

Jueves 20 de diciembre de 2006, n. 244

*Corte Suprema de Justicia*  
SALA CONSTITUCIONAL

Res. N° 2003-11928.—Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.—San José, a las catorce horas treinta y tres minutos del veintitrés de octubre de dos mil tres. Expediente N° 01-010121-0007-CO.

Acción de inconstitucionalidad promovida por Lenín Ernesto Sancho Fallas, mayor, estudiante, soltero, vecino de San José, portador de la cédula de identidad número uno-mil treinta y uno-ochocientos noventa y seis; contra el artículo 5º, inciso a) de la Ley de Pensiones de Hacienda número 148 del veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y tres. Intervinieron también en el proceso Roy Thompson Chacón, Director Nacional de Pensiones y Farid Beirute Brenes, en representación de la Procuraduría General de la República.

**Resultando:**

1º—Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las catorce horas diecisiete minutos del doce de octubre del dos mil uno, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 5º, inciso primero de la Ley de Pensiones de Hacienda N° 148 del veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y tres y de la resolución de la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo N° R-DE-PS-DNP-NRE-0936-2001 de las diecisiete horas veinticinco minutos del tres de julio del año dos mil uno. Señala que plantea la acción para defender sus intereses en el recurso de amparo tramitado con el número de expediente N° 01-009082-0007-CO, donde se le dio plazo para interponer la acción. Afirma que la disposición legal cuestionada establece una discriminación odiosa por razón del sexo y con ello viola el principio de igualdad establecido en el artículo 33 de la Constitución Política, dándole de por vida a las mujeres no casadas el derecho a toda o a una proporción de la pensión de sus padres fallecidos, mientras que a los hombres los priva de ese derecho al cumplir la mayoría de edad independientemente de si estudia o no. El Código de Familia en su artículo 173, inciso 5), así modificado por la Ley 7654 del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis, establece que los hijos, sin hacer alusión al género, tendrán derecho a ser alimentados hasta cumplir veinticinco años de edad siempre y cuando se encuentren estudiando, lo cual es un acto de protección a la familia. El artículo 33 de la Constitución Política establece que todo hombre es igual ante la ley y que no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. El artículo 5 inciso primero de la Ley de Pensiones de Hacienda, explica que tendrán derecho a la parte proporcional de la pensión del funcionario fallecido, la viuda, las hijas mientras permanezcan solteras, los hijos hasta los dieciocho años, los impedidos o incapaces durante toda su vida y la madre cuando vivía a expensas del fallecido. El artículo 51 de la Constitución Política define a la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, razón por la cual tiene derecho a la protección del Estado. La norma impugnada, al establecer una discriminación le niega el derecho a percibir un monto por el cual su madre trabajó toda la vida, además le quita el sustento, ya que esa pensión era la que su madre utilizaba para mantenerlos. Se infringe además el principio de legalidad porque la resolución de la Dirección de Pensiones viola lo dispuesto en el artículo 173 inciso 5) del Código de Familia y se aparta de la Constitución al no cumplir con el principio consagrado en el artículo 51.

2º—A efecto de fundamentar la legitimación que ostenta para promover esta acción de inconstitucionalidad, señala que la Sala le otorgó plazo para interponerla dentro del recurso de amparo número 01-009082-0007-CO.

3º—Por resolución de las nueve horas quince minutos del dieciocho de octubre de dos mil uno (visible a folio 16 del expediente), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República y a la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo.

4º—La Procuraduría General de la República señaló en su informe agregado a folios 23 a 42 del expediente lo siguiente. En cuanto a la legitimación del accionante, indica que la misma proviene del recurso de amparo que se tramita en esta Sala bajo el expediente N° 01-009082-0007-CO, proceso en el cual este Tribunal le otorgó al recurrente el plazo que establece el artículo 48, en relación con el 30 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para formalizar la acción de inconstitucionalidad, según consta en la resolución de esta Sala de las 16:42 horas de 17 de setiembre del 2001. En cuanto al fondo, afirma que junto con el principio constitucional de igualdad jurídico formal, está el principio de igualdad material o real, también de rango constitucional, en virtud del cual le es permitido al legislador discriminar a favor de sectores o grupos de la población socialmente desiguales. Señala que el presupuesto de partida es una situación fáctica de desigualdad social y económica que el legislador valora negativamente y frente a la cual discrimina a favor del grupo o sector social que la sufre, con el propósito de crear condiciones jurídicas que ayuden a superarla. En tales casos, se produce una desigualdad en la ley y no en la aplicación de ésta. Señala que es en la ley misma, en su contenido, en donde reside la desigualdad, que de entrada puede mostrarse como un acto normativo contrario al principio de igualdad jurídico formal, pero que tiene fundamento constitucional en el principio de igualdad material que la jurisprudencia de este Tribunal ha desarrollado a partir del numeral 33 de la Constitución Política. Señala que como todo acto de los poderes públicos, el acto normativo que establece una situación jurídica desigual a favor de grupos o sectores sociales determinados, con base en el principio constitucional de igualdad material, debe ser un acto proporcional y razonable. Ahora bien, la proporcionalidad y razonabilidad de la desigualdad establecida en la ley están ligadas al fin que ésta persigue, esto es, a la corrección o compensación de la desigualdad fáctica. Las desigualdades materiales que tienen como base el género y que han implicado para la mujer sufrir condiciones de desventaja frente al hombre, son del tipo que fundamentan la adopción de normas compensatorias o correctivas como las señaladas. De conformidad con lo anterior, la proporcionalidad y razonabilidad de aquellas desigualdades normativamente establecidas para favorecer a la mujer están relacionadas o ligadas a la creación de oportunidades que compensen y, eventualmente, eliminen tales desigualdades. Esta es su finalidad, directamente ligada a la dignidad humana como valor, que comprende el de la igualdad entre los seres humanos. Manifiesta que hay condiciones fácticas que implican para un determinado grupo social desigualdad de oportunidades, siendo que el propósito de la legislación es procurar la igualdad real o material, nivelar la situación y asegurar la igualdad de oportunidades, para lo cual establece condiciones jurídicas específicas y particulares para ese grupo que dan lugar a distinciones en relación con otros grupos de la sociedad que, en razón de su adecuación al fin que persigue, son constitucionalmente legítimas. Alega que dado el carácter correctivo de estas normas, suelen ser transitorias, no en el sentido de su eficacia que la tendrá mientras no sea derogada o anulada, excepto que la propia norma establezca un plazo o exija determinadas condiciones para su aplicación, sino en el sentido de que, en la medida en que la realidad social que la motiva se modifica y se pierde esa adecuación al fin que persigue, la distinción que la norma crea deja de ser razonable y proporcional, por que lo termina siendo inconstitucional. Considera que el artículo 5, inciso a) de la Ley de Pensiones de Hacienda número 148 de 23 de agosto de 1943, al regular los requisitos exigidos a los hijos de los funcionarios o empleados a que hace referencia dicha Ley, para disfrutar de una pensión equivalente al cincuenta por ciento del monto que le hubiese correspondido a aquél, establece una clara distinción entre hombres y mujeres. La distinción consiste en que los hombres tienen como límite de edad para obtener ese derecho los dieciocho años, mientras que las mujeres no, pues éstas pueden disfrutar de tal derecho mientras permanezcan solteras. Es decir, la ley establece condiciones distintas para acceder al derecho a una pensión entre hombres y mujeres, ya que, para los hombres, utiliza el criterio de la edad y exige que sea inferior a los dieciocho años, pero, para las mujeres, utiliza el criterio del estado civil y exige la soltería. La ley establece un tratamiento desigual con relación a los dos criterios utilizados para permitir el disfrute del derecho a una pensión. Desde el punto de vista de los hombres, la desigualdad consiste en que las mujeres no tienen límite de edad y que, mientras permanezcan solteras, no pierden ese derecho. Desde el punto de vista de las mujeres, la desigualdad consiste en que los hombres no pierden ese derecho aunque contraigan nupcias en las condiciones del artículo 16, inciso 1), del

Código de Familia, es decir, antes de haber cumplido los dieciocho años. Señala que la distinción no coloca al hombre, necesariamente, en una situación de desventaja, aunque pudiera decirse que la hipótesis contemplada por el artículo 16, inciso 1) del Código de Familia, es la menos probable frente a la posibilidad de que una mujer contraiga nupcias pasados los dieciocho años. Aún así, esta circunstancia le otorga a la mujer una situación más favorable que al hombre. Es decir, el que no se utilice en su caso el criterio de la edad puede ser tomado como una distinción que crea una situación más favorable para la mujer en relación con el hombre, que ve perdido tal derecho cuando cumple los dieciocho años, si lo obtuvo antes, o no lo puede obtener del todo si sobre pasa esa edad. En todo caso, dicha distinción tuvo su justificación y validación constitucional en razón del principio de igualdad material, al momento de promulgarse la ley que la contiene. Aunque no se desprende así de las actas del Congreso cuando se discutió y aprobó dicha ley, es razonable pensar que el no imponer un límite de edad en relación con las mujeres obedecía a la constatación de que, en relación con los hombres, las mujeres carecían de oportunidades económicas que les permitieran tener medios de subsistencia suficientes como para prescindir de la pensión a una edad en que podría suponerse se incorporarían al mercado laboral, como si ocurría con los hombres. De allí que el criterio utilizado fuese el del estado civil en relación con las mujeres, pues se suponía que, con el matrimonio, las necesidades económicas de las mujeres estaban satisfechas. En ambos casos, como resulta claro, el espíritu de la norma es que los hijos del pensionado disfrutaran de un ingreso mientras no pudieran procurárselo por sí mismos. Es decir, lo que se pretendía es que la pensión que había logrado el empleado o funcionario beneficiario, en la medida en que era el sustento de para su familia, sirviera a esa finalidad aún después del fallecimiento de éste, como una prolongación de los beneficios que tal derecho supone. Como la pensión se paga con fondos limitados, había que utilizar un criterio para decidir a partir de qué momento ya el beneficiario podía valerse por sí mismo. En principio, para determinar una circunstancia así, el criterio de la edad resulta razonable, pues hay un momento en que las personas ya pueden incorporarse al mercado laboral y procurarse ingresos económicos. Lo que sucedió es que, dada la realidad sociológica del momento, es razonable pensar que el legislador consideró que ello implicaba un trato diferente entre hombres y mujeres. En otras palabras, dado que las mujeres tenían menos posibilidades que los hombres para procurarse ingresos económicos, resultaba razonable y proporcional no imponer un límite de edad en el caso de éstas, sino establecer como condición para la pérdida del derecho a la pensión, el contraer matrimonio. A partir de lo anterior, considera la Procuraduría que, en principio, la legitimidad constitucional de la distinción se mantiene, sin embargo, una modificación de los aspectos materiales que motivaron la distinción compromete la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. Sin embargo, esto quiere decir que la desaparición de la distinción sólo puede darse en un sentido: equiparando formalmente la situación de la mujer con la del hombre. Esto es, imponiendo el mismo límite de edad para ambos y eliminando el criterio del estado civil para el caso de las mujeres. Es razonable pensar que la variación de la realidad sociológica que justificó en su momento la distinción y que justificaría actualmente la eliminación de esa distinción, por innecesaria, iría en el sentido de que las mujeres han visto aumentadas las posibilidades de trabajo, es decir, que hay una mayor incorporación de las mujeres al mercado laboral. Si no es así, mantener la distinción se justifica y es constitucionalmente legítima. Proceder al contrario, es decir, equiparando la situación del hombre con la de la mujer, eliminando el límite de la edad y estableciendo el del estado civil, no es razonable ni proporcional, además de absurdo y contradictorio en relación con el estado civil, porque se le eliminaría un ingreso al hombre precisamente cuando aumentan sus necesidades. Pero resultaría irrazonable y desproporcional porque, en primer lugar, crearía una situación financieramente comprometida, contraria al principio pro fondo, y, en segundo lugar, porque permitiría el disfrute de la pensión a personas que eventualmente pueden procurarse sus ingresos. Precisamente, si esto último es lo que actualmente está sucediendo con las mujeres, la distinción es irrazonable y desproporcionada, y lo procedente es imponer un límite de edad. Ahora bien, la demanda de que los hijos e hijas de los pensionados dentro del régimen de Hacienda deben disfrutar de una pensión mientras estudian, aunque hayan alcanzado la mayoría de edad, porque ello forma parte del derecho que obtuvieron los pensionados, puede ser justificada y una solución normativa como la que establece el artículo 173, inciso 5) del Código de Familia, sería la más adecuada. No obstante lo anterior, resolver esto implica legislar positivamente y ello es potestad exclusiva del Poder Legislativo. En razón de lo dicho hasta ahora, y aunque la Ley de Pensiones de Hacienda es anterior al texto constitucional que estableció el principio contenido en el artículo 51, bien puede sostenerse que lo regulado en el artículo 5, inciso a) de esa ley, tiende a la protección de la familia. Después de todo, lo que se pretende con esa norma es que la pensión se mantenga como ingreso de la familia aún después de la muerte del pensionado. Desde el punto de vista anterior, no encuentra el Órgano Asesor que lo establecido en la norma impugnada atente contra ese principio. En ese sentido, los reparos hechos al numeral citado en razón de la distinción que la norma establece entre hombres y mujeres,

no quebranta el principio contenido en el artículo 51 constitucional porque la distinción tiene como finalidad solventar una desigualdad fáctica y ello es un fin que la Constitución también impone al Estado y que, como tal, se desprende de la dignidad humana y la igualdad como valores constitucionales contenidos en el artículo 33 de la Constitución Política. Finalmente, en lo que tiene que ver con el principio de legalidad garantizado en el artículo 11 constitucional, este Órgano Asesor considera que el artículo impugnado no lo quebranta. Considera que la aplicación de artículo 5, inciso a) de la Ley de Pensiones de Hacienda, no supone, en sí misma, una actuación arbitraria del Estado, en particular de la Administración Pública. Como se ha analizado ya, dicha norma no es inconstitucional en razón de la distinción que establece entre hombres y mujeres. Alega que la Dirección Nacional de Pensiones tiene que actuar sometida a lo que dispone la ley y otorgar o denegar una determinada pensión, según los requisitos que aquella establece. Si en la resolución de los casos concretos debe aplicar lo que dispone la norma impugnada o lo que establece el artículo 173 inciso 5) del Código de Familia, es un asunto de mera legalidad que corresponde resolverlo a la jurisdicción ordinaria, una vez agotada la vía administrativa. En cualquier caso, lo alegado no es propio del control de la constitucionalidad de las normas, sino de su aplicación a casos concretos que, de afectar el principio establecido en el artículo 11 constitucional, debe resolverse en la vía de amparo. A manera de síntesis, la Procuraduría recomienda desestimar esta acción con base en las siguientes consideraciones: La legitimidad constitucional de la distinción descansa en que hay una desigualdad fáctica en relación con las posibilidades de procurarse ingresos propios entre hombres y mujeres, que debe ser compensada en aras de la dignidad humana y la igualdad como valores constitucionales. En principio, dicha legitimidad se mantiene, sin embargo una modificación de los aspectos materiales que motivaron la distinción comprometería la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, caso en el cual la distinción debería desaparecer equiparando formalmente la situación de la mujer con la del hombre, esto es, imponiendo el mismo límite de edad para ambos y eliminando el criterio del estado civil para el caso de las mujeres. Señala que aunque la Ley de Pensiones de Hacienda es anterior al texto constitucional que estableció dicho principio, contenido en el artículo 51 constitucional, lo cierto es lo regulado en el artículo 5, inciso a) de esa ley, tiende a la protección de la familia. Lo que se pretende con esa norma es que la pensión se mantenga como ingreso de la familia aún después de la muerte del pensionado. La aplicación de artículo 5, inciso a) de la Ley de Pensiones de Hacienda, no supone, en sí misma, una actuación arbitraria del Estado, en particular de la Administración Pública pues esta debe actuar de conformidad con lo que establece el Ordenamiento Jurídico y si la norma a aplicar para otorgar o denegar pensiones cuando se trata de los hijos e hijas de los pensionados fallecidos es la que dispone el artículo impugnado o el artículo 173, inciso 5) del Código de Familia, es un asunto de mera legalidad.

5º—El señor Roy Thompson Chacón, en su calidad de Director Nacional de Pensiones contesta a folio 43 la audiencia concedida, manifestando que la norma impugnada es un claro reflejo de la consideración que a ese momento se tenía sobre la mujer y especialmente a las hijas solteras mayores de edad. Informa que la Dirección ha venido otorgando o denegando las solicitudes con fundamento en esa normativa pues actualmente se encuentra vigente. Considera que la ley establece una clara diferencia para efectos de pensión entre el hombre y la mujer, lo cual es una consideración propia de la época en que fue emitida la norma por lo que constituye una discriminación odiosa sin fundamento. Por lo anterior, considera que tanto para el caso de la hija como para el caso del hijo debe otorgarse el beneficio jubilatorio hasta los dieciocho años, excepto en los casos de incapacidad o impedimento, lo cual debe aplicarse también a la pensión de la viuda y el viudo. Solicita que se acoja la presente acción.

6º—Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los Nos. 211, 212 y 213 del *Boletín Judicial*, de los días dos, cinco y seis de noviembre de dos mil uno (folio 22).

7º—La audiencia oral y pública prevista en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional no se celebró por considerar esta Sala que los elementos de juicio contenidos en el expediente son suficientes para la resolución de esta acción.

8º—En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el magistrado Vargas Benavides; y,

**Considerando:**

I.—Sobre la legitimación. El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional regula los presupuestos que determinan la admisibilidad de las acciones de inconstitucionalidad, exigiendo la existencia de un asunto pendiente de resolver en sede administrativa o judicial en el que se invoque la inconstitucionalidad, requisito que no es necesario en los casos de excepción previstos en los párrafos segundo y tercero de ese artículo, es decir, que por la naturaleza de la norma no haya lesión individual o directa; que se fundamente en la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, o que sea presentada por el Procurador General de la República, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República o el Defensor de los Habitantes, en estos últimos casos, dentro de sus respectivas esferas competenciales. En el caso concreto considera esta Sala que de conformidad con el párrafo primero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el accionante se encuentra legitimado para interponer la presente acción de inconstitucionalidad, al tener como asunto previo el recurso de amparo que se tramita en esta Sala bajo expediente número 01-009082-0007-CO. Así las cosas, la legitimación de la Asociación accionante resulta suficiente.

II.—Objeto de la acción. La presente acción se encuentra dirigida a atacar la validez del artículo 5 inciso a) de la Ley de Pensiones de Hacienda, número 148 del veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, cuyo texto reza lo siguiente:

“Artículo 5º—En los casos de fallecimiento de los funcionarios o empleados a que se refiere esta ley, se observarán las siguientes reglas:

a) Si devengaba sueldo al tiempo de la muerte, y había servido más de diez años, pero menos de treinta, la viuda, las hijas mientras permanezcan solteras, los hijos hasta los dieciocho años, los impedidos o incapaces durante toda su vida y la madre cuando vivía a expensas del fallecido, tendrán derecho al 50% de la pensión que le hubiera correspondido a éste;

(...)” (La negrita no forma parte del original)

Dicha norma se impugna por cuanto a criterio del recurrente establece una diferencia de trato entre hijos e hijas en razón del sexo y de la edad, que constituye una discriminación odiosa contraria a lo dispuesto en el numeral 33 de la Constitución Política, por cuanto mientras a las mujeres se les otorga el derecho a la pensión a cualquier edad mientras permanezcan solteras, los hombres no pueden hacerse acreedores de dicho beneficio después de los dieciocho años.

III.—Sobre el fondo. A partir del principio de igualdad contemplado en el artículo 33 de la Constitución Política debe reconocerse que no es posible otorgar un tratamiento diferente a las personas que se encuentran en una misma situación jurídica. Así, la igualdad es ante todo, un límite de la actuación de los poderes públicos y a la vez, un instrumento para combatir la arbitrariedad. Lo anterior por cuanto los poderes públicos pueden crear diferencias entre las personas, pero esas diferencias no pueden estar desprovistas de una justificación objetiva. Esta Sala ha reconocido los alcances de este principio en numerosas oportunidades, señalando:

“...el principio de igualdad no se refiere a la igualdad numérica, que daría lugar a las mayores injusticias, sino a la necesidad de asegurar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en análogas situaciones, de modo que no constituye una regla férrea, porque permite la formación de distingos o categorías, siempre que éstas sean razonables, con exclusión de toda discriminación arbitraria, injusta u hostil contra determinadas personas o categorías de personas”.- El principio de igualdad es ante todo, un límite de la actuación de los poderes públicos, a la vez que instrumento que se coloca en manos de los administrados para combatir la arbitrariedad. Esto es, que los poderes públicos pueden crear diferencias entre las personas, pero no pueden ser el producto de la arbitrariedad.” ... Se dice en la doctrina del Derecho Constitucional que del examen de la norma, su resultado puede ser o bien un trato diferenciador, fundado en una base objetiva y razonable, o por el contrario, un trato discriminatorio, por ser arbitrario. Es condición para que sea un trato desigual admisible, que los supuestos de hecho sean, a su vez, desiguales. Esto es, que las situaciones de hecho en que se encuentran los sujetos, sean diferentes, sobre todo porque el principio de igualdad se viola, cuando se trata desigualmente a los iguales...” (Ver en ese sentido votos número 00336-91, 00337-91, 00464-91 y 01209-91)

De lo anterior, se desprende que el principio de igualdad sólo es lesionado si el tratamiento diferenciado está desprovisto de una justificación objetiva y razonable y la existencia de esa justificación debe apreciarse en relación a la finalidad de la norma. Así las cosas, no toda diferencia entre sujetos es discriminatoria, pues para que ello ocurra debe analizarse un caso determinado a la luz de un término de comparación que debe encontrarse en una situación jurídica idéntica.

IV.—Analizando el caso concreto debe tenerse en consideración que la Ley de Pensiones de Hacienda fue emitida en el año mil novecientos cuarenta y tres, cuando la realidad social de Costa Rica era muy diferente a la existente en la actualidad. Es evidente que la norma impugnada parte de una realidad innegable, donde la mujer en la mayoría de los casos estaba desprovista de las condiciones necesarias para adquirir solvencia económica por sus propios medios, lo cual la hacía dependiente de la figura masculina. Por lo anterior, es claro que el artículo 5 de la Ley mencionada, al otorgar la pensión del régimen de Hacienda a las hijas mientras permanecieran solteras sin importar su edad, lo que pretendía era evitar su desamparo en caso de fallecimiento del padre, de quien se presumía dependía económicamente hasta tanto no contrajera nupcias. De igual forma, al momento de promulgación de la ley en cuestión, el hombre tenía un rol distinto al de la mujer de aquella época, pues era el encargado de proveer casi en forma exclusiva el sustento de su hogar, lo cual lo obligaba a independizarse económicamente desde edades tempranas. A partir de lo anterior, es claro que la norma impugnada en el presente asunto es fiel reflejo de la sociedad donde nació, pues para contrarrestar la condición desfavorable de la mujer de aquella época, el ordenamiento jurídico le dio una protección especial al no encontrarse en igualdad de condiciones con relación al hombre. Ahora bien, debe tenerse en consideración que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta no solamente las circunstancias y necesidades existentes al momento de su promulgación, sino también debe ajustarse a las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación y aplicación, a la luz de los valores y principios constitucionales existentes en la sociedad. Esto es así pues la transformación constante de la vida social, hace necesarias nuevas adaptaciones del ordenamiento jurídico, para evitar que el transcurso del tiempo vaya desactualizando las regulaciones normativas necesarias en un tiempo histórico determinado. Así, una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional y de esta forma debe procurarse que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa. Si esa evolución necesaria en todo orden jurídico no se produce, se genera lo que en doctrina es conocido como inconstitucionalidad sobreviniente, la cual supone el desajuste de la ley con relación a las normas y principios constitucionales de una época determinada. Dicho desajuste es generado por la variación del contenido material de los preceptos constitucionales, pues aun cuando desde el punto de vista formal no se produce cambio alguno, lo cierto es que nuevas interpretaciones de la norma fundamental, hacen que las leyes se desfases y resulten contrarias al Derecho de la Constitución en forma sobreviniente.

V.—Partiendo de lo mencionado hasta aquí, concluye esta Sala que a pesar de que la norma impugnada resultaba acorde con los valores y principios de la sociedad donde nació, lo cierto es que dicha norma ha devenido en inconstitucional por el pasar del tiempo, pues establece una diferencia desprovista de una justificación objetiva dentro de la sociedad actual, donde por un lado se ha disminuido la brecha existente entre hombres y mujeres en cuanto a la capacidad de acceso a los recursos económicos, y por otro, ni uno ni otro escapa de las limitaciones existentes en cuanto a la falta de acceso a esos recursos. Al respecto, debe distinguirse lo que es una situación de simple desigualdad de una situación de discriminación pues en el caso concreto no se trata de un simple trato desigual de los hijos respecto de las hijas, sino que se trata de una discriminación odiosa en la medida de que ambos se encuentran en situaciones de hecho idénticas y sin embargo reciben un trato muy diferente como eventuales beneficiarios de una pensión del régimen de Hacienda.

Es claro que si la finalidad de la norma es proteger a los hijos e hijas de los pensionados de Hacienda que fallecen, esta protección no puede realizarse en forma desigual, pues ambos se encuentran en una situación jurídica idéntica que hace que la diferencia de trato esté desprovista de una justificación objetiva. 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 masculino, y es aquí donde cobra sentido el artículo 33 de la Constitución Política, a partir del cual debe partirse del supuesto de que, tanto hombres como mujeres en su condición de seres humanos, son iguales, y por lo tanto, es prohibido hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas. Así, el principio de igualdad hace que

todas las personas deban ser tratadas igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todas ellas, además de imponerle la obligación de garantizar el ejercicio igualitario y equilibrado de los derechos fundamentales tanto a los hombres como a las mujeres. Partiendo de lo anterior, la norma impugnada no sólo resulta lesiva del principio de igualdad, sino que además, no resulta adecuada para lograr el fin que persigue, cual es no colocar en desamparo económico a las personas que dependen de quien al momento de fallecer es acreedor de una pensión del régimen de Hacienda.

VI.—Ahora bien, dejando en evidencia la existencia de la discriminación apuntada encuentra esta Sala un problema práctico generado por la literalidad de la norma impugnada, el cual se detallará adelante. Previamente debe indicarse 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. Sin embargo, en el caso concreto ninguna de estas soluciones puede ser adoptada pues la redacción de la norma no permite su anulación ni su interpretación, tal como se verá. Según se desprende de la norma impugnada, en ella se regulan varias situaciones para disponer de la sucesión de la pensión de Hacienda, pues reconoce el derecho de la viuda, las hijas, los hijos, los impedidos y los incapaces, siendo que sólo lo referente al derecho de las hijas y de los hijos ha sido impugnado en la presente acción. Así las cosas, si la Sala anulara la porción de la norma que establece la diferencia de trato entre los hijos y las hijas, es claro que se produciría un vacío normativo que dejaría sin regulación ambas situaciones, lo cual evidentemente generaría un caos para la Administración pues no tendría norma alguna que aplicar, además de la situación de incerteza en que se colocaría al administrado al presentar una solicitud de pensión. En ese supuesto entonces, la norma regularía solamente el caso de la viuda, de los impedidos y los incapaces, pues la porción relativa a los hijos y las hijas quedaría sin validez alguna, lo cual como se indicó generaría un problema práctico de dimensiones inimaginables. Por otro lado, si la Sala intentara realizar una interpretación de la norma impugnada para alcanzar un tratamiento uniforme para los hijos y las hijas, nos encontraríamos frente a la pregunta de cuál sería el parámetro correcto que debe establecer la norma. En otras palabras: ¿debe disminuirse la posibilidad de las mujeres de ostentar una pensión de Hacienda a lo largo de su vida mientras permanezcan solteras, estableciendo la edad de dieciocho años como tope máximo al igual que en el caso de los hombres? o por el contrario ¿debe elevarse la condición de los hijos a las de las hijas, permitiendo que éstos reciban la pensión mientras permanezcan solteros?. Evidentemente para determinar cuál de las situaciones es la más conveniente, esta Sala tendría que atribuirse facultades de legislador positivo, lo cual le está vedado a partir del principio de separación de funciones, pues para ampliar o disminuir la cobertura de la norma impugnada se requiere de un desarrollo normativo y de una decisión política ajena a la competencia de este Tribunal. Asimismo, constituye un extremo ajeno a las atribuciones de esta Sala, determinar si debería aplicarse lo dispuesto en el artículo 173 del Código de Familia en cuanto al derecho de recibir alimentos de los menores de veinticinco años mientras se mantengan estudiando, por lo que deberá ser la Asamblea Legislativa como representante de la soberanía popular la que determine la forma en que deberá regularse la situación de las hijas y de los hijos solicitantes de la pensión de Hacienda de sus padres fallecidos, obviamente mediante un trato igualitario pues ambos se encuentran en situaciones de hecho idénticas. Lo anterior, por cuanto la Carta Magna, en cumplimiento del principio de separación de poderes, le ha encomendado a los diferentes órganos fundamentales funciones exclusivas que mal haría esta Sala en arrogarse.

VII.—Así las cosas, a pesar que reconoce esta Sala la existencia de la discriminación apuntada a la luz de los principios y valores de nuestra Constitución, específicamente de lo dispuesto en su artículo 33, con la finalidad de no violentar el principio de separación de funciones resulta procedente que la Asamblea Legislativa subsane la discriminación apuntada y determine cuál es el parámetro que debe utilizarse tanto para los hijos como para las hijas en igualdad de condiciones, para hacerse acreedores de la pensión de sus padres fallecidos dentro del régimen de Hacienda. Los Magistrados Solano, Calzada y Jinesta salvan el voto y declaran sin lugar la acción. **Por tanto:**

Se declara con lugar la acción por la omisión legislativa que produce una discriminación en el trato de los hijos y las hijas acreedores de la pensión de hacienda de sus padres fallecidos, en el artículo 5 inciso a), de la Ley número 148 del 23 de agosto de mil novecientos cuarenta y tres. Póngase esta sentencia en conocimiento de la Asamblea Legislativa. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial *La Gaceta* y publíquese íntegramente en el *Boletín Judicial*. Notifíquese. Los Magistrados Solano, Calzada y Jinesta salvan el voto y

declaran sin lugar la acción. Luis Fernando Solano C., Presidente, Luis Paulino Mora M., Ana Virginia Calzada M., Adrián Vargas B., Gilbert Armijo S., Ernesto Jinesta L., Fernando Cruz C.

El Magistrado Solano, la Magistrada Calzada, y el Magistrado Jinesta salvan el voto, y declaran sin lugar la acción de inconstitucionalidad, con fundamento en las razones que a continuación se expresan y que redacta la segunda:

Unido al principio constitucional de igualdad jurídico formal, se encuentra el principio de igualdad material o real, también de rango constitucional, en virtud del cual, le es permitido al legislador discriminar a favor de sectores o grupos de la población socialmente desiguales. El presupuesto de partida es una situación fáctica de desigualdad social y económica que el legislador valora negativamente y frente a la cual discrimina a favor del grupo o sector social que la sufre, con el propósito de crear condiciones jurídicas que ayuden a superarla. En tales casos, se produce una desigualdad en la ley y no en la aplicación de ésta. Es en la ley misma, en su contenido, en donde reside la desigualdad, que en inicio puede mostrarse como un acto normativo contrario al principio de igualdad jurídico formal, pero que tiene fundamento constitucional en el principio de igualdad material que la jurisprudencia de este Tribunal ha desarrollado a partir del numeral 33 de la Constitución Política. Como todo acto de los poderes públicos, el acto normativo que establece una situación jurídica desigual a favor de grupos o sectores sociales determinados, con base en el principio constitucional de igualdad material, debe ser un acto proporcional y razonable. Ahora bien, la proporcionalidad y razonabilidad de la desigualdad establecida en la ley, están ligadas al fin que ésta persigue, esto es, a la corrección o compensación de la desigualdad fáctica. Las desigualdades materiales que tienen como base el género y que han implicado para la mujer sufrir condiciones de desventaja frente al hombre, son del tipo que fundamentan la adopción de normas compensatorias o correctivas como las señaladas. De conformidad con lo anterior, la proporcionalidad y razonabilidad de aquellas desigualdades normativamente establecidas para favorecer a la mujer, está relacionada o ligada a la creación de oportunidades que compensen y, eventualmente, eliminen tales desigualdades. Esta es su finalidad, directamente ligada a la dignidad humana como valor, que comprende el de la igualdad entre los seres humanos. En relación con este tema, ya esta Sala se ha pronunciado, y en la sentencia número 03666-98 de las dieciséis horas con nueve minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho, este Tribunal señaló: "... Pese a que el artículo 33 de la Constitución Política garantiza, entre otros aspectos, la igualdad de oportunidades a hombres y mujeres, la realidad histórica y social, demuestran que las proyecciones institucionales se han ejecutado con una evidente desventaja para las mujeres, en punto al acceso a los servicios que éstas prestan. Sin lugar a dudas tal desventaja constituye un hecho notorio. En atención al hecho señalado y sin entrar en mayores consideraciones sobre las causas que lo motivan, resulta indispensable que el Estado responda, en forma política, con el objeto de lograr el equilibrio ordenado por la Constitución Política. No cabe la menor duda a esta Sala que con los imperativos cuestionados en esta acción, lejos de producirse una discriminación en perjuicio de alguno de los géneros mencionados, el legislador garantiza un mínimo de acceso de las mujeres a la preparación técnica que presta el Instituto Nacional de Aprendizaje, proceder que resulta conteste con los planteamientos mencionados y por ende, no puede ser estimado contrario al artículo 33 Constitucional. Por otra parte, debe señalarse que con las normas cuestionadas, no se limita, en forma alguna, el acceso de los hombres a la misma capacitación, hecho que, de ser cierto, si provocaría el quebranto acusado, situación que sólo puede ser determinada, en su caso, mediante el análisis completo de todas las circunstancias que podrían rodear un caso concreto, examen, que, por razones obvias, no puede efectuarse en abstracto, tal como lo pretende el Instituto Nacional de Aprendizaje. En punto al tema de la "razonabilidad", esta Sala comparte el criterio de la Procuraduría General de la República, en el sentido de que la "irrazonabilidad" de una norma, no es una cualidad que se pueda afirmar en abstracto, si se piensa en el contenido de un argumento para la demostración de una tesis en ese sentido. En el caso bajo examen la accionante no fundamenta su alegato sobre la supuesta irrazonabilidad de los imperativos cuestionados. Sin embargo, de la simple lectura de éstos se puede comprobar que éstos no son desproporcionados y constituyen normas adecuadas a los propósitos de la Ley, así como que implican una ejecución directa de los mandatos constitucionales, en punto al principio de igualdad."

Al regular los requisitos exigidos a los hijos de los funcionarios o empleados a que hace referencia el artículo 5, inciso a) de la Ley de Pensiones de Hacienda N° 148 de 23 de agosto de 1943, para disfrutar de una pensión equivalente al 50% del monto que le hubiese correspondido a aquél, establece una clara distinción entre hombres y mujeres. La distinción consiste en que los hombres tienen como límite de edad para obtener

ese derecho los dieciocho años, mientras que las mujeres no, pues éstas pueden disfrutar de tal derecho mientras permanezcan solteras. Tenemos entonces que la ley establece condiciones distintas para acceder al derecho a una pensión entre hombres y mujeres, ya que, para los hombres, utiliza el criterio de la edad y exige que sea inferior a los dieciocho años, pero, para las mujeres, utiliza el criterio del estado civil y exige la soltería. Se establece un tratamiento desigual, con relación a los dos criterios utilizados para permitir el disfrute del derecho a una pensión. Esa distinción tuvo su justificación y validación constitucional en razón del principio de igualdad material, al momento de promulgarse la ley que la contiene. Aunque no se desprende así de las actas del Congreso cuando se discutió y aprobó dicha ley, es razonable pensar, que el no imponer un límite de edad en relación con las mujeres, obedecía a la constatación de que, en relación con los hombres, las mujeres carecían de oportunidades económicas que les permitieran tener medios de subsistencia suficientes, como para prescindir de la pensión, a una edad en que podría suponerse se incorporarían al mercado laboral, como si ocurría con los hombres. De allí que el criterio utilizado, fuese el del estado civil en relación con las mujeres, pues se suponía que, con el matrimonio, las necesidades económicas de las mujeres estaban satisfechas. En ambos casos, lo que se pretendía es que la pensión que había logrado el empleado o funcionario beneficiario, en la medida en que era el sustento para su familia, sirviera a esa finalidad aún después del fallecimiento de éste, como una prolongación de los beneficios que tal derecho supone. Como la pensión se paga con fondos limitados, había que utilizar un criterio para decidir a partir de qué momento ya el beneficiario podía valerse por sí mismo. En principio, para determinar una circunstancia así, el criterio de la edad resulta razonable, pues hay un momento en que las personas ya pueden incorporarse al mercado laboral y procurarse ingresos económicos. Dada la realidad sociológica del momento, el legislador consideró que resultaba razonable y proporcional no imponer un límite de edad en el caso de ellas, sino establecer como condición para la pérdida del derecho a la pensión, el contraer matrimonio. En ello reside la legitimidad constitucional de la situación más favorable para la mujer, en relación con el hombre. Ahora bien, a diferencia del resto de la Sala, nos parece que la legitimidad constitucional de la distinción se mantiene. Si bien es cierto, en la sociedad actual la brecha existente entre hombres y mujeres -en cuanto a la capacidad de acceso a los recursos económicos-, se ha reducido, debido a una mayor incorporación de las mujeres al mercado laboral, las condiciones continúan siendo más favorables para los hombres, y las mujeres se mantienen como el grupo más vulnerable. Desde tal perspectiva, a nuestro parecer, la norma impugnada no produce la discriminación que se alega, amén de que existe un grupo de mujeres con cierta edad, que no fueron involucradas al mercado laboral en condiciones de igualdad, tanto de oportunidades de educación como de trabajo, y por ende, consideramos que mantener la distinción se justifica y es constitucionalmente legítima, debiendo en consecuencia desestimarse la presente acción de inconstitucionalidad. Adicionalmente, bien puede sostenerse que lo regulado en el artículo 5, inciso a) de esa ley, tiende a la protección de la familia. Después de todo, lo que se pretende con esa norma es que la pensión se mantenga como ingreso de la familia, aún después de la muerte del pensionado. No debe perderse de vista que el artículo 51 de la Constitución Política, impone al Estado la protección de la familia como finalidad. Este numeral establece un principio constitucional que, como tal, debe guiar e informar toda la actuación estatal, incluida, claro está, la normativa. Es decir, el Estado legislador debe producir normas con rango de ley que desarrollen tal principio. Asimismo, el Estado como gobierno y como administración debe establecer y ejecutar políticas tendentes al logro de ese fin. Desde este punto de vista, tampoco estimamos que lo establecido en la norma impugnada atente contra ese principio. En ese sentido, los reparos hechos al numeral citado en razón de la distinción que la norma establece entre hombres y mujeres, no quebranta el principio contenido en el artículo 51 constitucional porque, tal y como se indicó, la distinción tiene como finalidad solventar una desigualdad fáctica, y ello es un fin que la Constitución también impone al Estado y que, como tal, se desprende de la dignidad humana y la igualdad como valores constitucionales contenidos en el artículo 33 de la Constitución Política. Luis Fernando Solano C., Ana Virginia Calzada M., Ernesto Jinesta Lobo.

San José, 13 de diciembre del 2006.

**Gerardo Madriz Piedra,**

Secretario