personas del mismo sexo. Esto conllevó a que emergiera el reconocimiento jurídico, entre otras, a las familias constituidas por dos mujeres y, de haberlos, de sus hijos, en cuyo caso se configura la comaternidad.

El fenómeno de la comaternidad o doble maternidad comporta que la autoridad parental sobre un niño es ejercida por las dos mujeres de una unión familiar homoparental, puesto que entrambas lo cuidan, crían y educan, de manera que la persona menor de edad les guarda el correspondiente respeto y cariño de hijo a ambas personas de la relación. En esta nueva forma de autoridad parental se tiene: i) por un lado, a una madre gestante, quien da a luz al niño recurriendo, verbigracia, a una técnica de reproducción asistida y, por otro, a su pareja de sexo femenino, sea, la “madre no gestante”, quien funge como una “comadre”, de tal modo que se tendría una persona menor de edad con dos madres y sin padre (al menos reconocido como tal); o bien ii) dos madres que adoptan, en cuyo caso serían madres coadoptantes. Esto conlleva la asignación de un doble vínculo materno al menor de edad, lo que goza de pleno reconocimiento jurídico. En este sentido, conviene resaltar que, en el año 2020, el Registro Civil reconoció por primera vez la doble maternidad de una familia homoparental en Costa Rica. Tal reconocimiento resulta esencial en atención a la protección especial de que gozan las personas menores de edad y la familia, así como en virtud del instituto del interés superior del niño en relación con el derecho a la identidad.

En cuanto al interés superior del niño, la Sala explicó en la sentencia nro. 2020000326 de las 9:20 horas del 10 de enero de 2020:

“Sobre el interés superior del menor como principio rector para resolver las controversias donde se discuten sus intereses.

Con base en tal principio, la Convención sobre los derechos del Niño dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 3

En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (...) (El subrayado es agregado).

“Artículo 4°- Políticas estatales.

Será obligación general del Estado adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. (...) (El subrayado no es del original).

En lo que respecta al interés superior del sujeto menor de edad, la Sala lo ha desarrollado ampliamente en su jurisprudencia, precisando lo siguiente:

“IV.- Sobre el Interés Superior del Menor. El primer instrumento jurídico que reconoció ese principio fue la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño de 1959, que en su segundo principio dispuso: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollar física, mental, moral, espiritual y socialmente de forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, el Interés Superior del Menor será la consideración “primordial”. Se advierte entonces que, en un comienzo, el Principio quedó restringido a la promulgación de leyes. Posteriormente, el Principio fue incorporado en diferentes instrumentos internacionales relacionados con la persona menor de edad. Así, el artículo número 5.b de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer exige a los Estados Parte garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y desarrollo de sus hijos, teniendo en cuenta que el interés de los hijos es la consideración primordial en todos los casos. Igualmente, en el artículo 16.1.d de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se señala que en todos los asuntos que se vinculen con las relaciones matrimoniales y familiares, los intereses del niño serán primordiales. Por su parte, en el artículo 4.1 de la Carta sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano (1990) estipula que en todas las medidas relativas al niño emprendidas por cualquier persona o autoridad, el Interés Superior del Menor será la consideración “principal”. Sin embargo, no fue sino con motivo de la Convención de los Derechos del Niño que el Principio del Interés Superior del Menor quedó instaurado plenamente como principio general de derecho, de manera que en razón de su naturaleza jurídica, irradia su función rectora sobre todo el ordenamiento jurídico. En concreto, el artículo 3.1 del Convención de los Derechos del Niño dispone: En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el “Interés Superior del Menor”. A los efectos de la resolución de este asunto, conviene destacar, entre otras características, la calificación de “superior” que se le hace al principio. La Real Academia Española define superior como lo que está más alto y en lugar preeminente respecto de otra cosa. Esto implica que el derecho del menor, dependiendo del caso concreto, prevalece frente a otros derechos, aunque estos sean legítimos. Se trata entonces de una cualidad jurídica integral que hace que el interés jurídico del menor tenga supremacía, predominio o preponderancia sobre los intereses de los demás; es decir, la “superioridad” del Principio supone la existencia de un interés objetivo que se encuentra por encima de los intereses subjetivos de los demás involucrados, ya sea que se trate de instituciones estatales, progenitores e, incluso, los propios menores afectados. Ello obedece a que como parte de la base de que el menor de edad es un sujeto jurídico en desarrollo (o, en su caso, en formación), de cuya construcción alguien debe responder para beneficio de él y de la sociedad entera, resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico de estos y los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o extraños, la

sociedad en general o el Estado), evento en el cual aquél será superior. El hecho de que exista un interés objetivo por encima del interés subjetivo del menor, no constituye un retorno a la doctrina de la situación irregular. Por el contrario, la superioridad de tal interés no significa indiferencia ante la voluntad del menor, porque en la conformación de tal interés resulta indispensable considerar esa voluntad, cuando ello es posible de acuerdo con el desarrollo psicológico y fisiológico del menor. Ahora bien, como dicho desarrollo no es pleno y varía según la edad, el interés superior debe nutrirse de otros elementos ajenos a los criterios subjetivos de los involucrados (menor, progenitor, Estado), a fin de que la medida que se disponga se caracterice por fundamentarse en argumentos razonables y precisos, intersubjetivamente demostrables. Así las cosas, el interés superior del niño no es paternocéntrico ni estatocéntrico sino infantocéntrico. Esto implica que las consideraciones a la confianza que debe existir entre los Estados en cuanto a las medidas para proteger a los menores, o las pretensiones de los progenitores respecto de sus derechos para con sus hijos, son cuestiones de segundo orden porque lo que prima son los derechos de las personas menores de edad y el ambiente que mejor ampare sus propios proyectos de vida, acorde a las circunstancias que los rodean. Establecida la superioridad del interés del menor, conviene establecer la manera en que el Principio se aplica. Primeramente, este último permite la aplicación de criterios de equidad en beneficio de la persona menor de edad, cuando de por medio se encuentran en juego sus intereses. Si en términos muy amplios la justicia es dar a cada uno según sus méritos, la equidad es *juris legitimi enmendatio* (legítima corrección del derecho), según Aristóteles. Un siglo de legalismo y de justicia puramente formalista ha mostrado los serios inconvenientes que le son consustanciales; por eso han surgido en esta época diversos movimientos enderezados contra la rigidez del imperio de la norma genérica y abstracta y en favor de la consideración de los elementos individualísimos que definen cada caso como una entidad irreducible a las demás' (Ver Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*. Editorial Bosch, Barcelona, 1953, pág. 464). De otro lado, el Principio del Interés Superior del Menor debe ser utilizado por el operador jurídico como pauta hermenéutica, lo que comprende la interpretación tanto del derecho infraconstitucional, como del derecho constitucional y todos aquellos tratados o convenios suscritos por el país; evidentemente, tal criterio interpretativo comprende igualmente a las autoridades de los otros Poderes Públicos en lo atinente a sus respectivas competencias. Este reconocimiento del interés superior del niño como principio general que forma parte e informa a la globalidad del ordenamiento, ha llevado a la Sala a brindar y ordenar protección especial a los menores en materias tan diversas como la protección de su imagen e identidad, el resguardo de la imagen e identidad de los menores en conflicto con la ley, y a controversias suscitadas en asuntos migratorios, de salud y de familia -ver, entre otras, sentencias números 2003-5117, de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del diecisiete de junio de dos mil tres; 2004-1020, de las ocho horas treinta y dos minutos del seis de febrero de dos mil cuatro; 2004- 8759, de las ocho horas cincuenta y seis minutos del trece de agosto de dos mil cuatro; 2005- 4274, de las dieciocho horas seis minutos del veinte de abril de dos mil cinco; 2007-10306, de las catorce horas diez minutos del veinte de julio de dos mil siete; y número 2008-7782, de la diez horas un minuto del nueve de mayo de dos mil ocho-. En este sentido, como principio general reconocido y plenamente aplicable, al interés superior del niño no le es oponible norma o decisión alguna administrativa o judicial- que le contradiga, salvo que en circunstancias determinadas se encuentre en liza la aplicabilidad de algún otro principio general del mayor nivel, en cuyo caso el operador jurídico deberá atenerse a la prueba de ponderación y al rol de cada principio en el caso particular. De tal forma, ignorar el carácter principal del interés superior del niño desatendiendo su aplicación estricta en aquellos casos que involucren a personas menores de edad, resulta contrario a los reconocimientos que sobre el particular efectúa el Derecho de la Constitución, a la vez que da margen para situarse en una posición de vulnerabilidad frente al mandato del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En otras palabras, las autoridades administrativas y judiciales tienen la obligación de reconocer y aplicar el principio

general del interés superior del niño, en perfecto acatamiento de su carácter de principio, de los mandatos establecidos por el Derecho de la Constitución, incluso ideando mecanismos apropiados y soluciones consecuentes de conformidad con lo ordenado por el referido artículo 2 de la Convención Americana (ver sentencia número 2008-015461 de las 15:07 horas del 15 de octubre de 2008). Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que una manera de asegurar la primacía y real vigencia del interés superior del niño consiste en proporcionar al niño medidas especiales de protección. (CORTE I.D.H.: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 60, p. 62) (ver sentencia No. 2011-012458 de las 15:37 horas del 13 de setiembre de 2011) En ese sentido, las autoridades administrativas y judiciales tienen la obligación de reconocer y aplicar el principio del interés superior del menor, como pauta hermenéutica en la resolución de las diversas controversias que involucren a menores de edad, incluso ideando mecanismos apropiados y soluciones consecuentes a los intereses de esta población. Se trata de aplicar la normativa con un enfoque infocéntrico, procurando siempre aquella solución que resulte de mayor beneficio para la persona menor de edad (ver sentencia No. 2013-6703 de las 10:20 horas del 17 de mayo de 2013).” (Sentencia N° 2014-12897 de las 14:45 horas del 8 de agosto de 2014)” (la negrita no corresponde al original).

Por su parte, en la observación nro. 14 del Comité de los Derechos del Niño se desarrolló la tesis de que el instituto del interés superior del niño tiene un carácter “trifonte”, es decir, opera como principio, derecho y norma de procedimiento:

“6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: “a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.

Adicionalmente, el referido Comité se pronunció sobre ciertos elementos que deben tomarse en consideración al ponderar el interés superior del niño:

“1. Elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño

52. Sobre la base de esas consideraciones preliminares, el Comité estima que los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, son los siguientes.

a) La opinión del niño

El artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior.

54. El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones y permitan introducir ajustes razonables y prestar de apoyo, en caso necesario, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior.

b) La identidad del niño

55. Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad.

Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño (...)

c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones

58. El Comité recuerda que es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres (arts. 9, 18 y 20). También subraya que los elementos antes mencionados son derechos concretos y no solo elementos para determinar el interés superior del niño. (...)

d) Cuidado, protección y seguridad del niño

71. Al evaluar y determinar el interés superior de un niño o de los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3, párr. 2). Los términos “protección” y “cuidado” también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa (por ejemplo, “para proteger al niño de daños”), sino en relación con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad.

72. El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros. Los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana, y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable.

73. La evaluación del interés superior del niño también debe tener en cuenta su seguridad, es decir, el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental (art. 19), el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes, así como contra la explotación sexual y económica y otras formas de explotación, los estupefacientes, la explotación laboral, los conflictos armados, etc. (arts. 32 a 39).

74. Aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño.

e) *Situación de vulnerabilidad*

75. *Un elemento importante que debe tenerse en cuenta son las situaciones de vulnerabilidad del niño, como tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc. El objetivo de la determinación del interés superior de un niño o de los niños en situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros instrumentos.*

76. *El interés superior de un niño en una situación concreta de vulnerabilidad no será el mismo que el de todos los niños en la misma situación de vulnerabilidad. Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única. Debe realizarse una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de desarrollo del niño.*

f) *El derecho del niño a la salud*

77. *El derecho del niño a la salud (art. 24) y su estado de salud son fundamentales para evaluar el interés superior del niño. Sin embargo, si hay más de una posibilidad para tratar una enfermedad o si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y también debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niño en función de su edad y madurez. En este sentido, se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado (...)*

g) *El derecho del niño a la educación*

79. *El acceso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, redundan en el interés superior del niño. Todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas con un niño en particular o un grupo de niños deben respetar su interés superior con respecto a la educación. A fin de promover la educación o una educación de mejor calidad, para más niños, los Estados partes deben tener docentes y otros profesionales de diferentes entornos relacionados con la educación que estén perfectamente capacitados, así como un entorno propicio para los niños y métodos de enseñanza y de aprendizaje apropiados, teniendo en cuenta que la educación no es solo una inversión de cara al futuro, sino también una oportunidad de esparcimiento, promoción del respeto y la participación y el cumplimiento de las ambiciones. Satisfacer esa necesidad y fomentar las responsabilidades del niño para superar las limitaciones que pueda acarrearle cualquier situación de vulnerabilidad, responderá su interés superior” (el subrayado fue incorporado).*

Visto lo anterior, se observa que tales criterios (emitidos por el Comité de los Derechos del Niño sobre el carácter trifonte del instituto del interés superior del niño y relativos a los elementos que se deben considerar en la evaluación de ese interés) han sido plenamente aceptados por esta Cámara Constitucional en cantidad de pronunciamientos, como las sentencias nros. 2022007852 de las 14:08 horas del 1º de abril de 2022, 2023001083 de las 9:20 horas del 20 de enero de 2023 y 2024005370 de las 13:20 horas del 27 de febrero de 2024.

Una vez abordado lo relativo al instituto del interés superior del niño, obsérvese que el ordinal 53 de la Constitución Política incorpora el derecho a la identidad de las personas menores de edad, así como a la certeza de su filiación parental. En esa dirección, el párrafo segundo de ese precepto regula: “Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres (...)”. Por su parte, el canon 8 de la Convención

de los Derechos del Niño indica acerca del derecho a la identidad de los menores de edad: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas”.

Acerca del tema, la Corte IDH ha consignado que el derecho a la identidad: “puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso” (...) “123. Al respecto, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante la “OEA”) señaló “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”¹³³. Asimismo estableció que “la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”¹³⁴. En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano expresó que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y que, en consecuencia, “es un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su conjunto[,] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana” (ver *Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011).

De esta forma, el derecho a la identidad significa una expresión de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad, lo que en las personas menores de edad reviste particular relevancia, toda vez que se trata de seres humanos en proceso de formación y autoconocimiento. Específicamente, el derecho de los niños a una identidad hace referencia a que, desde el momento mismo de su nacimiento, la persona menor de edad tiene derecho a obtener un nombre de pila, los apellidos (paterno y materno en la tradición costarricense), una fecha de nacimiento, un sexo y una nacionalidad ciertas, entre otros. Esto se explica, porque la identidad no solo es prueba de la existencia de un individuo como miembro de la sociedad, sino también forma parte de aquello que caracteriza a una persona y la diferencia de las demás; la identidad es, entonces, un elemento constitutivo y esencial de la individualidad de cada sujeto. De ahí que las personas menores de edad tengan derecho a construir su propia identidad a partir de su filiación con quienes ejercen sobre él la autoridad parental, la cual, como se indicó *ut supra*, puede ser desplegada mediante la comaternidad.

Aclarado lo anterior, a modo de referencia jurisprudencial del derecho comparado, de utilidad resulta el pronunciamiento nro. C-415/22 del 23 de noviembre de 2022 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia. Este explica la evolución del concepto de familia y el matrimonio entre parejas del mismo sexo, así como la adopción en familias homoparentales en relación con el interés superior del niño. Acerca de esto, el Alto Tribunal concluyó: “173. De lo señalado en el presente acápite pueden extraerse las siguientes reglas: i) existe un mandato de prohibición de discriminación por orientación sexual, esto implica que el goce y el ejercicio de los derechos no puede restringirse al decidir una opción sexual; ii) actualmente se reconoce similar trato jurídico a las parejas conformadas por personas heterosexuales y a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, por lo que el Legislador no puede desconocer dicho mandato; iii) dicha equiparación en el trato permite el acceso al sistema general de seguridad social, en todos sus componentes, con las mismas garantías asignadas a parejas heterosexuales; iv) se reconoce la garantía a las familias homoparentales no solo de contraer matrimonio sino de adoptar y asumir las obligaciones que ello implica, fundamentalmente la del cuidado de los niños, niñas y adolescentes a quienes se deben proveer cuidados, respeto y afecto pues son protegidos preferentemente por la Constitución y por las disposiciones relativas a la adopción” (el resaltado es añadido).

En conclusión, la proscripción de la discriminación injustificada por razones de género y de orientación sexual conlleva el reconocimiento jurídico de las familias conformadas por dos mujeres, quienes se encuentran en una situación de comaternidad. Semejante reconocimiento resulta de vital importancia para las personas menores de edad, quienes tienen derecho a construir su propia identidad a partir de la filiación con quienes ejercitan la autoridad parental, esto en consonancia con el instituto del interés superior del niño.

V.- SOBRE LAS LICENCIAS O PERMISOS CONCEDIDOS ANTE EL NACIMIENTO O LA ADOPCIÓN DE UNA PERSONA MENOR DE EDAD.

Como se indicó ut supra, la familia goza de una protección especial en la Constitución Política:

“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 y la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad.

(Así reformado por el artículo único de la ley N° 9697 del 16 de julio de 2019, “Reforma artículo 51 de la Constitución Política para garantizar la protección especial del Estado a las personas con discapacidad”)

ARTÍCULO 52.- El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges (...)

ARTÍCULO 55.- La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado”.

Con análoga orientación, el canon 17 la Convención Americana sobre Derechos Humanos preceptúa: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 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 (...) 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidad 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 a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos (...)”. Además, el precepto 19 eiusdem dispone: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

También, la Declaración Universal de Derechos Humanos contempla la asistencia y los cuidados especiales que deben ser garantizados en la maternidad y la infancia, lo que se evidencia en su artículo 25, según el cual: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social” (el resaltado no es del original).

Asimismo, los numerales 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevén:

“Artículo 23 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 (...)

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.

Artículo 24 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado (...)” (el destacado fue añadido).

De otro lado, una concreción de esa protección especial otorgada a la familia se advierte en el otorgamiento de licencias o permisos a los padres y madres ante el nacimiento o adopción de personas menores de edad, lo cual tiene sustento constitucional y es fiel reflejo del Estado Social de Derecho que nos rige. Así, la Carta Magna determina:

“ARTÍCULO 71.- Las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo (...)

ARTÍCULO 73.- Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.

(Así reformado por el artículo único de la ley N° 2737 de 12 de mayo de 1961)”.

De otro lado, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se destaca:

“Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Artículo 10 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil” (el resaltado fue incorporado).

A su vez, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador prescribe:

“Artículo 9 Derecho a la seguridad social 1.- Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2.- Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto (...)

Artículo 15 Derecho a la constitución y protección de la familia

1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2.- Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.

3.- Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a) Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;

b) Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

c) Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d) Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

Artículo 16 Derecho de la niñez Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo” (la negrita fue incorporada).

Nótese que el otorgamiento de licencias o permisos ante el nacimiento o adopción de una persona menor de edad haya sustento en el instituto del interés superior del niño, del que deriva su derecho a gozar de los beneficios de la cercanía familiar. Sobre el tema, la Convención sobre los Derechos del Niño preceptúa:

“Artículo 3

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (...)

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su Identidad (...)

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas (...)

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.” (el énfasis fue añadido).

En adición, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece:

“ARTÍCULO 11 (...)

2°.- A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.

c) Alienta el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños (...)

3°.- La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda (...)

ARTÍCULO 16 1°.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...)

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán consideración primordial. (...)

f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela curatela custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial. (...)” (el resaltado no corresponde al original).

Además, una serie de convenios emitidos por la Organización Internacional del Trabajo resultan relevantes para la resolución del sub iudice. Verbigracia, el ‘Convenio Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenio 111)’, adoptado por la ley nro. 2848 del 26 de octubre de 1961, dispone:

“Artículo 2

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidad y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (...)

Artículo 5

1. Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias.

2. *Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial”.*

De otro lado, el ‘Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares (Convenio 156)’ adoptado por la ley nro. 9608 del 14 de setiembre de 2018, estatuye:

“Artículo 1

1. *El presente Convenio se aplica a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.*

2. *Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán también a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.*

3. *A los fines del presente Convenio, las expresiones «hijos a su cargo» y «otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén» se entienden en el sentido definido en cada país por uno de los medios a que hace referencia el artículo 9 del presente Convenio.*

4. *Los trabajadores y las trabajadoras a que se refieren los párrafos 1 y 2 anteriores se designarán de aquí en adelante como «trabajadores con responsabilidades familiares» (...)*

Artículo 3

1. *Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.*

2. *A los fines del párrafo 1 anterior, el término «discriminación» significa la discriminación en materia de empleo y ocupación tal como se define en los artículos 1 y 5 del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958. (...).”.*

Asimismo, en la sentencia nro. 2020019958 de las 9:30 horas del 16 de octubre de 2020, esta Cámara Constitucional se refirió a las licencias por maternidad en estos términos:

“III.- SOBRE LA PROTECCIÓN A LA MUJER EMBARAZADA Y AL NIÑO Y EL PAGO DE INCAPACIDAD POR MATERNIDAD. Este Tribunal, en un caso similar anterior, tramitado bajo el expediente N° 16-010769-0007-CO y resuelto por Sentencia N° 2016-14040 de las 9:05 horas de 30 de setiembre de 2020, declaró con lugar el recurso, de conformidad con las siguientes consideraciones:

“III.- Sobre el fondo. La recurrente, quien ha trabajado de forma interina en el Área de Salud de Orotina-San Mateo de la Caja Costarricense de Seguro Social, reclama que no se le ha pagado su licencia por maternidad a pesar de tener ese derecho.

Al respecto, esta Sala tiene por comprobado que, de conformidad con el informe rendido bajo juramento, la recurrente ha laborado en forma interina para el Área de Salud de Orotina-San Mateo de la Caja Costarricense de Seguro Social, en una plaza que no es vacante, sino que se le asignan interinazgos cuando otros funcionarios tienen permisos, vacaciones o incapacidades.

Además, se verificó que la justificación que da la Caja Costarricense de Seguro Social para no pagar la licencia por maternidad de la recurrente es el artículo 42 del Reglamento del Seguro de Salud, al indicar que la recurrente no cumple ni con la condición de haber cotizado el mes inmediatamente anterior a la fecha de inicio de la licencia o parto ni con haber cotizado por lo menos 6 en los 12 meses anteriores, a la fecha de inicio de la licencia o parto.

Sobre el particular, lo primero que establece esta Sala es que lo planteado tiene relación con la posible violación al principio de interés superior del menor y al artículo 51 Constitucional, según el cual, la madre tiene derecho a una protección especial por parte del Estado, tal como se detalla a continuación.

IV.- Sobre la protección a la mujer embarazada y al niño y el pago de incapacidad por maternidad. El artículo 51 de la Constitución Política dispone:

“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”

Por su parte, el artículo 95 del Código de Trabajo, en lo que aquí interesa dispone:

“La trabajadora embarazada gozará obligatoriamente de una licencia remunerada por maternidad, durante el mes anterior y los tres meses posteriores al parto. Estos tres meses también se consideran como el período mínimo de lactancia...”

De la relación de ambos artículos y de la jurisprudencia de esta Sala, se desprende la existencia de un derecho fundamental a favor de la madre y del niño, que en el caso que nos ocupa, se refiere a la recurrente y a su hijo recién nacido; derechos que deben ser protegidos por parte del Estado. Además, el artículo 74 Constitucional consagra la seguridad social y, dentro de ésta, de manera explícita, el principio de irrenunciabilidad de los derechos y beneficios a que se refiere el capítulo de las garantías sociales de la Constitución, cuya enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley, como es el caso del artículo 95 del Código de Trabajo, que establece el derecho de la trabajadora embarazada de disfrutar de una licencia durante el mes anterior y los tres meses posteriores al parto. Ese tiempo de licencia antes y después del parto, tiene como objetivo específico, la protección de la madre y de la criatura, así como de la salud de ambas: antes del nacimiento del niño pretende que el embarazo llegue a término en las mejores condiciones físicas, biológicas y psicológicas; y luego del alumbramiento para que el bebé tenga la posibilidad de estar con su madre y pueda ser atendido en forma constante y permanente por su progenitora. Es evidente que es ella la que le otorgará los cuidados básicos necesarios, tanto desde el punto de vista biológico como psicosocial, en una etapa importante en cuanto a la consolidación de los lazos de unión entre madre e hijo, lo que repercutirá posteriormente en la unión de la familia como núcleo fundamental en la formación de la sociedad costarricense. Ahora bien, es necesario recordar que el propósito del subsidio por incapacidad o licencia, según el Reglamento de Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social, es sustituir parcialmente la pérdida de ingreso que sufre el asegurado por causa de incapacidad o de licencia por maternidad. Tanto el asegurado que se incapacite por enfermedad, como la trabajadora que lo haga por estar en estado de gravidez, y por haber dado a luz, deben dejar de laborar por un período determinado y sufrirán un menoscabo en su ingreso económico por dejar de hacerlo, aunque ello se deba a razones diversas. De modo que, indiscutiblemente, le asiste un derecho al pago de la licencia por maternidad a las servidoras que se encuentren en estado de gravidez y que cumplan con los requisitos establecidos para hacerse acreedoras de ese beneficio.

V.- Sobre las violaciones en el caso concreto.- Ahora bien, tomando en cuenta lo dicho, se observa que la CCSS sustenta el no pago de la licencia por maternidad en el hecho de que, de conformidad con el artículo 42 del Reglamento de seguro de salud, la recurrente no cuenta con cotización en el mes inmediato anterior a la licencia por maternidad, es decir, en mayo de 2016. Ello por cuanto tal licencia fue otorgada del 8 de junio al 7 de octubre de 2016.

Además, según el criterio de la recurrente, ella estuvo nombrada hasta el 3 de mayo de 2016, por lo cual sí cotizó en el mes inmediatamente anterior a la licencia.

De previo, más allá de determinar si la calidad que ostentaba la recurrente durante el mes de mayo de 2016 era de asegurada activa, debe tenerse en consideración que los artículos 51 y 74 de la Constitución Política declaran una protección estatal especial a favor de la familia, la madre y el menor. (...)

IV.- SOBRE EL CASO CONCRETO. En este caso, se acreditó que a la amparada se le concedió licencia por maternidad en el período del 28 de agosto al 27 de diciembre de 2020. Sin embargo, bajo juramento se informó que dado que su fecha de ingreso a la institución el 24 de julio de 2020 y registra únicamente dos meses cotizados en los últimos doce meses, no se le ha cancelado ningún monto por licencia de maternidad de conformidad con el apartado 7.2 del Instructivo para registro, control y pago de las incapacidades de los empleados de la Caja Costarricense de Seguro Social, que indica lo siguiente:

“7.2 Por maternidad.

Con el propósito de mantener la estabilidad laboral de la trabajadora interina en estado de gravidez, las Jefaturas deben hacer todo lo posible para garantizar el nombramiento de éstas, durante el período de embarazo incluyendo los tiempos de pre y post-parto.

Las trabajadoras interinas de la Caja en estado de gravidez, que hayan cotizado seis meses dentro de los doce meses anteriores a la licencia por maternidad o al parto y se incapaciten dentro del período de nombramiento, tendrán derecho al pago del 100% de salario total como subsidio según lo establecido en el Capítulo 3 punto 3.2, inciso 3.2.1 de este Instructivo.

Si la licencia por maternidad se produce inmediatamente después de una incapacidad por enfermedad, según las condiciones indicadas en el punto 7.1 anterior, también tendrá derecho al pago de ese 100% siempre que cumpla el plazo de cotización antes indicado.

De no reunir la trabajadora interina los plazos de cotización definidos en el Reglamento del Seguro de Salud, y se incapacita por maternidad durante la vigencia del nombramiento, se le pagarán por planilla las 2/3 partes del salario total como subsidio, según lo dispuesto en el Capítulo 3 inciso 3.2.2 de este Instructivo, conforme lo establece el artículo 96 del Código de Trabajo. El pago de la licencia se realizará con cargo a la plaza donde se dio el último nombramiento”.

Ahora bien, el numeral N° 3.2.2 de este instructivo, dispone en lo que interesa, lo siguiente:

“La trabajadora activa de la Caja que no hubiese cotizado durante los seis meses en los doce anteriores al inicio de la licencia o parto, disfrutará de un descanso remunerado durante el mes anterior y los tres meses posteriores al parto, cancelándose el porcentaje de salario conforme lo regula el artículo 96 del Código de Trabajo, es decir las 2/3 partes del salario como subsidio”.

En cuanto a la interpretación de la normativa relacionada al pago de licencia de maternidad, esta Sala le ha indicado que la Caja Costarricense de Seguro Social no puede negarse a cancelarle el subsidio por licencia de maternidad, por medio de interpretaciones restrictivas. Lo anterior, debido a que el artículo 51, de la Constitución Política y el 95, del Código de Trabajo, establecen la protección que debe recibir la mujer embarazada, el niño y el pago de la licencia por maternidad. En concreto, el artículo 51, de la Constitución Política indica lo siguiente: “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 y la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad”. Por su parte, el artículo 95, del Código de Trabajo indica lo que cita a continuación: “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...”.

En este caso, debe tenerse en consideración la referida protección Estatal especial a favor de la familia, la madre y el menor. Así, se acreditó que al momento de iniciar el periodo de maternidad el 28 de agosto de 2020, la amparada contaba con dos meses cotizados antes de la licencia: estuvo nombrada del 24 de julio al 9 de agosto de 2020, del 10 al 17 de agosto de 2020 y del 18 de agosto al 09 de setiembre de 2020. Al respecto, el mismo numeral 7.2 del Instructivo citado por la autoridad recurrida remite al Reglamento del Seguro de Salud para la cancelación de plazos de cotización. Aunado a lo anterior, también en el Reglamento del Seguro de Salud, se establece no solo un supuesto para tener derecho al subsidio como es el caso del Instructivo para registro, control y pago de las incapacidades de los empleados de la Caja Costarricense de Seguro Social, sino que también agrega la posibilidad de que una asegurada activa haya cotizado el mes inmediatamente anterior a la fecha de inicio de la licencia, a fin de tener derecho al pago de los subsidios de licencia por maternidad. Así, el numeral 42 del citado cuerpo normativo se indica que “...Para tener derecho a los subsidios en dinero por licencia de maternidad, es necesario que la asegurada activa haya cotizado el mes inmediatamente anterior a la fecha de inicio de la licencia o parto, o seis en los doce meses anteriores al inicio de la licencia o parto. En caso de incapacidad previa, este requisito debe entenderse en relación con el periodo anterior al inicio de dicha incapacidad.

Si la asegurada no cumple los plazos de calificación indicados se estará de conformidad con el aporte de la trabajadora y el Estado, según la siguiente tabla: (Así reformado en el artículo 10° de la sesión número 8712 del 24 de abril del año 2014)

| Meses cotizados | Porcentaje de subsidio según aporte |
|---------------------------|-------------------------------------|
| De 01 a 02 meses | 25% |
| De 02 a menos de 06 meses | 50% |
| (ayuda económica) | |
| De 06 a menos de 09 meses | 75% |
| De 09 meses o más | 100% |

En razón de lo expuesto, las normas en cuestión deben interpretarse de manera extensiva. Si la norma indica que el requisito es que haya cotizado el mes inmediatamente anterior al inicio de la licencia o parto, solo se debe comprobar tal situación, sin importar la cantidad de días laborados. Igual efecto se da con respecto al haber cotizado seis de los últimos doce meses previos al inicio de la licencia o parto.

Desde este panorama y dadas las condiciones particulares del caso concreto, la Sala comprueba la vulneración a los derechos de la recurrente. La negativa del reconocimiento al pago del subsidio de la licencia por maternidad de la recurrente bajo el argumento de que la reglamentación de la Caja Costarricense de Seguro Social no lo permite, resulta ser una justificación que no tiene ninguna validez para la Sala por dos razones fundamentales: en primer lugar por cuanto la protección a la familia, al menor, a la madre y a la salud de ambos, son derechos de rango constitucional lo que implica que la licencia de maternidad se encuentra intrínsecamente ligada al ejercicio pleno y efectivo de esos derechos y; en segundo lugar por cuanto con tal actuación se está demostrando

un evidente desprecio por la condición humana de la recurrente, por sus derechos fundamentales y por la salud y la vida del bebé. Para la Sala no es posible permitir que este tipo de situaciones pasen por alto, pues recuérdese que precisamente, como se dijo, el propósito del subsidio que se reclama es sustituir parcialmente el menoscabo económico que implica para el asegurado dejar de laborar por un período determinado a raíz de una incapacidad o de acogerse a una licencia por maternidad, y en el caso concreto, lo cierto es que la accionante ha estado sin recibir el subsidio que le corresponde. Además, no puede dejarse de lado que en nuestro país existe una legislación perfectamente clara que establece quienes tienen a cargo la obligación económica para sufragar esos costos, y dentro de la cual se encuentra la propia recurrente, pues ha estado aportando parte del rubro que se le rebaja por cargas sociales de su salario mensual. De manera que no interesa que en el momento en que se le extendió la licencia de maternidad, únicamente hubiera cotizado en los dos meses anteriores, ya que cotizó el mes inmediatamente anterior a la fecha de inicio de la licencia. Así, se declara con lugar el recurso, de conformidad con las consideraciones que se indican en la parte dispositiva de esta sentencia” (la negrita fue agregada).

De igual forma, en el pronunciamiento nro. 2018013502 de las 13:07 horas del 17 de agosto de 2018, esta Cámara se refirió con amplitud a las licencias por maternidad:

“III.- Sobre el caso concreto. La igualdad y la prohibición de la discriminación son dos piedras angulares de las democracias constitucionales y sin embargo es una realidad que la mujer sufre una discriminación por razones estructurales en muchos campos, en particular en cuanto a ejercicio de sus derechos políticos. Las mayores limitaciones se evidencian en el derecho a ser electas y a participar en los procesos de toma de decisiones en las estructuras de poder de la vida política y pública nacional, y en lograr que sus intereses y necesidades tengan presencia en las decisiones públicas. Pero como si la existencia de esa brecha por sí misma no fuera una enorme barrera, en la práctica, existen además, una serie de obstáculos para el ejercicio del cargo de aquellas mujeres que logran superar esa brecha y ser electas en cargos de representación popular, como resulta ser el caso bajo examen en este amparo. Como se verá del desarrollo de la sentencia, en este caso se utilizó la propia normativa diseñada para la protección de la mujer en su condición de madre con licencia de maternidad, en contra de los derechos de la amparada, es decir, como un obstáculo en el ejercicio de sus derechos políticos y de su derecho al trabajo, por medio de interpretaciones y aplicaciones de normativa infralegal, aplicadas en forma aislada y totalmente divorciadas del marco constitucional y convencional. En ese sentido, lejos de favorecerle la aplicación de la normativa diseñada para su protección durante la licencia de maternidad, se logró un efecto perverso, en su perjuicio, para impedirle el ejercicio de sus responsabilidades y obligaciones como representante popular en su condición de Diputada electa de la República. En el fondo, con el ánimo de “protegerla” se generó en el caso concreto, por sus efectos, una discriminación en su perjuicio sin que fuera el propósito de la normativa que regula las licencias de maternidad, afectar el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Del estudio de los autos, se tiene por demostrado que la gestión que realizó la recurrente ante las autoridades de la Asamblea Legislativa, se basa en una circunstancia particular, y es su condición de Diputada electa para el período 2018-2022, circunstancia que obliga a esta Sala a valorar el caso de acuerdo (sic) las responsabilidades y particularidades que desde el punto de vista constitucional tiene el cargo de Diputado/a de la República, aspecto que lo distingue de cualquier otra función o puesto. En ese sentido, el artículo 106 de la Constitución Política establece que los Diputados son electos por la Nación y el 107 que durarán en sus cargos cuatro años. Una vez electo, el ejercicio del cargo es obligatorio, por ser un cargo de elección popular, implica un mandato expreso del soberano y sólo puede ser suspendido bajo las causas constitucional y legalmente previstas (acuerdo de la Asamblea Legislativa en causas penales previo levantamiento de la inmunidad), e incluso goza de protecciones especiales a nivel constitucional durante su

ejercicio y su renuncia debe ser conocida por la propia Asamblea Legislativa. La intención del constituyente es clara en que una vez electo/a el Diputado/a tiene una responsabilidad que sólo puede suspenderse en forma excepcionalísima y bajo los procedimientos constitucional y legalmente establecidos.

En el caso de la accionante, queda comprobado en el expediente, que ella gozó de una licencia por maternidad otorgada por la Caja Costarricense de Seguro Social del 2 de abril al 30 de julio de 2018, y que el 11 del mismo mes, se le practicó una cesárea electiva, así como que en forma enteramente voluntaria, luego de tener el permiso de su médico tratante, solicitó la autorización al Director Ejecutivo de la Asamblea Legislativa, para participar de la sesión del Congreso, los días 1, 2 y 8 de mayo del presente año, pues en esas fechas, iban a realizarse actos relevantes para el ejercicio de sus funciones como diputada, entre éstas su juramentación y la elección del próximo directorio legislativo. Ante la solicitud de la recurrente, las autoridades de la Asamblea Legislativa, consultaron a la Comisión Central Evaluadora de Incapacidades y Licencias de la Gerencia Médica de la CCSS. Por oficio No. CCEI-0017-2018 de 10 de abril de 2018, la Coordinadora a.1. de la Gerencia Médica rechazó su requerimiento y el Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, emitió criterio AL-DEST-CJU-040-2018 del 25 abril de 2018, en donde se adhiere al razonamiento dado por la Comisión supra indicada y de manera principal denegaron el permiso con fundamento en el artículo 14 del Reglamento para el Otorgamiento de Licencias e Incapacidades para los Beneficiarios del Seguro de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social, párrafo tercero, el cual dispone: "En el caso de las licencias por maternidad la inhabilitación solo le permitirá a la asegurada activa realizar las labores domésticas compatibles con su estado..." (El resaltado no es del original).

Al respecto, este Tribunal considera que no se puede anteponer una disposición reglamentaria a la Constitución Política ni a la naturaleza propia del cargo de Diputada de la República, asimismo que no pueden interpretarse restrictivamente ni en forma aislada, las disposiciones reglamentarias que rigen la licencia de maternidad e incapacidad, en su caso, por la naturaleza especial del cargo de representante de la Nación que ostenta, cargo que como se indicó, tiene una naturaleza constitucionalmente reglada. No hay que olvidar que la interpretación del ordenamiento jurídico debe ser integral y en el caso de la mujer, no se puede hablar de "mujeres en general" como si existiese un único tipo de mujer, por cuanto anula las especificidades del caso concreto y de las circunstancias particulares del grupo en el que se encuentra desde el punto de vista social, cultural, económico, político, ético, religioso y geográfico, entre otros. Los derechos humanos que protegen a las mujeres no pueden verse de forma desarticulada o compartimentada, sino desde la óptica de que las mismas constituyen integralidades físicas, mentales, sociales, económicas, culturales y políticas.

En este caso, como se indicó supra, no se puede equiparar la condición de la recurrente con la de cualquier otra mujer en circunstancias distintas, por su condición de representante electa como Diputada de la República.

En ese sentido, interpretar, en aplicación del reglamento respectivo, que durante la licencia de maternidad a la madre, sólo, se le permitirá la realización de actividades domésticas compatibles con su estado, es violatorio de los derechos fundamentales de la amparada y e implica un enorme retroceso en el camino hacia la igualdad de género en materia de participación política. Esa interpretación reafirma la disparidad entre los géneros en la esfera jurídica y social y desconoce el derecho de toda mujer, a participar con mayor amplitud en los roles sociales, políticos-electorales y culturales, que van mucho más allá de las labores del hogar para la mayoría de las mujeres. Siguiendo la misma línea de pensamiento, y partiendo de lo señalado, el rechazo a la solicitud de la recurrente, sustentada en los oficios CCEI-0017-2018 del 10 de abril de 2018 y AL-DEST-CJU-040-2018 del 25 abril de 2018, que procuraron impedirle a la señora [Nombre 001] cumplir con sus

deberes y derechos políticos-electorales, en virtud de su elección como Diputada de la República, son a juicio de este Tribunal, claramente discriminatorios, lesivos de sus derechos políticos y de su derecho al trabajo.

Estima esta Sala que la participación de la amparada debe de ser tutelable al menos desde dos aristas, ambas ligadas intrínsecamente, que en definitiva, equivalen a la posibilidad real de la tutelada de no ser excluida de manera discriminatoria de su rol político, profesional, laboral, en particular del ejercicio de sus derechos y responsabilidades como Diputada electa de la República. En ese sentido, la labor de participar en su juramentación como Diputada de la República y en la elección del Directorio de la Asamblea Legislativa, claramente inciden en forma directa en los derechos de representación y participación política.

En primer lugar, desde la arista estrictamente, profesional y laboral, la participación de la amparada en su juramentación y en la elección del Directorio, era clave en sus intenciones de no ser excluida, de la posibilidad de participar o incluso de ser electa dentro del Directorio de la Asamblea Legislativa, o bien de representar a sus electores en dicha elección. Esa posibilidad, única durante esa fecha del año, se le intentó limitar, únicamente por su condición de estar en una licencia de maternidad, sin que existiera una justificación razonable, teniendo en cuenta sus derechos y responsabilidades como Diputada y el hecho de que existía criterio médico que liberaba de cualquier responsabilidad a la administración por la licencia y la cesárea que le realizaran días atrás. Es claro y así se entiende de las propias manifestaciones de la amparada en su escrito de interposición, la importancia de su participación en la sesión del 1 de mayo, dentro del desarrollo pleno de su proyecto de vida política, y la excepcionalidad o especialidad de dicho acto, único e irrepetible en el caso de la elección del Directorio de ese momento.

La participación de la amparada en su juramentación y en la elección del Directorio, era clave en sus intenciones de evitar que las personas que la eligieron se vieran excluidas de participar, de manera directa, mediante la representación de la amparada, en la conformación de los actos políticos de elección de un Directorio, que en definitiva tienen incidencia directa sobre los intereses de las personas que la eligieron. Dicha posibilidad, única esa fecha del año, fue ignorada por los criterios emitidos por las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social y acogidos por el dictamen de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa.

Resulta además preocupante que además de la existencia de una brecha política en materia de participación política de la mujer y que ha sido objeto de varias sentencias de esta Sala (ver a manera de ejemplo resoluciones 20150 I 6070, 2015013885 y 2015009885), la propia normativa diseñada para su protección en su condición de madre en licencia de maternidad, sea utilizada en su contra o como un obstáculo más en el ejercicio de sus derechos políticos. La CEDAW (Convención contra la eliminación de la discriminación de la mujer), ha sido clara en señalar que la licencia de maternidad no puede ser utilizada en contra de los derechos e intereses de la mujer. Así en su artículo 11.2 señala:

“2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

Prohibir bajo pena de sanciones, e/ despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y fa discriminación en los despidos sobre la base de estado civil;

b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales:

c. Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública. Especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños:

Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado pueda resultar perjudiciales para ella. “

Estima la Sala que para que la Licencia de Maternidad no termine generando efectos discriminatorios sobre la mujer, es necesario que esta se adecue, a las nuevas dinámicas sociales sobre el rol de la mujer, en sus diversas aristas, tanto personales, como profesionales, y familiares y que se valore en cada caso concreto, en forma integral, para que no genere, en su aplicación, efectos discriminatorios.

Sin duda alguna el embarazo y la maternidad, son situaciones que pueden generar vulnerabilidad para las mujeres, no obstante las políticas públicas a las que está obligado el Estado no sólo deben de encaminarse a la protección de la mujer y el niño o niña, sino también a la prevención, erradicación y sanción de toda conducta discriminatoria, que a partir de la condición de embarazo o de lactancia de las mujeres, pretenda cercenarles su derecho al pleno desarrollo e inclusión dentro de las diversas actividades de la sociedad.

No existe duda, sobre el hecho de que, las embarazadas y las madres en período de lactancia, requieren una especial protección, toda vez que se debe prevenir daños a su salud y a la de sus hijos, por lo que necesitan un plazo de tiempo para su recuperación, así como para la lactancia materna. La anterior postura, marcadamente biológica, es la que inicialmente sustentó la regulación de la licencia de maternidad. Sin embargo, el rol de las mujeres en nuestra sociedad, no se limita únicamente a su labor de madre, mucho menos aún, a la exclusividad de las labores domésticas. El rol actual de la mujer, y el futuro de sus alcances, de conformidad con las manifestaciones sociales, estatales, jurídicas, económicas entre otras, ha dejado por superado la anterior concepción meramente biológica de la Licencia de la Maternidad, lo que impone que el Estado, deba -en la construcción de sus políticas públicas-, implementar acciones que procuren que la Licencia de Maternidad sea funcional de manera integral, para la protección de los derechos e intereses de la madre, de la persona menor de edad y de la familia, a partir de una mayor gama de circunstancias.

Cuando hablamos de la protección de los derechos e intereses de la madre, es necesario indicar que, son aquellos que le pertenecen a la mujer por su propia condición de persona, y que se encuentran a su disposición bajo su libre voluntad. En ese sentido, los alcances de la Licencia de la Maternidad deben tomar en cuenta el rol integral que juega la mujer en la sociedad actualmente desde el punto de vista personal, profesional y social, para que su cobertura sea mayor, y que garantice la tutela de las condiciones particulares de cada una.

La protección contra la discriminación que sufren las mujeres a nivel laboral, así como la garantía de salud de las trabajadoras en estado de embarazo y las madres en periodo de lactancia, son condiciones fundamentales para alcanzar una igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres a nivel laboral, lo cual permite además a las personas trabajadoras, formar familias con la confianza de que sus condiciones no van a perjudicarlas.

En ese sentido, la relación existente entre recuperación biológica, interés superior de la persona recién nacida, y la tutela de las condiciones laborales de la mujer, debe de permitir su coexistencia con otras condiciones o actividades que la mujer requiera realizar para el desarrollo pleno de su vida. Es claro, que la Licencia de Maternidad debe de ser brindada, respetada y acogida de manera obligatoria, tanto por el patrono como por la mujer trabajadora. También es claro, que la Licencia de Maternidad no es una incapacidad. Lo anterior implica que a diferencia de la incapacidad, la Licencia en cuestión permite la consecución de actos más allá del reposo médico indicado. Este último punto se ve reflejado en el artículo 14 del Reglamento para el Otorgamiento de Licencias e Incapacidades, que si bien es cierto, sólo recoge la posibilidad de realizar labores domésticas compatibles con su estado, no implica en modo alguno, que esta deba de ser su límite único en todo caso.

Como se indicó anteriormente, la Licencia de Maternidad no debe generar efectos discriminatorios sobre la mujer, es decir, no debe de constituirse en un medio que genere la exclusión de la mujer de las diversas aéreas en las que se desenvuelve. En ese sentido, es necesario que su cobertura sea mayor, que tenga la posibilidad de tutelar las condiciones particulares de cada mujer.

Sobre este tema de la licencia de maternidad la jurisprudencia constitucional ha señalado mediante resolución 2011000635 de las ocho horas y treinta y nueve minutos del veintiuno de enero del dos mil once, que de conformidad con el (artículo 25) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia y protección especiales de parte del Estado ..”, asimismo, que es deber de los Estados “Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar” (artículo 15). Asimismo, que entre otras disposiciones, en el ámbito laboral los artículos 94, 94 bis, 95 y 97 del Código de Trabajo (reformados por la Ley de Promoción de la Igualdad Real de la Mujer No. 7142) desarrollan una protección especial a la madre embarazada o en periodo de lactancia. La citada legislación laboral en lo concerniente a la maternidad (Art. 95 y 96 del Código del Trabajo, del 27 de agosto de 1943, con última enmienda de 2016), operativiza derechos humanos de las mujeres contenidos en instrumentos internacionales como:

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995), la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), así como los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, en particular el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, y el Convenio sobre la protección de la maternidad No. 183 de la OIT del 15 de junio del 2000.

Se corrobora, de esta forma, que el Estado costarricense tiene como deber fundamental la protección del interés superior del niño y, en consonancia con ello, debe promover y asegurar las condiciones necesarias para garantizar en la máxima medida posible la supervivencia del menor y su desarrollo, así como adoptar las medidas apropiadas para asegurar su debida nutrición en aras de garantizarle el disfrute del más alto nivel posible de salud y un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (artículos 3, 7, 24 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Lo que implica, necesariamente, el deber de fomentar y proteger la lactancia materna, en la medida que ésta asegura la supervivencia infantil y garantiza a los niños un crecimiento y desarrollo saludables, así como darle una protección especial a la madre durante su embarazo y periodo de lactancia.

No obstante, es claro que esta protección especial a la familia a la que el Estado está obligado desde el punto de vista convencional, constitucional y legal, que en el caso concreto cubre la “maternidad”, de ningún modo debe ser entendida como un obstáculo para el ejercicio de otros derechos fundamentales, en particular del desarrollo de la madre, claro está, cuando ello resulte compatible con su estado de salud y del menor.

En ese mismo sentido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 281 de las nueve horas del catorce de noviembre de mil novecientos noventa y siete, estableció lo siguiente:

“Ya se adelantó que la trabajadora en estado de embarazo está cubierta por un fuero extraordinario que deriva de su derecho constitucional a una protección singular por parte del Estado y de la sociedad civil, al igual que del reconocimiento, a nivel internacional, de la función social de la reproducción. Al respecto, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 6969, de 2 de octubre de

1984, y que, por su contenido en materia de derechos humanos, es un parámetro de constitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico nacional (véase el artículo 48 de la Constitución Política), dispone, en el párrafo b), del inciso 2), de su artículo 11, como una obligación fundamental de los Estados, “Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdidas del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales... Por su parte, el artículo 95 del Código de Trabajo establece el derecho y el deber de toda servidora en estado de gravidez, de disfrutar, durante el mes anterior y los tres posteriores al parto, de una licencia remunerada por maternidad.

La naturaleza jurídica de este instituto no es, entonces, la de una incapacidad para el trabajo, que produzca la suspensión temporal del contrato, en los términos previstos en los artículos 73 y 79, y exima del deber de cancelar el salario, sino la de una exoneración, para la trabajadora, de su obligación de ejecutar la prestación debida, por un periodo determinado, sin que ello afecte los demás extremos y condiciones propias de la relación de trabajo. Se trata de un instituto similar a las vacaciones o a los permisos con goce de sueldo. Por esos motivos, el pago que ella debe recibir durante la licencia, proveniente de su patrono o patrona, tiene un indudable carácter salarial... “

Queda claro que la Licencia de Maternidad de ningún modo debe ser entendida como incompatible con otras funciones que la madre, pueda desarrollar y realizar, siempre y cuando su estado de salud y la del menor, así lo permitan. Es necesario establecer además, esta no puede ser utilizada, ni generar efectos discriminatorios en contra de los derechos y de los intereses de las mujeres, particularmente en el ámbito laboral (...)

En el caso en concreto, se comprueba que, se dio un amenaza cierta, real e inminente a los derechos de la amparada, que consistió en la existencia de actos materiales concretos como el criterio emitido por la Comisión Central Evaluadora de Incapacidades y Licencias de la Gerencia Médica de la C.C.S.S, mediante oficio No. CCEI-0017-2018 de I O de abril de 2018, en el que la Coordinadora a.i. de la Gerencia Médica rechazó la solicitud de la amparada solicitando autorización para presentarse, para ser juramentada y participar en la elección del Directorio Legislativo, criterio que fue avalado mediante oficio AL-DEST-CJU-040-2018 del 25 de 2018, el Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, quién emitió criterio adhiriéndose al razonamiento emitido por las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social, que rechazaba la petición de la recurrente. En ese sentido, se comprueba que existieron actos concretos que amenazaron en forma, directa los derechos de la amparada, motivo suficiente para estimar el presente recurso de conformidad con el artículo 29 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Si bien es cierto el acto no se llegó a materializar, fue porque esta Sala suspendió oportunamente sus efectos mediante resolución de las 14:50 horas del 30 de abril de 2018, al dictar una medida cautelar de tal forma que se logró tutelar oportunamente los derechos de la amparada para que pudiera ejercer su participación en los actos de referencia.

Es importante reiterar que el criterio médico forense y del médico tratante de la recurrente, que rolan en autos (ver hechos probados), acreditan que se encontraba en buen estado de salud física. Adicionalmente, es necesario señalar que en los autos, no consta, ninguna prueba o dictamen, que hagan suponer que el hijo de la recurrente tuviera alguna situación física o de salud, que requiera algún cuidado especial que se hubiera visto afectado por esa participación.

En virtud de lo indicado, este Tribunal concluye que el criterio de la Caja Costarricense de Seguro Social al denegar la solicitud de la recurrente, era lesivo de sus derechos fundamentales, concretamente del ejercicio de su derecho a ejercer el cargo para el que fue electa y de su derecho al trabajo, dado que lejos de abrir la posibilidad para conciliar los derechos de la recurrente en el desarrollo de sus roles de madre y profesional, utilizó un derecho, para cercenar otro, sin hacer el juicio de ponderación respectivo que permitiera equilibrar ambos derechos en protección de la tutelada. En consecuencia, según los razonamientos expuestos, el recurso debe ser estimado, según se dispone en la parte dispositiva de esta sentencia” (el resaltado fue incorporado).

Igualmente, esta Sala ha enfatizado que la licencia o permiso de paternidad tiene como propósito la protección de la familia y el resguardo del interés superior del niño. Una demostración de lo anterior se refleja en la sentencia nro. 2020012802 de las 11:03 horas del 8 de julio de 2020:

“B.- Sobre el Artículo 37, de la Licencia de Paternidad. La parte accionante impugna la licencia establecida en el artículo 37 de la Convención Colectiva según la cual se otorga un derecho a un mes de licencia por nacimiento o adopción de un hijo. Considera que lo excesivo de la licencia se traduce en una violación al principio de razonabilidad y proporcionalidad en el uso de los fondos públicos y en la eficiencia en las funciones administrativas. Asimismo, se aclara que se impugna la existencia de la licencia como tal pues constituirse en padre es un asunto personal no laboral y por lo tanto, no debería otorgarse un permiso por esta circunstancia. Adicionalmente, los demás trabajadores del sector privado que son padres, no tienen este beneficio. La norma en cuestión dispone:

“Artículo 37 Licencia de paternidad Todo trabajador; a partir del nacimiento o adopción de sus hijos e hijas tendrá derecho a una licencia con goce de salario de un mes. En el caso de adopción, el trabajador deberá presentar certificación de la sentencia aprobatoria por el Juez de Familia”.

Al respecto, esta Sala ha indicado en su reiterada jurisprudencia que las Licencias con goce de Salario por Paternidad, tienen como fin la protección de la familia y del interés superior del menor de edad. Así, por ejemplo ha indicado:

“...tanto la Sala Constitucional como la Procuraduría General de la República, han indicado, precisamente, que la norma contempla la posibilidad de otorgar un permiso con goce de salario a los funcionarios adscritos al régimen de Servicio Civil ante el nacimiento de un hijo, como un mecanismo derivado de la protección que se propugna a la familia, según lo dispuesto en el artículo 52 de la Constitución Política...” (ver sobre el particular las sentencias de la Sala Constitucional Nos. 2006-17440 y 2006-17441, ambas de 29 de noviembre de 2006).

Por su parte, la Procuraduría General de la República sostiene semejante tesis, es así como mediante el Dictamen No. 286 de 18 de agosto de 2008; dicho órgano consideró lo siguiente:

“... Este Órgano Asesor comparte plenamente lo expuesto por la Asesoría Legal de B Asamblea Legislativa, - criterio arriba citado- cuando señala que si bien no se encuentra regulado en el citado Reglamento Autónomo de Servicio la posibilidad de otorgar permisos a los funcionarios con motivo del nacimiento de un hijo ciertamente, y con carácter de norma supletoria, es aplicable lo dispuesto en el artículo 33 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil («) En consecuencia, no cabe la menor duda, que existe suficiente fundamento jurídico como para que la Administración a su cargo pueda ejercer la potestad para otorgar el permiso a aquellos funcionarios que con ocasión del nacimiento de un hijo, justifiquen debidamente esa necesidad que dicho sea de paso, este tipo de permisos especiales que se reglamentan, tienden a retomar, en alguna medida, la tutela que otorga nuestra Constitución Política a la familia, a la mujer y al niño al establecer: “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. No está demás señalar lo que esta Procuraduría, mediante el Dictamen No. c-1662006, de 26 de abril del 2006 ha analizado sobre el fundamento jurídico internacional en aspectos como el de consulta. Así en lo que interesa, determinó: “...La necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional como una condición vinculada de forma inequívoca a esa nueva realidad social que comentamos. Por ello, con miras a conciliar las responsabilidades laborales y familiares la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT adoptó el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares 1981 (núm.156) y la Recomendación correspondiente (núm. 165), que tienden a garantizar que todo hombre y toda mujer tengan posibilidad de llevar a cabo plenamente sus funciones en la vida social, económica, pública y familiar. Y en ese mismo sentido, en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en

Pekín en septiembre de 1995 se consideró como objetivo estratégico fomentar una armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres y en la Declaración aprobada por los 189 Estados allí reunidos, se reafirmó este compromiso...”.

Recientemente, este Tribunal, en la sentencia No. 2019001107, de las 10:30 horas del 23 de enero de 2019, en relación con una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el mismo accionante, en contra de la Convención Colectiva del Instituto Nacional de las Mujeres, determinó que:

“...8.- Inciso h): “Diez días hábiles al funcionario padre, con motivo del nacimiento o adopción de hijas o hijos, siempre que sean hijas o hijos reconocidos”: Bajo la misma inteligencia que lo esgrimido en el inciso a) de este numeral, la Sala comparte la opinión de la Procuraduría, en el sentido que, en el Sector Público, esta es una regla interna que impera, de modo que no solo los trabajadores del Instituto Nacional de las Mujeres tienen derecho a este tipo de licencias, y por tanto, no pueden ser consideradas discriminatorias.

Además, esta Sala ha estimado que dichas licencias son permisos excepcionales, pues se fundamentan en circunstancias especiales y tratan de resguardar aspectos vivenciales esenciales en la familia como núcleo esencial de la sociedad, en respeto a lo estipulado en los artículos 51 y 52, Constitucionales, lo cual justifica el otorgamiento de estas licencias a los trabajadores. Aunado a lo anterior, en consideración de la Sala, tampoco resultan licencias desproporcionadas, pues el número de días otorgados no es excesivo (diez días hábiles), sin olvidar que desarrollan el principio de la protección especial del Estado a la familia. Asimismo, debe traerse a colación que en el derecho comparado este tipo de licencias para el funcionario padre, con motivo del nacimiento o adopción de hijos o hijas, son ampliamente aceptadas y, más bien, constituyen un claro avance en el reconocimiento de la igualdad de género en las sociedades actuales. Verbigracia, podemos citar que en países europeos como Islandia, Finlandia, Eslovenia, España, Francia, Austria, Dinamarca, Lituania, Estonia, Portugal, Polonia, Bulgaria, Noruega, Reino Unido, Suecia, las cifras para permisos de paternidad van desde los catorce días, como mínimo, hasta los cuatrocientos ochenta días como máximo, entre esos países. Entre los casos más significativos están Islandia, que permite una licencia de noventa días; Finlandia, que permite una licencia de cincuenta y cuatro días; Eslovenia, que permite una licencia de noventa días; Austria, que permite una licencia de trescientos sesenta y cinco días; Lituania que permite una licencia de treinta días; Noruega, que permite una licencia de ciento doce días y, finalmente, Suecia, que permite una licencia de cuatrocientos ochenta días (fuente: OCDE/OIT/International Labour). Así las cosas, tratándose de un tema que, más bien, en el ámbito internacional ha empezado a cobrar mayor relevancia en los últimos años, no podría nuestro país retroceder en el reconocimiento de la equiparación de derechos y deberes entre hombres y mujeres, so pena de incurrir en una infracción a los principios y valores contenidos en la Constitución. Ergo, la Sala es del criterio que la licencia de diez días hábiles no es contraria al Derecho de la Constitución y, por ello, se rechaza este agravio...”.

Ahora bien, en cuanto al tiempo de beneficio otorgado - 1 mes- el artículo 33 del Reglamento del Estatuto del Servicio Civil señala que se podrá conceder licencia hasta por una semana con goce de salario a los servidores padres de hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, no obstante, las condiciones para que se lleve a cabo su otorgamiento deben estar establecidos en los Reglamentos Autónomos de Servicio de cada institución. Es así, como a nivel nacional las licencias por paternidad se han adoptado en un importante número de normativa laboral, especialmente en el Sector Público. De conformidad con la normativa anteriormente señalada, encontramos una serie de Instituciones que regulan la licencia remunerada de paternidad en su Reglamento Autónomo de Servicios, así por ejemplo, el Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Agricultura y Ganadería y Órgano Adscritos de Desconcentración Máxima, N° 36765 MAG, en el artículo 7 señala: “...De los derechos del personal. Artículo 7° -Además de los derechos que el ordenamiento jurídico otorga a los servidores de la Administración Pública, los (las) funcionarios (as) del Ministerio tienen los siguientes derechos: l) Tener derecho a cinco días hábiles con goce de salario, en casos

de (...) el nacimiento de un hijo sea éste dentro o fuera de matrimonio siempre que se compruebe que el (la) menor fue reconocido (a) y se esté en el ejercicio de su función paterna. Todo lo anterior debe ser acreditado mediante la presentación de los documentos oficiales que demuestren cada condición. En cuanto al Poder Judicial, la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que sus servidores pueden disfrutar de una licencia con goce de salario por una semana en caso de nacimiento de menor "Artículo 44.- (...) Asimismo, los servidores varones tendrán derecho a una licencia con goce de sueldo, durante una semana, cuando naciere un hijo suyo, y las servidoras a tres meses con goce de sueldo, cuando adopten a un menor de edad...".

Así las cosas, la licencia de paternidad que cuestiona el accionante, no resulta inconstitucional, por cuanto, como se dijo, responde a una necesidad del menor de edad a ser cuidado por sus padres y a recibir afecto de éstos (sic) desde sus primeros días así como el derecho de los padres de conciliar el trabajo con sus hijos.

Por lo anteriormente expuesto, debe concluirse que el artículo 37, de la Convención Colectiva bajo estudio, no es inconstitucional, por el simple hecho de otorgar una licencia de paternidad, el cual, en todo caso, es potestad administrativa en este caso del Ministerio de Educación Pública, negociar y determinar la duración del permiso referido" (El resaltado fue agregado).

Siguiendo igual criterio, en la sentencia nro. 2023003696 de las 9:20 horas del 17 de febrero de 2017 se resolvió así:

"IV.- Sobre la licencia de paternidad. El Estado costarricense, según lo dispone el artículo 51, de la Constitución Política, debe garantizar la protección especial de la familia; y el 52, señala acerca de la igualdad de derechos que existe entre los cónyuges. Asimismo, el artículo 18, inciso I), de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece la responsabilidad de los Estados de reconocer las obligaciones comunes de ambos padres en la crianza y el desarrollo del niño. De manera, que se debe promover las responsabilidades de la paternidad, asociadas al cuidado de los hijos e hijas y el derecho de los hombres de ejercer su paternidad. En ese sentido, es que el otorgamiento de la licencia de paternidad busca, ante todo, generar condiciones que posibiliten a los hombres ejercer el rol de padres y fortalecer sus relaciones familiares y vínculos con sus hijos o hijas, en igualdad con las mujeres y en procura del bienestar de las personas menores de edad. Las licencias de paternidad es un tema que ha ido avanzando en materia de derechos igualitarios entre progenitores, pero especialmente atendiendo el interés superior del menor. La licencia de paternidad constituye el permiso que el patrono otorga al padre con el fin de que pueda pasar tiempo con su hijo recién nacido e involucrarse en su cuidado. En ese sentido, el artículo 95, inciso b), del Código de Trabajo en su Reforma Procesal Laboral, dice:

"(...) b) A los padres biológicos se les otorgará una licencia de paternidad de dos días por semana durante las primeras cuatro semanas a partir del nacimiento de su hijo o hija; la persona empleadora estará en la obligación de conceder permiso al padre para compartir con su hijo o hija recién nacido y contribuir con su cuidado dentro de los parámetros de dicha licencia. En caso de que esta disposición no se le respete al padre biológico en su trabajo, la parte patronal incurrirá en una falta grave al contrato laboral y, además, deberá retribuir al trabajador en todos los extremos laborales que corresponde según la ley, y agregar a la indemnización la suma de seis salarios.

c) En el caso de muerte materna en el parto o durante la licencia, cuyo niño o niña haya sobrevivido, el padre biológico tendrá derecho a una licencia especial posparto, cuya beneficiaria era la madre fallecida. El padre del niño o niña recién nacido deberá comprometerse a hacerse cargo de la persona recién nacida; en ausencia del padre o que este no se comprometa a hacerse cargo de la persona menor de edad, se concederá esta licencia especial a la persona trabajadora que demuestre que se hará cargo del niño o la niña recién nacido. El PANI deberá colaborar de forma expedita en este trámite y otorgar una resolución certificada para estos efectos a la persona que se va a hacer cargo de la persona recién nacida y así lo solicite.

Durante la licencia, el sistema de pago de este subsidio se regirá según lo dispuesto por la Caja Costarricense de Seguro Social en su normativa sobre el “Riesgo de Maternidad”, la licencia de maternidad y las licencias especiales contempladas en este artículo. El pago de esta licencia deberá computarse para los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo (...).”

Precisamente, es a partir de dicha reforma, que se crearon otras licencias especiales, como la de adopción individual o conjunta, así como la licencia especial posparto, la cual será otorgada al padre biológico en caso de muerte materna en el parto o durante la licencia”.

De otro lado, en la sentencia nro. 2016014278 de las 11:12 horas del 30 de setiembre de 2016, relativa a un recurso de amparo interpuesto porque el patrono se rehusaba a concederle un permiso al padre para permanecer con su esposa y su hija recién adoptada, la Sala Constitucional declaró que tal denegatoria configuraba una discriminación injustificada a causa del género y una restricción ilegítima de la protección a la familia, así como una lesión al instituto del interés superior del niño:

“III.- Esta Sala en la resolución 2016008464 de las 9:05 horas del 22 de junio de 2016, la Sala entró a conocer la acción de inconstitucionalidad promovida por [Nombre 001], mayor, portador de la cédula de identidad [Valor 003] y [Nombre 007], mayor, portadora de la cédula de identidad número [Valor 002], ambos vecinos de La Perla de Guácimo, Limón, contra las frases que refieren a “(...) la servidora (...)” y “(...)La interesada(...)” contenidas en el artículo 57, inciso d), del Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Seguridad Pública. No. 24896-SP, y (sic) indicó lo siguiente:

“I.- CUESTIÓN PRELIMINAR. En el recurso de amparo que se cita como base de esta acción se discute la lesión a la protección a la familia y el interés superior del menor de edad así como al artículo 33 de la Constitución Política. Se alega que el Ministerio de Seguridad Pública negó el permiso gestionado por el accionante [Nombre 001] a efectos de permanecer 3 meses con su esposa y su hija adoptada.

II.- SOBRE LA ADMISIBILIDAD. Los accionantes impugnan las frases “(...) la servidora (...)” y “(...)La interesada(...)” contenidas en el artículo 57, inciso d), del Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Seguridad Pública. No. 24896-SP. No obstante, a partir de los informes recibidos y revisado el “Sistema Costarricense de Información Jurídica” se comprobó que ese Decreto fue reformado por el artículo 5o. del Decreto Ejecutivo No. 39329 del 9 de noviembre de 2015 que modificó ese artículo, así como otros del mismo Reglamento. La reforma -realizada antes de que el accionante [Nombre 001] presentada la solicitud de licencia- tuvo como objeto adecuar ese Reglamento de manera que pueda tutelar los derechos de las personas sexualmente diversas y erradicar su discriminación. Así las cosas, al momento de presentar la solicitud de licencia ya el artículo 57 impugnado había sido reformado y el nuevo texto permite aplicar la disposición a personas de cualquier género. Por esto, resulta innecesario y carente de interés actual que la Sala se pronuncie sobre el fondo del asunto por lo que procede su rechazo de plano. Por tanto: Se rechaza de plano la acción”.

IV.- Después de analizar los elementos probatorios aportados este Tribunal verifica la lesión a la protección a la familia y el interés superior del menor de edad así como al artículo 33 de la Constitución Política. Del informe rendido por el representante de la autoridad recurrida -que se tiene dado bajo fe de juramento con las consecuencias, incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley que rige esta Jurisdicción- y la prueba aportada para la resolución del asunto ha sido debidamente acreditado que [Nombre 001], se encuentra nombrado en propiedad en el Ministerio de Seguridad Pública, desde el 3 de julio del 2001, en el puesto número 53981, clase Oficial Uno Apoyo Legal, destacado en la Dirección Regional Doceava Caribe. Por resolución 8-2016 del Departamento de Adopciones del PANI, a las 9:10 horas del 2 de febrero de 2016, el Patronato Nacional de la Infancia, PANI le entregó a [Nombre 001], y a [Nombre 007], ambos cónyuges, la guarda de la niña [Nombre 016], mientras se completan los procesos administrativo y judicial para la adopción. El 3 de febrero del 2016, el accionante presentó ante la Encargada de Personal de la

Dirección Regional Doceava Caribe el trámite de licencia por adopción, gestión que fue rechazada por las autoridades del Ministerio de Seguridad Pública al considerar que la licencia que establece el Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Seguridad Pública artículo 57, es sólo para mujeres, razón por la cual no podía tramitar dicha solicitud de licencia con goce de salario por tres meses por adopción. Esta Sala en la resolución 2016008464 de las 9:05 horas del 22 de junio de 2016, la Sala entró a conocer la acción de inconstitucionalidad promovida por [Nombre 001], mayor, portador de la cédula de identidad [Valor 003] y [Nombre 007], mayor, portadora de la cédula de identidad número [Valor 002], ambos vecinos de La Perla de Guácimo, Limón, contra las frases que refieren a "(...) la servidora (...)" y "(...) La interesada(...)" contenidas en el artículo 57, inciso d), del Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Seguridad Pública. No. 24896-SP, y (sic) indicó lo siguiente: "I.- CUESTIÓN PRELIMINAR. En el recurso de amparo que se cita como base de esta acción se discute la lesión a la protección a la familia y el interés superior del menor de edad así como al artículo 33 de la Constitución Política. Se alega que el Ministerio de Seguridad Pública negó el permiso gestionado por el accionante [Nombre 001] a efectos de permanecer 3 meses con su esposa y su hija adoptada. II.-SOBRE LA ADMISIBILIDAD. Los accionantes impugnan las frases "(...) la servidora (...)" y "(...)La interesada(...)" contenidas en el artículo 57, inciso d), del Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Seguridad Pública. No. 24896-SP. No obstante, a partir de los informes recibidos y revisado el "Sistema Costarricense de Información Jurídica" se comprobó que ese Decreto fue reformado por el artículo 5o. del Decreto Ejecutivo No. 39329 del 9 de noviembre de 2015 que modificó ese artículo, así como otros del mismo Reglamento. La reforma -realizada antes de que el accionante [Nombre 001] presentada la solicitud de licencia- tuvo como objeto adecuar ese Reglamento de manera que pueda tutelar los derechos de las personas sexualmente diversas y erradicar su discriminación. Así las cosas, al momento de presentar la solicitud de licencia ya el artículo 57 impugnado había sido reformado y el nuevo texto permite aplicar la disposición a personas de cualquier género. Por esto, resulta innecesario y carente de interés actual que la Sala se pronuncie sobre el fondo del asunto por lo que procede su rechazo de plano. Por tanto: Se rechaza de plano la acción".

De lo anterior, la Sala comprueba que la solicitud formulada por el accionante para obtener la licencia con goce de salario por tres meses por motivo de adopción, incoada ante las autoridades del Ministerio de Seguridad Pública, fue rechazada bajo el argumento de que el artículo 57 del Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Seguridad Pública era sólo aplicable a las mujeres. En este sentido tenemos que la norma indicaba lo siguiente: "Artículo 57º- De las licencias con goce de salario. Se establecen como casos de excepción al artículo anterior, los siguientes de manera que el servidor disfrutará de licencia con goce de salario. (...) d) Cuando la servidora adopte un menor de edad, tendrá derecho a una licencia especial de tres meses, para que ambos tengan un período de adaptación. El descanso se iniciará al día inmediato siguiente a partir de la entrega del menor. La interesada debe presentar certificación del Patronato Nacional de la Infancia o del Juzgado de Familia en que consten los trámites de adopción". De manera que la petición formulada fue negada en razón del género del funcionario del Ministerio de Seguridad Pública. Nótese que la Sala al conocer de la acción de inconstitucionalidad expediente número 16-004667-0007-CO, comprobó que esa normativa fue reformada por el artículo 5o. del Decreto Ejecutivo No. 39329 del 9 de noviembre de 2015 - reforma tuvo como objeto adecuar ese Reglamento y ampliarlo para resguardar los derechos de las personas sexualmente diversas y erradicar su discriminación-. De manera que el texto actual dice lo siguiente: "Artículo 57.-De las licencias con goce de salario. Se establecen como casos de excepción al artículo anterior, los siguientes de manera que el servidor disfrutará de licencia con goce de salario.

(...) d) Cuando el servidor adopte un menor de edad, tendrá derecho a una licencia especial de tres meses, para que ambos tengan un período de adaptación. El descanso se iniciará al día inmediato siguiente a partir de la entrega del menor. El interesado debe presentar certificación del Patronato

Nacional de la Infancia o del Juzgado de Familia en que consten los trámites de adopción. (Así reformado el inciso d) anterior por el artículo 5° del decreto ejecutivo N° 39326 del 9 de noviembre del 2015)". De lo expuesto, se concluye que la Administración resolvió la gestión del amparado negando el permiso en razón de su género, lo cual resulta discriminatorio, y con base en una normativa que no estaba vigente, con el agravante de que se restringió de forma ilegítima la protección a la familia y el interés superior del menor de edad así como al artículo 33 de la Constitución Política. En consecuencia, lo procedente es declarar con lugar el recurso" (la negrita no es del original).

De importancia para la resolución del sub examine también resulta la sentencia nro. 2016015127 de las 12:02 horas del 15 de octubre de 2016, en la que este Tribunal resolvió un recurso de amparo interpuesto por un padre, quien había gestionado que se le otorgara una licencia por maternidad ante el fallecimiento de la madre de su hija en el parto. En aquella ocasión, la Sala estableció que, aun cuando la literalidad del ordinal 95 del Código de Trabajo solo había previsto la licencia por maternidad expresamente a favor de la trabajadora embarazada, no menos cierto es que el asunto debía analizarse en atención a la ratio iuris de la norma, del interés superior del niño y del principio de equidad, a partir de lo cual consideró plausible interpretar tal norma en procura de una solución más justa y humana, lo que implicó ordenarle a la autoridad recurrida concederle al amparado la licencia por maternidad pretendida. De este modo, en ese pronunciamiento se resolvió:

"III.- Sobre el fondo. De las pruebas allegadas a los autos, se tiene que en el sub examine, el amparado solicitó a la CCSS que en su caso aplicara la licencia por maternidad dispuesta para las mujeres trabajadoras embarazadas, toda vez que la madre de su hija murió en el parto y él debía entonces asumir en su totalidad el cuidado y protección de la menor. La autoridad recurrida, por su parte, señaló que la licencia solo está contemplada para la madre, por lo que únicamente procedía concederle al petente una licencia de tipo extraordinario para el cuidado de la menor. Ahora, dicha licencia implica el pago de tan solo el 60% del salario, lo que el accionante estima lesiona sus derechos, por colocarlo en una situación de desigualdad y desventaja para atender a su hija.

Al respecto, es bien conocido que la licencia por maternidad, la cual abarca 1 mes previo y 3 meses después del parto, tiene como fin garantizar no solo el reposo necesario que requiere la madre en el último periodo de gestación y resguardar la lactancia materna oportuna para el menor, sino también afianzar, en una etapa inmediata posterior a su nacimiento, los vínculos afectivos del niño con la madre, como ha sido lo tradicional.

No obstante, la evolución social ha venido a patrocinar cambios en esa visión tradicional, cada día más anacrónica. Así, en la sentencia No. 201614278 de las 11:12 horas del 30 de setiembre de 2016, la Sala calificó como inconstitucional que a un hombre, quien había adoptado a un menor, se negara una licencia especial de tres meses para el periodo de adaptación por razones equivocadas de género, lo que resultaba discriminatorio y contrario al interés superior del menor.

En el sub examine, atinente a la licencia por maternidad, ciertamente, el numeral 95 del Código de Trabajo alude de modo expreso a la trabajadora embarazada como beneficiaria de la misma. Sin embargo, el sub giudice reviste particularidades que ameritan una interpretación distinta, sobre todo porque la ratio iuris de tal disposición, en atención al Interés Superior del Menor, le impone a la Administración la obligación de aplicar dicha norma de modo que maximice su capacidad protectora respecto del niño. Lo anterior implica amparar, en este caso, al padre de la menor, dado que es el único progenitor supérstite con posibilidades de suplir el vacío tan importante que al morir dejó la madre de la criatura. Esta interpretación, lejos de contrariar al ordenamiento jurídico, constituye una aplicación armoniosa y consecuente con la protección que establece el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (vigente desde el 9 de agosto de 1990), según el cual en

todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Dicho interés es un concepto complejo, prioritario, transversal y adaptable, que atiende al reconocimiento de los niños como titulares de derechos. De este modo, en su Observación General N° 14 (2013), el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas desarrolla la triple faceta que jurídicamente caracteriza al interés superior del niño como: “ a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos” (párr. 6).

La antedicha Observación General N°14 explica que el carácter primordial del interés superior del niño implica que este “no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses.” (párr.37).

En este sentido, el objetivo del artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño consiste en velar por que el interés superior del menor se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con este. Esto significa que en cualquier medida – es decir no solo en las decisiones, sino también en todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas- que tengan relación con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a la que se atenderá (párr. 17). Al respecto, conviene destacar que esto incluye tanto las medidas y decisiones relacionadas directamente con un niño, un grupo de niños o los niños en general, así como otras que repercutan en uno o varios menores, aunque la medida no vaya dirigida directamente a ellos (párr. 19).

Asimismo, del artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño se desprende una serie de obligaciones para los Estados miembros, en función del interés superior del menor. Entre estas se encuentran las de “garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños; velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el

interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión” (párr.14); “ examinar y, en su caso, modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho para incorporar el artículo 3, párrafo 1, y velar por que el requisito de que se tenga en cuenta el interés superior del niño se recoja y aplique en todas las leyes y reglamentos nacionales, la legislación provincial o territorial, las normas que rigen el funcionamiento de las instituciones públicas o privadas que prestan servicios relacionados con los niños o que repercuten en ellos, y los procedimientos judiciales y administrativos a todos los niveles, como un derecho sustantivo y una norma de procedimiento; establecer mecanismos y procedimientos de denuncia, curso o reparación con el fin de dar plenos efectos al derecho del niño a que su interés superior se integre debidamente y se aplique de manera sistemática en todas las medidas de ejecución y procedimientos administrativos y judiciales relacionados con él o que le afecten” (párr. 15); “establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan” (párr 87). Ahora bien, en relación con la evaluación del interés superior del niño, esta “debe tener en cuenta su seguridad, es decir, el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental (art. 19), el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes así como contra la explotación sexual y económica y otras formas de explotación, los estupefacientes, la explotación laboral, los conflictos armados, etc. (arts. 32 a 39).” (párr. 73)

Conforme a este panorama, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es claro al disponer la obligación de los Estados de atender al interés superior del niño como consideración primordial en todas las decisiones y medidas atinentes a este. En consonancia con lo anterior, el ordinal 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone como obligación de los Estados Partes, el adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en dicha Convención.

Precisamente, en la especie, las autoridades recurridas deban aplicar el instituto del Interés Superior del Niño, tanto como principio y como derecho convencional, amparados, además, en el ordinal 51 de la Constitución Política que estatuye una protección especial en beneficio, entre otras, de la población menor de edad.

Así las cosas, en el caso concreto resulta irrazonable que a la menor amparada se le desproteja negándole la licencia por maternidad al recurrente, a pesar de que el mismo es el único progenitor y cuidador vivo que la puede atender, cuando, más bien, con base en la ratio iuris del artículo 95 del Código de Trabajo y el Principio de Equidad, resulta plausible interpretar la norma acorde al interés superior del niño, en procura de una solución justa y humana en el caso concreto, atendiendo para tales efectos a las circunstancias particulares del mismo y con el fin de optar con la resolución que más beneficie a la menor afectada, quien depende económicamente del tutelado y requiere fortalecer el lazo afectivo estrecho con el único progenitor vivo.

Precisamente, en atención al Principio General de Equidad, ha interpretado este Tribunal que:

“Si en términos muy amplios la justicia es dar a cada uno según sus méritos, la equidad es juris legitimi enmendatio (legítima corrección del derecho), según Aristóteles. Un siglo de legalismo y de justicia puramente formalista ha mostrado los serios inconvenientes que le son consustanciales; por eso han surgido en esta época diversos movimientos enderezados contra la rigidez del imperio de la norma genérica y abstracta y en favor de la consideración de los elementos individualísimos que definen cada caso como una entidad irreducible a las demás’ (Ver Legaz y Lacambra, Luis, Filosofía del Derecho. Editorial Bosch, Barcelona, 1953, pág. 464)” (sentencia N° 2014012897 de las 14:45 horas del 8 de agosto de 2015)

“Por otro lado, la equidad, en tanto técnica de aplicación de la ley a situaciones especiales, significa la epiqueya que hacen los jueces de manera que el “rostro humano” del Derecho prevalezca sobre consideraciones puramente rígidas o formalistas, según las circunstancias del caso concreto. Es un criterio de valoración del derecho que busca la adecuación de las normas y las decisiones jurídicas