BOLETÍN JUDICIAL
ÓRGANO DEL PODER JUDICIAL
Jueves 21 de febrero de 2013, n. 37

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SECRETARÍA GENERAL

PUBLICACIÓN DE UNA VEZ

Exp: 08-002849-0007-CO.—Res. Nº 2011013800.—Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.—San José, a las quince horas y cero minutos del doce de octubre del dos mil once.

Acción de inconstitucionalidad presentada por Natalia Gamboa Sánchez, defensora pública de Manuel Morales Urbina, privado de libertad en el Centro de Atención Institucional de San Sebastián, contra el artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo Número 33876-J.

Resultando:

1º—Por escrito presentado en la Secretaría de esta Sala a las catorce horas diez minutos del siete de febrero del dos mil nueve la accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo Número 33876-J. Manifiesta que la norma impugnada infringe los artículos 24, 28 y 33 de la Constitución Política; así como los numerales 1.1, 5.1, 5.2, 11.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2.1 y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2 de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre. Ello, por cuanto establece el derecho a recibir visita íntima a los privados de libertad únicamente en relación con persona de distinto sexo al suyo. Considera la accionante que esto violenta el principio de reserva de ley, pues la limitación a un derecho fundamental, sólo puede proceder de una ley y el contenido de la norma impugnada excede las potestades estatales. La prohibición de la discriminación es un criterio reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en el artículo 2 señala que todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esa Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. Asimismo, el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ese tratado internacional, así como de 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. Por su parte, el artículo 24 de ese Tratado establece que todas las personas son iguales ante la ley, por lo que tienen derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley. En el caso de la normativa acusada, se genera una discriminación, en virtud de la opción sexual de una persona, negando el goce del derecho a la intimidad, a la sexualidad, con respecto a las personas homosexuales, considerando que este derecho está reservado a las personas heterosexuales, sin que exista una razón para la diferenciación en el trato, más allá de los prejuicios y estereotipos sociales, lo que en definitiva no debe ni puede ser propiciado por el Estado, y menos aún, cuando la propia legislación nacional contempla como delito tal discriminación, al establecer en el artículo 373 del Código Penal,

sanciones al director de una institución oficial que aplique medidas discriminatorias perjudiciales, fundadas en consideraciones de sexo. Se confiere audiencia por quince días a la Procuraduría General de la República y al Director del Centro de Atención Institucional de San José. Esta acción se admite por reunir los requisitos a que se refiere la Ley de Jurisdicción Constitucional en sus artículos 73 a 79.

2º—A efecto de fundamentar la legitimación que ostenta para promover esta acción de inconstitucionalidad, señala la existencia del recurso de amparo número 08-000032-0007-CO.

3º—Por resolución de las ocho horas treinta minutos del catorce de marzo del dos mil nueve (visible a folios 35-36 del expediente), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República y al Director del Centro de Atención Institucional de San José.

4º—Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 66, 67 y 68 del *Boletín Judicial*, de los días 04, 07 y 08 de abril del 2008 (folio 41).

5º—La señora Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora General de la República contesta a folio 42 la audiencia concedida, manifestando que: **a)** De la legitimación del accionante: Manifiesta que la acción resulta admisible porque existe un Recurso de Amparo planteado por el señor Manuel Morales Urbina ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el cual se tramita bajo el expediente N° 08 -000032-0007-CO, el cual actualmente se encuentra pendiente de resolver. **b)** Sobre el fondo de la acción: Su representada no compare el argumento del recurrente en cuanto a la supuesta violación del principio de reserva de ley, toda vez que las competencias asignadas al Ministerio de Justicia, le imponen el deber de establecer normas para regular la convivencia dentro de los centros penitenciarios, por lo que el establecimiento de reglas para el ejercicio de determinados derechos por la vía del decreto ejecutivo, no implica de por sí una violación al principio de libertad, salvo en aquellos casos en que la medida resulte desproporcionada e irracional. Por lo tanto la Administración Penitenciaria se encuentra facultada y obligada a emitir normativa que permita proteger la seguridad de las personas y los bienes de los centros penitenciarios, y que organice la vida intracarcelaria, obligación que se encuentra plasmada en normas de rango legal, por lo que no existe una violación al principio reserva de ley. En cuanto al principio de igualdad estima su representada que la accionante lleva razón. El Reglamento sobre los Derechos y Deberes de los Privados y Privadas de Libertad, establece como finalidad de la visita conyugal, el fortalecimiento de los lazos familiares, en razón de que esta forma de contacto con el mundo exterior se concebía como un espacio para que las parejas con una relación estable asimilable al matrimonio, pudieran tener un espacio de privacidad para resolver los conflictos suscitados. Conforme las regulaciones a las que ha sido objeto la norma citada, la visión fue modificada, de forma que permitió la visita íntima no en función de la promoción y protección de la familia, sino como un efecto de la libertad sexual de los privados de libertad. Se estable como un criterio de diferenciación, el que la persona de la elección del privado de libertad sea persona de distinto sexo al suyo, con lo cual se debe analizar si la diferenciación efectuada responde a un criterio objetivo, razonable y proporcionado, al que se debe de contestar que no. La regulación de la visita íntima sí resulta necesaria porque permite facilitar la convivencia y la seguridad intracarcelaria a través del orden y la disciplina, siendo que ese tipo de visitas debe regularse a fin de poder resguardar la seguridad de las personas. 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, por lo que la diferencia de trato no se encuentra justificada, por lo tanto la regulación no resultaidónea, toda vez que la prohibición para un sector de la población privada de libertad de su derecho a la visita íntima únicamente en razón de su preferencia sexual, no incide en el nivel de seguridad de las personas sujetas a este beneficio, es decir, no constituye un mecanismo para brindar seguridad al centro penitenciario o a las personas involucradas en la visita. Más que una regulación sobre las condiciones de la visita conyugal, la norma contiene una prohibición total para los privados de libertad homosexuales de ejercer su derecho de comunicarse con el mundo exterior por medio de la visita íntima, con lo cual se hace nugatorio el derecho de los privados de libertad. Estima que la acción de inconstitucionalidad debe ser declarada con lugar.

6º—El Director del Centro de Atención Institucional de San José no contestó la audiencia conferida mediante resolución de las ocho horas treinta minutos del catorce de marzo del dos mil nueve.

7º—Mediante escrito recibido en la Secretaría de esta Sala a las diez horas veintisiete minutos del dieciocho de abril del dos mil ocho, Francisco Madrigal Ballestero en su condición de Director Administrativo y Representante Legal del Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC) solicita se le admita como coadyuvante activo, solicitud que fue aceptada por resolución de las quince horas cuarenta minutos del dos de mayo del dos mil ocho (ver folio 65 del expediente).

8º—Mediante escrito recibido en la Secretaría de esta Sala a las nueve horas veinte minutos del veintiocho de abril del dos mil ocho, Jorge Fisher Aragón solicita se le admita como coadyuvante activo, solicitud que fue aceptada por resolución de las quince horas cuarenta minutos del dos de mayo del dos mil ocho (ver folio 72 del expediente).

9º—Mediante escrito recibido en la Secretaría de esta Sala a las dieciséis horas un minuto del veintiocho de abril del dos mil ocho, Alexandra Loría Beeche solicita se le admita como coadyuvante activa, solicitud que fue aceptada por resolución de las quince horas cuarenta minutos del dos de mayo del dos mil ocho (ver folio 78 del expediente).

10.—Por resolución de las quince horas cuarenta minutos del dos de mayo del dos mil ocho la Presidenta de esta Sala tuvo por contestadas las audiencias y por recibidas las solicitudes de coadyuvancias presentadas (ver folio 96 del expediente).

11.—Mediante escrito recibido en la Secretaría de esta Sala a las ocho horas veintiún minutos del cuatro de setiembre del dos mil ocho Jorge Fisher Aragón amplía las razones en las que justifica la coadyuvancia presentada (ver folio 102 del expediente).

12.—Se prescinde de la vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con base en la potestad que otorga a la Sala el numeral 9 *ibídem*, al estimar suficientemente fundada esta resolución en principios y normas evidentes, así como en la jurisprudencia de este Tribunal.

13.—En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Cruz Castro; y,

Considerando:

I.—Sobre la admisibilidad. El asunto previo para esta acción de inconstitucionalidad lo constituye el recurso de amparo número 08-000032-0007-CO que se encuentra en trámite, y actualmente suspendido por la interposición de la acción. En dicho recurso, el accionante alegó la inconstitucionalidad de las norma impugnada, la cual afirma le ha sido aplicada. La acción constituye así, medio razonable de amparar el derecho que se estima lesionado, por lo que procede su admisión para el estudio de fondo de las normas impugnadas.

II.—Sobre las coadyuvancias. El artículo 83 de la Ley de Jurisdicción Constitucional señala que en los quince días posteriores a la primera publicación del aviso a que alude el párrafo segundo del artículo 81, las partes que figuren en los asuntos pendientes a la fecha de la interposición de la acción, o aquellos con interés legítimo, podrán apersonarse dentro de ésta, a fin de coadyuvar en las alegaciones que pudieren justificar su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interesa. Se advierte que en cuanto a los efectos de la coadyuvancia, que al no ser los coadyuvantes parte principal del proceso, no resultará directamente afectado por la sentencia, es decir, la eficacia de la sentencia no le alcanza de manera directa e inmediatamente, ni le afecta la cosa juzgada, ni le alcanzan tampoco los efectos inmediatos de la ejecución de la sentencia, pues a través de la coadyuvancia no se podrá obligar a la administración recurrida a realizar un acto a su favor, por no haber sido parte principal en el proceso. Lo que si puede afectarle, pero no como coadyuvante, sino como a cualquiera, es la sentencia con eficacia erga omnes.

III.—Sobre el objeto de la acción: El accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo Número 33876-J, por

considerar que infringe los artículos 24, 28 y 33 de la Constitución Política; así como los numerales 1.1, 5.1, 5.2, 11.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2.1 y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2 de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre. Dicho artículo establece lo siguiente:

> Artículo 66.—Definición. La visita íntima es el ejercicio del derecho de la persona privada de libertad, al contacto íntimo con otra persona de su elección, que sea de distinto sexo al suyo, dentro de las restricciones que impone la prisionalización y el ordenamiento jurídico, en un marco de dignidad, respeto y crecimiento afectivo mutuo”

IV.—Sobre el contenido del artículo 33 de la Constitución Política: El alegato principal de la accionante es que el artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo Número 33876-J lesiona el principio de libertad previsto en el artículo 28 de la Constitución Política, pues otorga una limitación al derecho de libertad sexual, realizando una discriminación a las parejas de un mismo sexo en virtud de la opción sexual. Para poder determinar si se produce la discriminación alegada por el accionante, es preciso realizar un análisis del principio que se argumenta como violado. El primer aspecto a considerar consiste en determinar si las personas se encuentran en la misma situación; de lo contrario, no se puede concluir que se ha quebrantado este principio. En segunda instancia, si se establece la igualdad de condiciones, se debe determinar si esta diferenciación de trato está fundada en fines constitucionalmente legítimos. En cuanto al primer aspecto, el principio de igualdad supone que las personas se encuentran en idéntica situación, ya que, como lo ha reiterado este Tribunal, no existe mayor injusticia que tratar en forma igual a los desiguales. Desde esta perspectiva, debemos partir del supuesto que estamos frente a situaciones similares, ya que, de no ser así, se da una inaplicabilidad del principio de igualdad. Por otra parte, en cuanto al segundo aspecto, partiendo del supuesto de que estamos en presencia de situaciones disímiles, debe tenerse presente que no toda diferenciación de trato produce la violación al principio de igualdad. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido el trato diferenciado en este supuesto cuando se dan ciertos requisitos. Al respecto, resulta conveniente recordar lo dispuesto en la sentencia número 1993-00316 de las nueve horas treinta y nueve minutos del 22 de enero de 1993:

> “El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que pueda existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho la Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que deba existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, como tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva”

De acuerdo con lo señalado, el punto medular es determinar si esta diferenciación de trato está fundada en fines legítimos constitucionalmente, si es objetiva, es decir, si está sustentada en un supuesto de hecho diferente, si está basada en diferencias relevantes, si existe proporcionalidad entre el fin constitucional y el trato diferenciado que se ha hecho, y el motivo y el contenido del acto, y si ese trato es idóneo para alcanzar el fin que se persigue. La diferencia de trato, supone que esté basada en objetivos constitucionalmente legítimos, lo que implica tres consecuencias en la finalidad perseguida: a) Que están vedadas las leyes que persiguen fines que contradicen normas o principios constitucionales o de rango internacional; b) Que cuando se persiguen fines no tutelados constitucionalmente -pero que no contradicen esos valores-, la diferenciación de trato debe ser estrictamente vigilada y escrutada en relación con los supuestos de hecho que la justifican, y la

finalidad que se persigue; c) Que cuando se persigue un fin constitucionalmente tutelado, la diferenciación de trato será válida en función de este criterio (sin necesidad de encontrar una razonabilidad en la diferenciación), pero quedará sujeta al cumplimiento de las demás exigencias derivadas del principio-derecho de igualdad. Por ejemplo, dotar de vivienda a los sectores más pobres justificaría la existencia de un bono de vivienda para ellos y no para los demás. Reconocer becas universitarias para los que no pueden pagar la educación y negarla a los demás. Conceder una pensión a la personas mayores de cierta edad y negarla a los que no hayan cumplido esa edad. No basta, por supuesto, que se persiga un fin legítimo, pues la medida para alcanzar ese fin, debe ser, además, necesaria, razonable y proporcionada. La Sala en la sentencia Nº 4883-97 de las doce horas con cincuenta y cuatro minutos del veintidós de agosto de mil novecientos noventa y siete, expresó sobre este principio lo siguiente:

> "El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que debe existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva".

V.—Análisis del caso concreto: Adoptando como parámetro las anteriores consideraciones, se puede afirmar que la norma impugnada sí quebranta el principio de igualdad. Este Tribunal ha reconocido ampliamente que un principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de nuestro país es el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Pero ¿qué implica ese principio?, en palabras simples, implica dar un trato igual a iguales y desigual a desiguales, por lo que es constitucional reconocer diferencias entre personas o grupos de ellas, claro está, siempre y cuando, exista una diferenciación justificada de forma razonable y objetiva. Por lo tanto, la dignidad humana no puede violentarse a través de normas legales que no respeten el derecho inalienable que tiene cada persona a la diversidad, tal como sucede con la norma que se impugna en la presente acción, la cual establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva, pues se basa en criterios de orientación sexual, discriminando ilegítimamente a quienes tienen preferencias distintas de las de la mayoría, cuyos derechos o intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos. Tomando en cuenta que la norma tiene como fin el permitir el contacto de con el mundo exterior con el objeto de consentir la libertad sexual de los internos, la diferencia de trato no se encuentra justificada, toda vez que los privados de libertad con una orientación sexual hacia personas del mismo sexo, se encuentran en la misma situación fáctica de los privados de libertad con una orientación heterosexual, situación que resulta contraria no solamente al derecho de igualdad, sino también al derecho que tienen los privados de libertad de ejercer su derecho a comunicase con el mundo exterior por medio de la visita íntima. Con base en las razones anteriormente expuestas, esta Sala estima que la frase ''que sea de distinto sexo al suyo'' del artículo 66 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario, resulta a todas luces contrario al artículo 33 de la Constitución Política, por cuanto limita el derecho de autodetermación sexual de los privados de libertad homosexuales. Consecuencia de lo expuesto procede este Tribunal a declarar con lugar la presente acción anulando la frase que se indicara en la parte dispositiva de esta sentenci**VI.—En cuanto a los demás**

alegatos: Al proceder la declaratoria con lugar de esta acción se omite el pronunciamiento de los demás alegatos de la accionante toda vez que resulta innecesario. **Por tanto:**

Por mayoría se declara con lugar la acción de inconstitucionalidad planteada por violación al principio de igualdad. En consecuencia, se anula por inconstitucional la frase del artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo Número 33876-J que establece lo siguiente: "que sea de distinto sexo al suyo". Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe y las relaciones o situaciones jurídicas que se hubieran consolidado por prescripción, caducidad o en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material. Publíquese íntegramente en el *Boletín Judicial* y reséñese en el Diario Oficial *La Gaceta*. LosMagistrados Mora Mora, Castillo Víquez y la Magistrada Pacheco Salazar salvan el voto y declaran sin lugar la acción. El Magistrado Mora Mora da razones diferentes. El Magistrado Cruz expone argumentos adicionales.—Gilbert Armijo S., Presidente a. í.—Luis Paulino Mora M.—Ernesto Jinesta L.—Fernando Cruz C.—Fernando Castillo V.—Aracelly Pacheco S.—Teresita Rodríguez A.

VOTO SALVADO DE LOS MAGISTADOS
CASTILLO VÍQUEZ Y PACHECO SALAZAR
CON REDACCIÓN DEL PRIMERO

En el voto de mayoría hay un error de concepto, y es que se parte de la falsa premisa que las personas heterosexuales están en la misma situación que las personas homosexuales. Basta con echar una simple mirada a la realidad para llegar a la elemental conclusión de que hay grandes diferencias entre ambos grupos de personas. De ahí que la invocación del principio de igualdad resulta inaplicable. En efecto, adoptando como criterio el **tipo de acto sexual**, hay una diferencia sustancial entre el heterosexual y el homosexual. En el caso del primero, tenemos que la vagina o **colpos** (la primera, del latín *va*gīna, "vaina"; la segunda, del griego *ko*lpos, "regazo"), que es un conducto fibromuscular elástico, parte de los órganos genitales internos de la mujer y órgano que forma parte del aparato reproductivo femenino, es penetrada por el pene, órgano masculino del hombre que sirve para miccionar y copular. En el caso del segundo, es imposible que ocurra tal hecho. Incluso, es importante resaltar que la vagina fue diseña de forma tal que el pene la penetre perfectamente. Tal posibilidad resulta materialmente imposible en un acto sexual homosexual. Atendiendo a la **finalidad del acto sexual** encontramos una segunda diferencia muy significativa. En caso de las relaciones heterosexuales, el acto sexual no sólo tiene por finalidad el obtener placer, el expresar amor, sino también el preservar la especie humana; situación que no ocurre en el caso del acto sexual homosexual. El acto de la procreación, es necesariamente el resultado de un acto sexual heterosexual, con el cual se preserva la especie humana y, además, en el caso del Estado-Nación, se perpetúa, en el futuro, la nacionalidad. Estas finalidades están ausentes necesariamente en las relaciones homosexuales. Incluso, en el caso hipotético de que todos los seres humanos optaran por una relación homosexual, y no por una heterosexual, ello implicaría que, al cabo de ochenta años, desaparecería la especie humana y las nacionalidades. Hay un tercer criterio para demostrar que entre una relación heterosexual y una homosexual hay enormes diferencias, y es **la importancia externa de la relación**. Si bien ambas relaciones se circunscriben al ámbito privado y son el resultado del principio de libertad, en el caso de las heterosexuales, éstas transcienden al ámbito externo, no así las homosexuales. En efecto, hay un marcado interés público en proteger y promover las relaciones heterosexuales, interés que es recogido en el numeral 51 de la Constitución Política, toda vez que gracias a este tipo de relaciones se preserva la especie humana y se perpetúa en el tiempo la nacionalidad. Dicho de otra forma, el resultado de las relaciones heterosexuales -los (as) hijos (as)- constituyen una contribución innegable, invaluable y permanente de esos dos seres humanos –hombre y mujer- en beneficio de la humanidad y de la sociedad; de ahí de que hay un marcadísimo interés público de parte del Estado de proteger y promover este tipo de relaciones. No ocurre así con las relaciones homosexuales, donde, en este punto, por razones naturales o biológicas no aportan absolutamente nada a la preservación de la especie humana y de las

nacionalidades. Por último, como solamente del acto sexual heterosexual puede surgir a la vida un nuevo ser humano, que requiere de una familia estable, donde haya tanto el referente masculino como el femenino, hay un marcado interés público en proteger y fortalecer la familia. No en vano el artículo 51 de la Carta Fundamentalseñala que ésta es la base de la sociedad. Así, pues, en la medida de que hayan familias fuertes necesariamente tendremos mejores sociedades. Quizás la principal causa de los problemas sociales, económicos e, incluso, políticos por los que atraviesa la sociedad actual es la desintegración familiar. Mientras no se revierta este fenómeno, el estado de cosas no cambiará para bien.

El principio de igualdad implica, tal y como lo ha reconocido la Sala Constitucional en múltiples resoluciones, que todas las personas que se encuentran en una misma situación deben ser tratadas en forma igual. Por otra parte,

> *"El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que pueda existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho la Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que deba existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohibe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, como tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva" (véanse los votos N.° 1770-94 y 1045-94).*

El punto está en determinar si esta diferenciación de trato está fundada en fines legítimos constitucionalmente, en sí es objetiva, es decir, si está sustentada en un supuesto de hecho diferente, si está basada en diferencias relevantes (tertium comparationis), si existe proporcionalidad entre el fin constitucional y el trato diferenciado que se ha hecho y el motivo y el contenido del acto y si ese trato es idóneo para alcanzar el fin que se persigue.

En el primer supuesto, la diferencia de trato supone que esté basada en objetivos constitucionalmente legítimos, lo que conlleva tres consecuencias en la finalidad perseguida. En primer lugar, las leyes no pueden perseguir fines que contradigan el Derecho de la Constitución o las normas que se encuentran en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. En segundo término, cuando se persiguen fines no tutelados constitucionalmente, pero que no contradicen sus valores y principios, la diferenciación de trato debe ser estrictamente vigilada en relación con los supuestos de hecho que la justifican y la finalidad que persigue. Por último, cuando se persigue un fin constitucionalmente tutelado la diferenciación de trato será válida siempre y cuando respete los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y sea necesaria.

La Sala Constitucional, en el voto Nº 4883-97, expresó sobre este principio, lo siguiente:

> *"El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo,* ***no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que debe existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha.*** *Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las*

circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohibe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva.' (Sentencia número 6832-95 de 16:15 horas del 13 de diciembre de 1995)." (Las negritas no corresponden al original).

La realidad demuestra que las parejas heterosexuales no están en la misma situación que las parejas homosexuales; consecuentemente, el Poder Ejecutivo se encuentra legitimado para dar, en estos casos, un trato diferenciador. Partiendo de la idea nuclear que el principio de igualdad no le impone al Poder Ejecutivo dictar una regulación cuando estamos en presencia de un estado de cosas desiguales -uniones heterosexuales vs. uniones homosexuales-, ya que, como se explicó atrás, hay razones suficientes para ordenar un trato desigual en el tema que nos ocupa y, por consiguiente, no está ordenado un trato igual, ni siquiera parecido.

En segundo término, se persigue un fin constitucional legítimo: mantener los lazos familiares entre los cónyuges o la pareja de hecho, más que el mero acto de la relación sexual, relación que está basada en el concepto de matrimonio adoptado por el constituyente originario, sea: el heterosexual monogámico. Es decir, la visita conyugal es una consecuencia lógica y necesaria del Derecho de la Constitución, toda vez que los poderes públicos están en el deber jurídico de proteger y promover el matrimonio y las uniones de hecho, pues, de esta forma se es congruente con el precepto constitucional de que la familia es la base de la sociedad, por ello el Estado debe de protegerla y a sus miembros les asiste el derecho a exigir de aquél su efectiva actuación en pro de la familia.

Por último, no estamos en presencia de un trato irracional y discriminatorio, toda vez que hay razones objetivas, razonables y acordes con el Derecho de la Constitución para que el ordenamiento jurídico dé un trato diferente a las parejas de sexos opuestos frente a la las parejas del mismo sexo, que surge de la propia naturaleza de las cosas.

También, y con el mayor respeto lo expresamos, hay un segundo error de concepto, en el sentido de considerar que la norma que se impugna tiene como finalidad el permitir el contacto de los internos con el mundo exterior con el objeto de propiciar su libertad sexual. No, la finalidad de la norma no es esa. Su propósito es muy distinto. Se busca con ésta proteger una tipo de relación de pareja que tiene un marcado interés público por todo lo que se indicó atrás. En este caso, dada la trascendencia que tiene las relaciones heterosexuales para la humanidad y la sociedad hay un marcado interés público en impedir que ese vínculo se deteriore o rompa a causa de la privación de libertad que está sufriendo uno de los conyugues o compañeros (as), pues ello tendría consecuencias externas negativas muy importantes, más cuando hay hijos de por medio. El preservar los vínculos familiares, aun en una situación tan difícil como lo es el hecho de que uno de sus miembros esté privado de su libertad, es un imperativo que el Derecho de la Constitución le impone al Estado. Por otra parte, si la finalidad fuese la señalada por el Órgano Asesor, entonces la visita conyugal tendría que ampliarse a todos los privados de libertad, independientemente de si tienen o no una relación estable con otra persona, todo lo cual no resulta lógico ni conveniente para los intereses públicos.

Establecido que las parejas heterosexuales están en una situación distinta de las homosexuales y, por consiguiente, el trato diferenciador que da el Estado no lesiona el principio de igualdad ni resulta discriminatorio, y que la finalidad de la norma que se impugna es preservar el vínculo familiar, lo que corresponde es rechazar la acción, como en efecto se hace.—Fernando Castillo V., Magistrado.—Aracelly Pacheco S., Magistrado.

Razones adicionales del Magistrado Cruz Castro.
El respeto a la reserva de ley en materia penitenciaria.

Los precedentes de la Sala han considerado que los internos en los centros penitenciarios se encuentran en una relación especial de sujeción y que la restricción de sus derechos fundamentales no requiere una ley especial. En este sentido pueden mencionarse los votos 93-6696, 98-5017, 01-

1465, 01- 10543, 04-10492. El criterio predominante expresado en la jurisprudencia dela Sala Constitucional asume que los internos se encuentran en una relación especial de sujeción y que la limitación de sus derechos fundamentales, no requiere un marco normativo, según exigencias del principio de reserva legal.

Estimo que esta visión jurídico constitucional no es congruente con la posición que la Sala Constitucional ha tenido respecto del principio de reserva legal; si bien la relación especial de sujeción puede ser una buena respuesta para situaciones en las que se restringen derechos, en el caso de los privados de libertad, la naturaleza misma de la privación de la libertad, con todas sus características, como sociedad carcelaria, como control permanente de la vida del interno, como una sociedad total, en la terminología de Goffman, la relación especial de sujeción resulta un concepto insuficiente e inapropiado en la visión constitucional de la relación jurídico penitenciaria. En las sociedades totales, como las prisiones, que es el mejor ejemplo, todos los detalles de la vida de una persona son controlados, regulados, limitados por un grupo de funcionarios que en la práctica son invisibles.

La naturaleza misma de la privación de la libertad, el control de toda la vida que se hace en cualquier institución total y con mayor razón, en las prisiones, no admite la aplicación de la relación de sujeción, que para ciertos casos excepciona el principio de reserva legal en el ejercicio de ciertos derechos fundamentales. Toda la vida en prisión supone una limitación radical de todas las actividades de un ser humano, no sólo la libertad.

En el ámbito penitenciario se requiere el respeto al principio de reserva legal. Los efectos de la sanción penal en el ámbito penitenciario requieren que la ejecución penitenciaria no dependa, normativamente, de la voluntad de la Administración, sino que el marco que lo regula se defina mediante el mandato de una ley dictada por el parlamento. No es suficiente afirmar, como se asume en los precedentes de este Tribunal, que los internos dentro del sistema penitenciario se encuentran sometidos a una relación especial de sujeción, lo que permite que sean sometidos a disposiciones que define la Administración, sin contar con una ley que regule la vida intracarcelaria, lo que significa someter la libertad y todos los derechos fundamentales de los internos a la voluntad de la Administración, sin las garantías que se derivan de la reserva legal.

La sociedad carcelaria, como sociedad total extrema que es, regula e invade todos los ámbitos de la vida íntima de las personas que cumplen una pena privativa de la libertad. Se trata de un poder de control penetrante, omnipresente, creando un espacio en el que se ejerce lo que Foucault denominó: la microfísica del poder. Son los mecanismos cotidianos, menudos que crean los sistemas de micropoder, esencialmente inigualitarios y disimétricos que integran la disciplina en las instituciones totales, especialmente en la prisión. Ese control permanente y penetrante es lo que se denomina el panoptismo, que según Foucault, es el "…procedimiento técnico, universalmente difundido, de la coerción..." (Foucault, Michele-"Vigilar y Castigar"- Ed. Siglo XXI- México- 1976- p.225). En las prisiones, en los hospitales onradricas, en toda institución que reúne a seres humanos bajo un control centralizado e incuestionado, requiere un marco jurídico que reduzca los efectos deshumanizantes del panoptismo, por eso el respeto al principio de reserva legal es el contrapeso de un poder que define y controla los detalles más íntimos e ínfimos de la existencia de cualquier ciudadano al que se le ha impuesto la limitación de su libertad.

No se trata entonces de cualquier situación de sujeción, es la sujeción extrema e ininterrumpida. Este efecto extremo no justifica la reducción de los derechos fundamentales de los privados de libertad en función de un servicio público brindado porla Administración Penitenciaria. La invisibilidad del tema carcelario podría justificar su inclusión como una situación especial de sujeción, pero si se ilumina el verdadero sentido de la ejecución carcelaria, con su poderosa penetración totalizadora sobre vidas y conciencias de los internos, no es posible admitir que la ejecución penitenciaria se le clasifique como una relación especial de sujeción, sin la tutela de una garantía de tanta trascendencia como el principio de reserva legal.

En el derecho comparado debe mencionarse una sentencia del Tribunal Constitucional alemán, dictada por la Sala Segundade dicho Tribunal, el 14 de marzo de 1972. El caso tiene el siguiente marco fáctico: Se trata de un interno que en diciembre de 1967 le dirigió una carta a una persona en

la que hacía una serie de observaciones en las que descalificaba al director del Centro, quien había sido separado de su cargo. Su evaluación sobre el director, era muy desfavorable. Esa carta fue retenida por el director de división del centro penitenciario, porque contenía afirmaciones ofensivas y se expresaban juicios sobre la institución que no se relacionaban con los internos. El interesado planteó un amparo ante la jurisdicción constitucional porque estimaba que la retención y secuestro de su carta violaba el secreto de correspondencia que garantiza el artículo diez de la Constitución Federal. De igual forma acusa la violación a la libertad de expresión, según lo prevé el apartado primero del artículo quinto de la Ley Fundamental de la RFA. Señalaba bien el amparado que como lo prevé el artículo diecinueve de la Ley fundamental alemana, los derechos fundamentales sólo pueden restringirse mediante una ley.

En la tesis tradicional que admite la restricción de derechos fundamentales de los internos mediante el concepto de una especial relación de poder o de sujeción, se relativizan los derechos fundamentales de los internos con una "indeterminabilidad que se torna intolerante", según se expresa en la decisión del Tribunal constitucional. En el fallo se afirma que: "…La Ley Fundamental es un ordenamiento a valores, que reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como la máxima finalidad de todos los derechos; sin embargo, su idea del ser humano no es la del individuo autónomo aislado, sino la del que está en comunidad y con una personalidad sujeta a obligaciones de diversas maneras. (BverfGE 12, 45(5); 28m 175 (189)) En el artículo 1 inciso tercero de LF los derechos fundamentales son declarados como vinculantes para el legislativo, el poder ejecutivo y la jurisdicción. Esa vinculación plena de los poderes estatales se contradice cuando en la ejecución de una sanción penal los derechos fundamentales pueden ser restringidos a discreción o por potestad discrecional. Sólo se puede considerar una restricción cuando esta es indispensable para el logro de un fin social contemplado en el orden de valores de la Ley Fundamental y se da en las formas previstas constitucionalmente. Los derechos fundamentales de los prisioneros sólo pueden ser limitados mediante una ley, que sin embargo, no puede renunciar – dentro de los límites posibles- a la cláusula general. …"- (ver "Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán"- Compilación de sentencias de Jürgen Schwabe- Publicación de onrad Adenauer-Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez- Colombia- p. 14). El Tribunal Constitucional alemán consideró que la ausencia de una ley que regulara la ejecución de las penas era una grave omisión que debía remediar el parlamento dentro de un plazo razonable, considerando que dentro de esos supuestos no había conculcado el secreto de la correspondencia que prevé el apartado primero del artículo diez de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, pero sí admitió la violación al apartado primero del artículo cinco de la Ley Federal, que prevé la libertad de expresión, porque no "..existe ninguna ley que les autorice a los órganos del Estado a retener cartas a causa de su contenido ofensivo, y del cual hayan tenido conocimiento con ocasión de un simple control, que tiene ante todo la finalidad de evitar la huida de los prisioneros o la comisión de acciones criminales…."- (ver Idem- p. 16). En ese momento no existía en Alemania una ley de ejecución de la sanción penal, ese habría sido el marco normativo que podría haber justificado una restricción como la retención de una carta por su contenido ofensivo. Como bien señala el Tribunal Federal, estas medidas no son indispensables para la preservación y el cumplimiento de la pena.

En el caso en examen, el artículo 66 del reglamento del reglamento penitenciario, Decreto Ejecutivo número 33876-J es una disposición que impone una restricción a los derechos fundamentales de los internos, cuyo contenido no es indispensable para la preservación y el cumplimiento de la pena, por esta razón estimo que no sólo se contraviene el principio de reserva legal, sino que es una disposición que conculca la dignidad y la libertad de las personas que tienen otras preferencias sexuales, tal como se expone en el voto de mayoría. Las limitaciones impuestas a las expresiones afectivas de los internos en los centros carcelarios, debe hacerse conforme a una ley de ejecución penitenciaria, pues el ejercicio de un derecho fundamental no puede limitarse mediante un reglamento.

Estimo que respecto la ejecución de la pena y el régimen penitenciario, debe respetarse el principio de reserva de ley, pues los derechos fundamentales de los internos no pueden regularse y restringirse mediante un reglamento penitenciario.—**Fernando Cruz C.**

VOTO SALVADO

Coincido con la Magistrada Pacheco Salazar y el Magistrado Castillo Víquez en cuanto se disponen declarar sin lugar esta acción de inconstitucionalidad; no obstante, me separo de sus razonamientos y fundamento la decisión en los siguientes argumentos:

I.—el accionante discute el texto del artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario número 33876-J en cuanto dispone para los internos un derecho a lo que se denomina visita íntima, pero solo entre personas de diferente sexo, lo cual entiende como una infracción del artículo 33 Constitucional. Sobre este derecho fundamental existe una amplia jurisprudencia de esta Sala Constitucional dirigida a la delimitación de su alcance y límites, principalmente tomando en cuenta el hecho indiscutible de que la igualdad como derecho se encuentra en estrecha relación con los demás derechos y potestades que vienen definidas por el Derecho de la Constitución. Sirve de ejemplo de tal desarrollo jurisprudencial la sentencia número 001287-99 de las quince horas con treinta minutos del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y nueve, en la que se hicieron consideraciones que son relevantes para este caso:

> "Ya en sentencias anteriores dictadas en relación con el tema *ahora* planteado, este Tribunal ha indicado que el artículo 33 de la Constitución establece la igualdad, no sólo como principio que informa todo el ordenamiento, sino además como un auténtico derecho subjetivo en favor de los habitantes de la República; debido a ello se proyecta sobre todas las relaciones jurídicas, especialmente las que se traban entre los ciudadanos y el poder público. Es así como el derecho a la igualdad supone que toda persona será tratada en la misma forma, por igual, cuando se encuentre en idéntica situación, en todas y cada una de las relaciones jurídicas que se constituyan. Al ser la igualdad un derecho subjetivo… [El Estado]...tiene la obligación de observarlo y respetarlo, lo que lo convierte al mismo tiempo en un límite a la actuación del poder público. Sin embargo, a pesar de que en tesis de principio todos somos iguales ante la ley, en la realidad se pueden dar situaciones que exijan una normativa diferente, por desigualdades posibles de tomar en consideración para un trato diferente. En otra sentencia, este Tribunal expresó que es necesario distinguir entre discriminación y diferenciación, dos conceptos básicos que suelen confundirse al analizar el tema de la igualdad ante la Ley. La Constitución prohíbe la discriminación, pero no prohíbe al Estado regular en forma diferente situaciones distintas, siempre y cuando tenga ese trato diferente como fundamento una base objetiva, razonable y proporcionada. Sobre este punto, la Sala indicó en el sentencia número 08671-98 de las dieciséis horas, treinta minutos del dos de diciembre del año pasado lo siguiente:*"Resulta legítima una diferenciación de trato cuando exista una desigualdad en los supuestos de hecho, lo que haría que el principio de igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales y, por ende, es inconstitucional el trato desigual para situaciones idénticas. En el caso de examen es menester hablar sobre la igualdad en la ley, y no en la aplicación de la ley, que es otra de las facetas del principio de igualdad constitucional. La igualdad en la ley impide establecer una norma de forma tal que se otorgue un trato diferente a personas o situaciones que, desde puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación de hecho. Por ello, la Administración en su función reglamentaria y el legislador, tienen la obligación de no establecer distinciones arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, en caso de existir, carecen de relevancia, así como de no atribuir consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hecho legítimamente diferenciados. De esta forma, no se puede hablar de discriminación o de trato desigual, cuando quienes lo alegan se encuentran en una situación de desigualdad de circunstancias, y tampoco puede hablarse de derecho de equiparación cuando existen situaciones legítimamente diferenciadas por la ley, que merecen un trato especial en razón de sus características. En este sentido, ya la Corte Plena, en sesión extraordinaria del veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta, manifestó: "El principio de igualdad que establece el artículo 33 de la Constitución, no tiene un carácter absoluto pues no concede propiamente un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que la ley no haga diferencias entre dos o*

más personas que se encuentran en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, y no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales." Se ha sostenido entonces la existencia de un deber que consiste, ya no en tratar a todos de la misma manera, sino más bien de sustentar y justificar las distinciones en la asignación de consecuencias jurídicas a supuestos de hecho, de modo que éstas últimas pueda decirse que resultan objetivas, razonables y además proporcionadas al fin perseguido lo cual obliga ala Sala -en el caso de que las distinciones las promueva el legislador-a revisar la presencia de las tres condiciones antedichas para verificar o descartar los reclamos del accionante."

En el caso en estudio se reclama la diferencia de trato para aquellos internos que soliciten visita íntima con personas del mismo sexo, dado que la norma solamente autoriza el supuesto de visita íntima con personas de sexo diferente al del interno, de modo que lo que procede es determinar si dicha diferencia es objetiva, razonable y adecuada al fin perseguido, todo lo cual –en criterio del suscrito- se cumple suficientemente como para entender que la diferencia es constitucionalmente válida.

III.—Para arribar a tal conclusión debe en principio tomarse en consideración que la condición de los privados de libertad no puede compararse a la de cualquier administrado en lo que respecta a la aplicación de los artículos 28 y 33 de la Constitución Política. Todas las personas que cumplen una pena privativa de libertad en los Centros Penitenciarios han sido privadas de la libertad de circulación, y si bien tal restricción no se extiende formalmente a otros derechos fundamentales, es necesario reconocer que la ejecución de ese tipo de sanción requiere irremediablemente fijar regulaciones y limitaciones imprescindibles para lograr el cumplimiento de lo ordenado por la autoridad judicial, lo cual incide intensamente en la posibilidad de autorizar el ejercicio de algunos derechos fundamentales del interno. Por esta razón, cabe entender que la situación de los éstos últimos es distinta -en este aspecto- frente a la condición de las personas en libertad, justo por la obligación legítima del Estado de contener la capacidad de despliegue de los derechos fundamentales por parte de si titular, como necesaria consecuencia de la obligación jurídica que se le ha impuesto por el tribunal que lo ha sentenciado.

IV.—Esa particular situación del interno frente a la autoridad, produce entonces que la modulación de los derechos fundamentales -que resulta ser una excepción en el régimen de libertad en los precisos términos del artículo 28 constitucional- se convierta en la regla a lo interno de los sistemas penitenciarios de modo que el Estado debe asegurarse que el rigor y seguridad necesarios para el logro del cumplimiento de la pena privativa de libertad sean alivianados única y exclusivamente si ello es necesario para lograr el cumplimiento de otros fines constitucionales de relevancia y debidamente justificados. En mi criterio, esos es lo que sucede en este caso este caso en donde la visita íntima -aún con la puesta en riesgo que conlleva para el logro del efectivo cumplimiento de la pena de prisión- intenta cumplir una finalidad y justificación constitucional cual es la derivada de la necesidad de proteger los valores recogidos en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política.

V.—Tales disposiciones constitucionales, junto con los valores que vienen asociados con ellas, nos ofrecen el límite que puede tener la autorización de una actividad como la visita íntima en las cárceles, la cual –por sí misma- conlleva la puesta en riesgo del adecuado cumplimiento de lo ordenado en una resolución firme de un juez de la República. En otros términos, no se trata en absoluto de regular la vida íntima de las personas en libertad, sino de reconocer que la visita íntima carcelaria constituye sin duda alguna un riesgo -calculado es verdad, pero alto riesgo al fin- para el cumplimiento de las obligaciones estatales en relación con los privados de libertad. Dicho riesgo -según me parece- no puede asumirse sin más por el Estado, salvo que con dicha actividad riesgosa la administración persiga el logro de fines de la mayor relevancia, como resultan ser en este caso los relacionados con el mantenimiento del núcleo familiar en los términos recogidos en los artículos constitucionales 51 y 52 referentes al matrimonio y a la familia, así como -por extensión jurisprudencial- a las uniones de hecho legalmente reconocidas, que también han sido

reconocidas por la Sala Constitucional como modalidades de familia constitucionalmente protegidas.

VI.—Dicho lo anterior y con vista de esa finalidad legítima que se busca con la visita, la diferencia establecida en la norma discutida es constitucionalmente justificada porque ella se hace eco de ese diferente tratamiento que es válido dar a las parejas heterosexuales frente a las parejas homosexuales cuando están de por medio los artículos 51 y 52 Constitucionales, según quedó establecido en su momento por la sentencia número 2006-07262 de esta Sala Constitucional que delimitó el alcance de los conceptos incluidos en los artículos 51 y 52 de la Carta Fundamental y determinó la inexistencia de una infracción constitucional al principio de igualdad constitucional en el tratamiento diferente para las parejas del mismo sexo, como se aprecia del siguiente extracto de dicho pronunciamiento:

> "VII.—Análisis del caso concreto. Adoptando como parámetro las anteriores consideraciones, se puede afirmar que la norma impugnada no quebranta el principio de igualdad. En primer lugar, porque la realidad demuestra que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las parejas homosexuales; consecuentemente, el legislador se encuentra legitimado para dar, en estos casos, un trato diferenciador. En esta dirección, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia 05/98 de 17 de febrero de 1998 (Lisa Jacqueline Grant c/ South West Trains Ltd.), llegó a la conclusión de que las relaciones estables entre personas del mismo sexo que conviven sin que exista vínculo matrimonial, no están equiparadas a las relaciones entre cónyuges o entre personas de distinto sexo que conviven sin existir dicho vínculo. En segundo término, la norma legal persigue un fin constitucional legítimo: proteger el tipo de matrimonio aceptado por el constituyente originario, sin que ello implique que los diferentes tipos de uniones nuevas de la sociedad moderna no puedan tener regulaciones jurídicas para organizar sus propias circunstancias. Desde esta perspectiva, la imposibilidad contenida en la norma impugnada, atacada de inconstitucional, es un desarrollo jurídico de las discusiones dadas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, y de criterios que, como se ha reseñado en las consideraciones de esta sentencia, tienen un arraigo socio-histórico indudable. Así las cosas, tal y como se explicará más adelante, a pesar de tener este Tribunal competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma, en el caso concreto, ello implicaría modificar toda la estructuración normativa de la concepción que sobre el matrimonio adoptó el constituyente originario. Adicionalmente, al perseguir la norma legal un fin constitucional legítimo, la distinción que hace entre un tipo de parejas y aquellas que quedan excluidas, resulta razonable y objetiva a la luz de lo señalado. Es decir, no estima la Sala que se trate de una norma arbitraria e irracional, sino una consecuencia lógica y necesaria de un tipo de matrimonio consagrado en el Derecho de la Constitución. Ahora bien, es criterio de la Sala que no existe la menor duda de que el constituyente originario optó por un matrimonio heterosexual monogámico. En efecto, revisando las Actas de la Asamblea NacionalConstituyente, Tomo N° II, páginas 569 y 573 a 586, sólo es posible concluir que la opción adoptada fue el matrimonio heterosexual. Adicionalmente, la Sala ha sostenido que: "...el ordenamiento jurídico-matrimonial costarricense se inspira en el concepto monogámico de la cultura occidental, de modo tal que para contraer matrimonio, debe existir libertad de estado..." (ver sentencia N° 3693-94 de las nueve horas con dieciocho minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y cuatro). Retomando el tema de la Asamblea Nacional Constituyente, tenemos que en la discusión de las mociones presentadas por los Diputados Trejos, Esquivel, Desanti y González Flores, el debate giró en torno a padres, hijos, niños y madres; incluso la polémica se centró en la equiparación entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio y la investigación de paternidad, lo que, obviamente supone que el constituyente originario tenía en mente un tipo de matrimonio muy puntual: el heterosexual monogámico. En lo que interesa, el Acta N° 17 de la Asamblea NacionalConstituyente señala: "(…) Creemos que la familia, precisamente la familia organizada dentro de la institución matrimonial -cuyo ideal en un país católico-, es la célula fundamental de la sociedad, y debe tener la protección especial del Estado (…)". Consecuente con lo anterior es

lo señalado por esta Sala en resolución N°2001-07521 de las 14:54 horas del 1 de agosto del 2001:

II.—Del concepto de familia contenido en la Constitución Política. Como bien lo señala el Procurador de Familia, el análisis de las normas que se consultan debe hacerse a la luz de los principios y normas constitucionales que se refieren al tema de la protección de la familia, es decir, al tenor de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política, en cuanto disponen textualmente -en lo que interesa-:

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

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

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

En virtud de ello, pretender que en ese contexto la norma cuestionada se declare inconstitucional, resultaría contrario a lo dispuesto por el constituyente originario. Aún cuando este Tribunal no desconoce que dos personas del mismo **s**exo están en posibilidad de mantener una relación sentimental -situación que nuestro ordenamiento jurídico no veda-, el término matrimonio -como concepto jurídico, antropológico y religioso- está reservado exclusivamente a la unión heterosexual monogámica, y así está desarrollado en toda la normativa referente a las relaciones familiares. Ello ha sido reconocido así no solo por el constituyente originario, según se explicó anteriormente, sino también por la normativa infraconstitucional, y diversos instrumentos del derecho internacional. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, "también denominado Pacto de San José de Costa Rica", aprobada por Ley N° 4534 de 23 de febrero de 1970, adopta un concepto heterosexual del matrimonio. En efecto, en el artículo 17, se indica que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por ella y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, entre sí, y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que no afecten el principio de no discriminación establecido en la Convención. Esta interpretación resulta razonable, al observar que el resto de la normativa de esta Convención, cuando hace alusión en términos generales indistintamente del sexo, se refiere a toda "persona" (al efecto ver los artículos 2, 3, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 20, 21, 22, 24, 25, entre otros). De manera que si el artículo 17 hace referencia a los términos hombre y mujer en forma expresa, y los demás utilizan el término "persona", es porque entiende que la institución del matrimonio es entre un hombre y una mujer entre ambos, y no entre dos personas del mismo sexo como pretende hacerlo ver el accionante. Además, se le impone el deber a los Estados parte de adoptar las medidas apropiadas para asegurar el derecho y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de su disolución. En este último supuesto, debe adoptar disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y convivencia de ellos. En igual sentido, se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Ley N° 4229 de 11 de diciembre de 1968, cuando, en su numeral 23, manifiesta lo siguiente:

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

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

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

*4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio, y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos."*Igual sucede con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que, en su numeral 16 expresa lo siguiente:

"Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio."

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Cossey vs. Reino Unido (1990), sostuvo que el derecho al matrimonio garantizado por el artículo 12 del Convenio de Roma de 1950, es el matrimonio tradicional entre dos personas de **sexo** biológico opuesto. Por su parte, el Tribunal Constitucional Español (Auto 222/94, de 11 de julio de 1994) confirmó la tesis de que el art. 32.1 de la Constitución española se refiere exclusivamente al matrimonio entre personas de distinto sexo. "La unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada ni existe un derecho constitucional a su establecimiento." A pesar de lo señalado en las anteriores citas jurisprudenciales, ello no obsta para que el constituyente derivado pueda regular las relaciones entre homosexuales."

VII.—En consonancia con lo expuesto, el artículo 66 del Reglamento impugnado no infringe el derecho de igualdad de tratamiento recogido en la Constitución Política porque la diferencia de trato que ella regula cumple cabalmente las características que se han reconocido como necesarias para la validez de una diferenciación a nivel normativo, a saber: la norma es objetiva puesto que la determinación del grupo al que favorece la norma no depende de la voluntad o subjetividad de los funcionarios, sino de reglas objetivas; además, la distinción planteada resulta razonable y adaptada al fin perseguido porque la norma busca concretar los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 51 y 52 de la Carta Fundamental, según han sido interpretados y desarrollados por la jurisprudencia de esta Sala, lo cual hace comprensible y razonable privilegiar tanto el matrimonio como la unión de hecho heterosexuales, en apego y seguimiento de la doctrina expuesta por la Sala en su momento y que se transcribió. Finalmente, la distinción es -por lo mismo- totalmente adecuada al fin constitucional perseguido porque no va más allá de lo necesario para lograr lo que se pretende, es decir estimular y mantener los lazos familiares constitucionalmente protegidos y que se restringen a los originados tanto en el matrimonio heterosexual como en la unión de hecho heterosexual legalmente reconocida.

VIII.—En conclusión, nos encontramos en la norma discutida una diferencia de trato la cual se halla justificada por el propio Derecho de la Constitución en el tanto en que -primeramente- el acceso a la visita íntima regulada en el artículo reglamentario discutido, no constituye una limitación al régimen de libertad de las personas, sino una ventaja para algunos de los internos del sistema penitenciario, cuya particular situación hace que tales ventajas puedan regularse y limitarse de forma más amplia frente a los riesgos que asume el Estado con la autorización de su ejercicio. Además, el estudio de la limitación en sí, permite concluir que ella es objetiva pues no depende de la voluntad subjetiva de los agentes estatales, y también posee la característica de ser razonable y adecuada al fin perseguido, porque con ella se logra de manera apropiada y ajustada la concreción de un fin constitucional de la mayor relevancia, tal como lo es la protección del matrimonio y la familia según explicó en los considerandos anteriores. Por todo ello, la acción debe declararse sin lugar.—Luis Paulino Mora M.

San José, 25 de enero de 2013.

Gerardo Madriz Piedra
Secretario

1 vez.—(IN2013007416)