



CARLOS ANDRES
TORRES SALAS
(FIRMA)

Firmado digitalmente por CARLOS
ANDRES TORRES SALAS (FIRMA)
Fecha: 2019.06.18 15:42:06 -06'00'

BOLETÍN JUDICIAL

ÓRGANO DEL PODER JUDICIAL

AÑO CXXV

La Uruca, San José, Costa Rica, miércoles 19 de junio del 2019

Nº 114 — 52 Páginas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Exp: 13-013032-0007-CO

Res. Nº 2018012783

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las veintitrés horas con cero minutos del ocho de agosto de dos mil dieciocho.

Acción de inconstitucionalidad promovida por [Nombre 001], cédula de identidad número [Valor 001], abogado, vecino de San José, para que se declare inconstitucional el artículo 242 del Código de Familia y el artículo 4 inciso m) de la Ley de la Persona Joven, reformado por Ley No. 9155, por estimarlos contrarios a los artículos 7, 28, 33 y 51 de la Constitución, así como 1.1, 8.1, 11, 17, 24 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 1, 5, 14, 23 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Intervinieron también en el proceso el representante de la Procuraduría General de la República. Se apersonaron en el proceso en condición de coadyuvante pasivo [Nombre 002], cédula de identidad número [Valor 002], casado, abogado, vecino de San José y como coadyuvante activo [Nombre 003], cédula de identidad número [Valor 003], jefe de la Unidad Política del Centro de Investigación y Promoción para América Central –CIPAC–, vecino de la Unión de Tres Ríos.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:16 horas del 13 de noviembre de 2013, el accionante solicita en resumen que se declare la inconstitucionalidad del artículo 242 del Código de Familia y el artículo 4 inciso m) de la Ley de la Persona Joven, reformado por Ley No. 9155. Manifiesta el accionante que el 24 de febrero de 2012, en el caso Karen Atala Riffo vs Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó claramente establecido que la orientación sexual es una categoría prohibida de discriminación, según los artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De acuerdo con el artículo 7 constitucional, el voto 2315-95 de la Sala Constitucional y los casos Amonaciad Arellano vs Chile, Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú y García Montiel y Flores vs. México, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como intérprete máximo de la Convención Americana de Derechos Humanos, son vinculantes para los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y pasan a formar parte del bloque de legalidad de éstos. Establece que con base en el principio de convencionalidad, nuestras autoridades judiciales están en la obligación ineludible de respetar la sentencia internacional citada, la cual en su párrafo 91 expresamente puntualiza que está prohibida toda norma, acto o práctica que menoscabe, restrinja o niegue derechos a una persona o grupo de personas basados en su orientación sexual. Estima que los artículos impugnados violentan el derecho a la igualdad y a la no discriminación por orientación sexual, de conformidad con la normativa nacional e internacional específicamente los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que su unión de hecho, siendo entre personas del mismo sexo, merece el reconocimiento legal en las mismas condiciones en las que se reconoce la unión de hecho entre personas de distinto sexo. Alega que la denegatoria de reconocimiento de su unión, implica una diferencia de trato arbitraria y carente de justificación objetiva y razonable, pues se basa única y exclusivamente en su orientación sexual. Indica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la

noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio, o que por considerarlo inferior, se le trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos, que si se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La normativa impugnada excluye del reconocimiento legal de la unión de hecho a parejas del mismo sexo, pues restringe ese reconocimiento a "la unión de hecho entre un hombre y una mujer, que posean aptitud legal para contraer matrimonio", por su parte el artículo 4 inciso m) no menciona expresamente la frase "entre un hombre y una mujer", presente en el artículo 242 del Código de Familia, pero la protección legal de la unión de hecho allí tutelada es para personas cuyas edades oscilen entre los 18 y 35 años, y además "que posean aptitud legal para contraer matrimonio", lo que se interpreta por los Juzgadores como la posibilidad legal que tiene la mujer de casarse con el hombre y viceversa, lo que excluye del reconocimiento legal de la unión de hecho a las parejas del mismo sexo, lo cual -en su criterio- es discriminatorio e incompatible con la Constitución Política. Menciona que en la actualidad el concepto de familia se ha ampliado dando cabida a las parejas homosexuales, razón por la cual, son merecedoras del derecho a la protección especial del Estado, la cual la normativa en cuestión, brinda de forma discriminatoria únicamente a las parejas de distinto sexo. Asimismo no existe prueba que demuestre que la convivencia en pareja de las personas homosexuales sea un riesgo para la sociedad o, que genere algún efecto negativo o adverso sobre los "componentes éticos y culturales" de la sociedad, por cuanto lo único que hay son presunciones de riesgo, generadas en prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamiento de las personas homosexuales. La negación en cuanto al reconocimiento legal de la convivencia de hecho de las personas homosexuales, contenida en los artículos 242 del Código de Familia y 4 inciso m) de la Ley de la Persona Joven, constituye también la interferencia "arbitrariedad o abusiva" por parte del Estado en la vida privada de las personas, así como en su autonomía para tomar decisiones sobre el plan de vida personal de acuerdo con su orientación sexual. Indica que las normas impugnadas no contiene prohibición expresa alguna que obligue a los jueces de Familia a negar el reconocimiento legal a las parejas homosexuales que conviven en unión de hecho, como sí ocurre en el caso del matrimonio, según lo regula el artículo 14 inciso 6) del Código de Familia, por lo que se presenta un vacío legal que debe ser suplido analógicamente por los Tribunales, según las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, así como por mandato constitucional. Los jueces y tribunales internos están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, está en la obligación de velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, por lo cual el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos, la Convención mencionada, los tratados y la interpretación última que de ellos hace la Corte Interamericana de derechos humanos. A la luz del caso Karen Atala Riffo vs. Chile, los artículos cuestionados deben ser declarados inconstitucionales, y en consecuencia la frase "entre un hombre y una mujer" debe leerse "entre dos personas" y que la frase "aptitud legal para contraer matrimonio" no tenga ninguna relación con la orientación sexual de los integrantes de la pareja, se interprete en el sentido de que debe tratarse de personas mayores de edad, que tengan libertad de estado, que no tengan lazos de parentesco entre sí, por consanguinidad o afinidad y se encuentren en pleno uso de sus capacidades mentales, debiendo reconocerse legalmente la

convivencia de hecho de dos hombres o dos mujeres que reúnen condiciones de estabilidad, notoriedad y singularidad.

2.- A efecto de fundamentar la legitimación que ostenta para promover esta acción de inconstitucionalidad, señala que proviene del proceso judicial de reconocimiento no contencioso de unión de hecho presentado ante el Juzgado de Familia de Desamparados, que se tramita bajo el expediente número [Valor 004].

3.- Por resolución de las 14:20 horas del 29 de enero de 2014 (visible a folio 176 a 180 del expediente), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República.

4.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 45, 46 y 47 del Boletín Judicial, de los días 5, 6 y 7 de marzo del 2014 (folio 224 del expediente).

5.- La Procuraduría General de la República rindió su informe. Señala que: **a) Sobre la legitimación:** que ésta proviene del proceso judicial de reconocimiento no contencioso de unión de hecho entre personas del mismo sexo que se tramita ante el Juzgado de Familia de Desamparados bajo el expediente n.º [Valor 005] y que se encuentra pendiente de resolución, en el que incluso, la misma Juzgadora llamada a resolver en dicho caso, formuló consulta de constitucionalidad ante esa Sala mediante resolución n.º 864-13 de las 10:00 horas del 5 de diciembre del 2013. Por lo que, ante la existencia de dicho asunto base sin resolver la Procuraduría no encuentra reparo alguno a que se entre a conocer por el fondo esta acción, al cumplirse con el requisito de admisibilidad previsto en el artículo 75, párrafo primero, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (n.º 7135 del 11 de octubre de 1989); **b) Sobre el fondo del asunto:** Es criterio de la Procuraduría General de la República que esta acción de inconstitucionalidad debe desestimarse en virtud de que los artículos 242 del Código de Familia y 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven resultan conformes con el bloque de constitucionalidad, según los siguientes criterio: La inconformidad del accionante se plantea en las frases “entre un hombre y una mujer” del artículo 242 del Código de Familia y la frase “con aptitud legal para contraer matrimonio” del artículo 4 inciso m) de la Ley de la Persona Joven, que para él, se restringe el ámbito de protección legal de la convivencia de hecho a la formada “entre un hombre y una mujer” (lo que considera una discriminación explícita) que posean “aptitud legal para contraer matrimonio” (lo que considera una discriminación implícita). Al efecto sostiene que la orientación sexual de la persona, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente, el caso de Atala Riffo y Niñas vs. Chile, del 24 de febrero de 2012, constituye un criterio prohibido de discriminación y una categoría sospechosa inmersa en la frase de “otra condición social” que contemplan los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El recurrente afirma que, además de los cambios que se han dado en el escenario nacional e internacional a favor de los derechos del colectivo de homosexuales, es la primera vez que se invoca la inconstitucionalidad del artículo 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven en una acción – si bien ya en al menos dos ocasiones se ha cuestionado esa misma disposición, siendo ambas rechazadas de plano por problemas de admisibilidad en los recientes votos números 2013-10828 de las 15:00 horas del 14 de agosto y 2013-014674 de las 14:30 horas del 6 de noviembre, los dos del año pasado, en este último incluso él también figuró como accionante – y que la citada sentencia de la Corte Interamericana de Atala Riffo y Niñas vs. Chile constituye un “hecho nuevo”, todo lo cual justifica un nuevo estudio por parte de ese alto Tribunal del tema del reconocimiento de los efectos sociales y patrimoniales de las uniones entre personas del mismo sexo. No obstante, aun cuando no se conozca un pronunciamiento de fondo en cuanto a la validez constitucional del artículo 4 inciso m) de la Ley General de la Persona

Joven, nos parece que el reparo que se hace a la frase “con aptitud legal para contraer matrimonio”, puede ser reconducido al análisis que ya había hecho la Sala Constitucional desde el voto n.º 2006-7262 de las 14:46 horas del 23 de mayo del 2006, pues en la medida en que dicha expresión sea interpretada desde la óptica del matrimonio convencional o heterosexual –como así también parece entenderlo el recurrente–, no habría inconstitucionalidad alguna al responder a “la concepción que sobre el matrimonio adoptó el constituyente originario.” De manera que siendo consecuentes con la postura que hasta la fecha ha sido mantenida por ese alto Tribunal, al menos por su voto de mayoría, la Procuraduría reitera la posición rendida en el informe de la acción de inconstitucionalidad n.º 09-003347-0007-CO, en la que se impugnaba también las mismas frases del artículo 242 del Código de Familia, al estimarse, como ahora, que se limitaba el reconocimiento de las uniones de hecho a las relaciones entre parejas heterosexuales. Sustentándonos también en las razones adicionales dadas por el magistrado Rueda en el voto n.º 2012-05590 de las 16:01 horas del 2 de mayo del 2012, el Tribunal Constitucional, como cualquier otro órgano jurisdiccional, no puede convertir en ley la voluntad subjetiva de sus miembros a través de una interpretación, y la justicia del caso concreto no puede alcanzarse nunca forzando la delicada estructura del ordenamiento jurídico, cuando en nuestro caso, de acuerdo a los artículos 2, 9, y 105 de la Constitución Política, la potestad de legislar el pueblo soberano la delega en un Poder distinto e independiente del Judicial: la Asamblea Legislativa. Por lo que aun cuando el recurrente sostenga la existencia de un cambio en el escenario nacional en esta materia, que incluso podría calificarse como avances hacia una sociedad más inclusiva, no puede perderse de vista el tema de la legitimidad democrática que está en la base de toda esta discusión para tomar la decisión, en lugar del legislador, de ampliar los alcances de un instituto basado en el matrimonio convencional para regular las uniones de parejas homosexuales.

Incluso, cabría argumentar también que el problema de vacío normativo que el accionante utiliza para fundamentar la violación al artículo 41 constitucional no quedaría para nada resuelto con una sentencia favorable por parte de esa honorable Sala, en tanto siempre haría falta una regulación expresa que esclarezca si efectivamente a este tipo de vínculos se le reconocen los mismos derechos y consecuencias jurídicas de las uniones de hecho heterosexuales (verbigracia, el tema del beneficio del aseguramiento tratado en el citado voto n.º 2012-05590, entre muchos otros efectos más). De ahí que el reconocimiento paulatino a los derechos de estos grupos de personas en ordenamientos próximos al nuestro no haya seguido el camino judicial, sino el parlamentario, como así lo pusimos de manifiesto en el pronunciamiento OJ-095-2007, del 21 de setiembre de 2007. De conformidad con lo expuesto, la Procuraduría mantiene la línea – en coherencia con la trazada por la Sala Constitucional – en el sentido de que las normas impugnadas que regulan los efectos civiles de las relaciones de hecho entre personas de distinto sexo no son inconstitucionales por sí mismas, y que los efectos sociales y patrimoniales de las relaciones entre personas del mismo sexo deben regularse mediante la legislación que se estime conveniente. Finalmente, discrepamos con la consideración que hace el accionante de que el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile de la Corte Interamericana pueda tenerse como un “hecho nuevo” no antes analizado por esa Sala Constitucional en este preciso tema de la protección legal a las uniones de parejas del mismo sexo. Por cuanto en el citado voto n.º 2012-05590 la Sala Constitucional analizó con detenimiento los alcances del llamado control de convencionalidad a la luz precisamente de dicha sentencia de la Corte Interamericana, tesis que compartimos en plenitud a partir de lo que establece el artículo 68.1 del Pacto de San José, cuando señala que “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.” (El subrayado es nuestro). Sin restarle mérito, ni

importancia a la jurisprudencia que emana de la Corte Interamericana en la interpretación y aplicación de los instrumentos de derechos humanos vigentes en el país, lo cierto es que al igual que el caso analizado en la sentencia señalada, en la especie tampoco nos encontramos ante el mismo cuadro fáctico.

6.- Presenta escrito [Nombre 003], en su calidad de coadyuvante activo y jefe de la Unidad Política del Centro de Investigación y Promoción para América Central –CIPAC-, y señala: después de ocho años la Asamblea Legislativa, no ha acatado la recomendación emanada por esa Sala en el voto número 7262-06 del 2006, cuando se declaró la constitucionalidad del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia: “*Es legalmente imposible el matrimonio... entre personas de un mismo sexo*”, pero a la vez agregó la Corte que correspondía al “*legislador derivado*” adoptar las medidas necesarias para superar la discriminación que “*la ausencia de una regulación normativa apropiada para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones*” podrían implicar para las parejas homosexuales. Agrega que un hecho similar ocurrió en Colombia, con la sentencia C-098/96 relacionada con la regulación en términos idénticos al actual artículo 242 del Código de Familia, aunque posteriormente en 2007 ese mismo Tribunal al resolver otra acción contra la misma norma, dada la omisión del “*legislador derivado*” para cumplir con la “*recomendación*” de dictar una ley de unión de hecho –tal como dispuso esa Sala en el mencionado voto 7262-06- para las parejas homosexuales, declaró la inconstitucionalidad de la Ley 54 de 1990, sentencia C-075/07. Agrega que la Magistrada Calzada recalca que, después de cinco años de emitido el voto 7262-06, la renuencia de la Asamblea Legislativa a dictar una Ley de Unión de Hecho para las Parejas Homosexuales “*amenaza en forma directa el derecho de una minoría a que su situación particular sea regulada por una ley formal*” por lo que, es a la “*Sala especialidad de la Corte Suprema de Justicia, en materia de control de constitucionalidad*”, a la que le corresponde ponerle fin a la discriminación contenida en el artículo 242 del Código de Familia que excluye a las parejas homosexuales del reconocimiento legal de la unión de hecho, y no a la Asamblea Legislativa, especialmente, ante la constatación de estar “*inobservando de manera indirecta, las razones ofrecidas por esta Sala*”. Indica que están siendo afectados en su derecho a que se reconozca en los términos del artículo 242 del Código de Familia, y la Ley 7532, la unión de hecho homosexual, en los mismo términos que se reconoce a las parejas heterosexuales, de conformidad con lo establecido en la Ley 7532 –Unión de Hecho- del 8 de agosto de 1995, y en particular el artículo 242 del Código de Familia.

7.- Presenta escrito [Nombre 002], en su calidad de coadyuvante pasivo, y señala: **a)** nuestro ordenamiento jurídico no prohíbe que dos personas del mismo sexo puedan tener una relación sentimental o que convivan, mediante la cual puedan disponer libremente de sus bienes el uno para el otro, ya sea inter vivos o mediante disposición testamentaria, según el numeral 595 del Código Civil, donde la única limitación es de que debe dejar “*asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor, y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; además deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten*”. **b)** en cuanto a la Ley General de la Persona Joven en su artículo 4 inciso m), que es una ley en la que se legisla solamente a favor de las “*personas con edades comprendidas entre los doce y treinta y cinco años*”, el reproche que el accionante formula no puede ser acogido, pues lo que el legislador hizo fue precisamente establecer lo que la Sala ya había dispuesto desde su voto 7262-2006 en cuanto a que la frase “*con aptitud legal para contraer matrimonio*”, se debe entender que se refiere al matrimonio entre hombre y mujer y no entre dos personas del mismo sexo, por lo que el legislador no incurrió tampoco en ninguna violación que se reprochable.

8.- Mediante resolución de las 16:13 horas del 27 de marzo de 2014, se tuvo por contestada la audiencia conferida a la Procuraduría General de la República. Asimismo, se admitieron la coadyuvancia pasiva de [Nombre 002] y la activa de [Nombre 003], en su condición de Jefe de la Unidad Política de CIPAC (folio 237 del expediente).

9.- Mediante escrito recibido el 18 de noviembre del 2014 el accionante solicita votar la presente acción o señalar vista. Reiterado mediante escrito presentado el 03 de julio del 2015, del 02 de junio del 2016, del 15 de febrero del 2017, del 11 de enero del 2018, del 14 de mayo del 2018 y del 15 de mayo del 2018.

10.- El Magistrado Instructor solicitó, el 05 de junio del 2015, al Juez del Juzgado de Familia del II Circuito Judicial de San José, Montelimar, una copia del expediente judicial que se tramita en el expediente [Valor 006], donde recientemente se dictó la sentencia n°270-15 de las 08 horas del 15 de abril del 2015. Expediente que es enviado mediante escrito del 18 de agosto del 2015.

11.- Mediante resolución de las 08:13 horas del 25 de junio del 2015 el Presidente de la Sala Constitucional resuelve: Aceptar la inhibitoria de la Magistrada Hernández López y tenerla por separada del conocimiento de esta acción.

12.- Mediante resolución de las 10:41 horas del 02 de febrero del 2016, se procede a conferir audiencia al Juzgado de Familia de Desamparados donde se tramita el expediente No. [Valor 005], que es el asunto previo pendiente que sirve de sustento a la legitimación de esta acción de inconstitucionalidad. Lo anterior por cuanto, conforme interpretación reciente de esta Sala Constitucional derivada de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se debe conferir audiencia “*a la contraparte que figure en el asunto principal...*”, correspondiendo en este caso la audiencia al Juzgado (folio 335 y 341 del expediente).

13.- Solicita [Nombre 004], mediante escrito presentado el 13 de febrero del 2017, que se le de pronta resolución a esta acción.

14.- Mediante escrito presentado a las 09:30 horas del 22 de febrero del 2016, el Juzgado de Familia de Desamparados se pronuncia al respecto, indicando que corresponderá a la Sala Constitucional determinar el fondo de lo planteado, presentando un resumen del criterio de la PGR, de la Convención Interamericana sobre discriminación, los pronunciamientos de la OEA sobre la orientación sexual, identidad y expresión de género.

15.- Mediante escrito presentado el 12 de enero del 2018, [Nombre 005], solicita la pronta resolución de esta acción.

16.- En escrito recibido el 18 de mayo de 2018, [Nombre 006] y [Nombre 007], solicitan estimar esta acción y ofrecen argumentos en su apoyo.

17.- Mediante escrito recibido el 22 de julio de 2018, [Nombre 008] presenta coadyuvancia activa.

18.- Mediante escrito recibido el 23 de julio de 2018, [Nombre 009], se opuso a esta acción.

19.- En escrito recibido el 24 de julio de 2018, [Nombre 010], Comisionado Presidencial para asuntos de la población LGBTY y [Nombre 011], Diputado, presentan informe respecto al tema de esta acción de inconstitucionalidad.

20.- Mediante escrito presentado el 31 de julio del 2018, [Nombre 012] y otros solicitan declarar con lugar esta acción de inconstitucionalidad.

21.- 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.

22.- En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Cruz Castro; y,

Considerando:

I.- De previo. Antes de proceder el examen de fondo de esta acción, corresponde de previo pronunciarse sobre el supuesto incumplimiento de la orden de suspensión dada por esta Sala (A) y sobre las coadyuvancias presentadas fuera del plazo (B).

A) Sobre el supuesto incumplimiento de la orden de suspensión dada por esta Sala en la resolución de curso de esta acción.- En la resolución de las 14:20 horas del 29 de enero del 2014, que le dio curso a esta acción, y de la misma manera que se hace en todas las acciones tramitadas por esta Sala, se ordenó lo siguiente: “*Publíquese por tres veces consecutivas un aviso en el Boletín Judicial sobre la interposición de la acción, para que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de lo cuestionado, no se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho el pronunciamiento del caso. Este aviso sólo afecta los procesos judiciales pendientes en los cuales se discuta la aplicación de lo impugnado y se advierte que lo único que no puede hacerse en dichos procesos, es dictar sentencia o bien, el acto en que haya de aplicarse lo cuestionado en el sentido en que lo ha sido. Igualmente, lo único que la acción suspende en vía administrativa es el dictado de la resolución final en los procedimientos tendentes a agotar esa vía, que son los que se inician con y a partir del recurso de alzada o de reposición interpuestos contra el acto final, salvo, claro está, que se trate de normas que deben aplicarse durante la tramitación, en cuyo caso la suspensión opera inmediatamente.*” En este caso trascendió a la luz pública que un juez había procedido a aplicar las normas aquí cuestionadas, pese a la anterior suspensión. Debido a ello y con el fin de resolver lo que corresponda, mediante oficio del Magistrado Instructor del 5 de junio del 2015, se solicitó de oficio al Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José, una copia del expediente judicial [Valor 006], proceso de reconocimiento de unión de hecho donde se dictó sentencia no.270-15 de las 8 horas del 15 de abril del 2015. Dicho Juzgado envió la copia solicitada, y esta Sala observó el expediente. Al respecto, como en este caso ya la Inspección Judicial tiene investigación pendiente, se omite pronunciamiento sobre si en este caso hubo o no desobediencia a la orden de suspensión dada por esta Sala.

B) Sobre el rechazo de todas las coadyuvancias y escritos presentados tardíamente.- Tal como se desprende de la resolución de las 16:13 horas del 27 de marzo del 2014, las únicas coadyuvancias admitidas, por ser presentadas dentro del plazo que establece el artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, fueron la coadyuvancia pasiva de [Nombre 002] y la activa de [Nombre 003]. Todas las demás, presentadas con posterioridad a dicha fecha, resultan inadmisibles, en cuanto las presentadas mediante escritos en las fechas siguientes: - 18 de mayo de 2018, [Nombre 006] y [Nombre 007], donde solicitan estimar esta acción y ofrecen argumentos en su apoyo. -22 de julio de 2018, [Nombre 008] presenta coadyuvancia activa. -23 de julio de 2018, [Nombre 009], se opuso a esta acción. -24 de julio de 2018, [Nombre 010], Comisionado Presidencial para asuntos de la población LGBTY y [Nombre 011], Diputado.

II.- Objeto de la impugnación.- El accionante impugna el artículo 242 del Código de Familia (Ley n.º5476 del 21 de diciembre de 1973), en cuanto a las frases “...entre un hombre y una mujer...” y “... aptitud legal para contraer matrimonio...”; y el numeral 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven (n.º8261 del 2 de mayo del 2002), en lo que respecta a la frase “...con aptitud legal para contraer matrimonio.” únicamente en tanto dicha aptitud remite al

artículo 14 del Código de Familia, cuyo inciso 6) prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. En particular, la frase “con aptitud legal para contraer matrimonio” se impugna únicamente con respecto al trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, que de tal regulación se deriva. Los ordinales cuestionados disponen lo siguiente:

“Artículo 242.-

La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.”

(Así adicionado por el artículo 1º de la ley No.7532 del 8 de agosto de 1995)

(Así corrida su numeración por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó del antiguo artículo 229 al 242) [El subrayado no es del original].

“Artículo 4.- Derechos de las personas jóvenes

(...)

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

Estima dichas frases contrarias a los artículos 7, 28, 33, 41 y 51 de la Constitución Política; 1.1, 8.1, 11, 17, 24 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (aprobada por Ley n.º4534 de 23 de febrero de 1970) y 1, 5, 14, 23 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por Ley n.º4229 del 11 de diciembre de 1968), en tanto discriminan, en forma explícita e implícita respectivamente, a las parejas del mismo sexo por su orientación sexual. Los argumentos del accionante se centran en que desde el 24 de febrero de 2012, en el caso Karen Atala Riffo vs Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó claramente establecido que la orientación sexual es una categoría prohibida de discriminación, según los artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

III.- Las reglas de legitimación en las acciones de inconstitucionalidad y la legitimación en este caso.- 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 previstos en los párrafos segundo y tercero de ese artículo, es decir, cuando por la naturaleza de la norma no haya lesión individual o directa; cuando se fundamente en la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, o cuando 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. A partir de lo dicho en el párrafo anterior, es claro que el actor ostenta legitimación suficiente para demandar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas. La legitimación de la parte accionante proviene del proceso judicial de reconocimiento no contencioso de unión de hecho entre personas del mismo sexo que se tramita ante el Juzgado de Familia de Desamparados bajo el expediente n.º [Valor 005] y que se encuentra pendiente de resolución, en el que incluso, la misma Juzgadora llamada a resolver en dicho caso, formuló consulta de constitucionalidad ante esa Sala mediante resolución n.º864-13 de las 10:00 horas del 5 de diciembre del 2013. Por lo demás, se trata de la impugnación de normas legales, de materia cuya

constitucionalidad procede revisar en esta vía. Además, el actor cumplió los requisitos estipulados en los numerales 78 y 79 de la Ley de rito. En conclusión, la presente acción es admisible, por lo que debe entrarse de inmediato a discutir el objeto y el fondo del asunto.

IV.- En cuanto a la conformación de una mayoría en el sub examine. En el sub examine, existe una mayoría de seis Magistrados que concuerdan en que la acción debe ser declarada con lugar y se debe instar a la Asamblea Legislativa a adecuar el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo. Sin embargo, dicha mayoría se divide en dos grupos según las razones que llevaron a efectuar tal declaratoria, de manera que los Magistrados Cruz Castro, Rueda Leal y Esquivel Rodríguez expondrán sus motivos en un acápite, mientras que los Magistrados Salazar Alvarado, Araya García y Hernández Gutiérrez lo harán en otro. El Magistrado Castillo Víquez, por su parte, declara sin lugar la acción en todos sus extremos.

V.- Razones de los magistrados Cruz Castro, Rueda Leal y Esquivel Rodríguez.

1.- Sobre los antecedentes jurisprudenciales de la Sala en la materia de discriminación por orientación sexual.-

En el mismo sentido en que se resolvió en el voto número 2018-012782 de las 17:45 horas del 08 de agosto del 2018. Como punto de partida, se debe recordar que la jurisprudencia de la Sala ha determinado que toda discriminación sustentada en la orientación sexual o la identidad de género de una persona es contraria a la Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y demás

Firmado digital de: instrumentos internacionales atinentes al tema, ratificados por el país:

“V.- Sobre la discriminación sexual. A través de su línea jurisprudencial esta Sala ha reconocido como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es contraria al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe en su artículo 26 la discriminación por motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; de lo que también deriva que no son permitidos los actos que atenten contra el derecho a la igualdad y dignidad humana de las personas por su orientación sexual, pues tienen derecho a acceder a cualquier establecimiento comercial y a recibir un trato igual, sin discriminación en razón de su preferencia sexual.” (Sentencia N° 2007-018660 de las 11:17 horas del 21 de diciembre de 2007; en el mismo sentido ver los votos N° 2010-20233 de las 17:36 horas del 30 de noviembre de 2010, N° 2011-8724 de las 9:18 horas del 1° de julio de 2011, N° 2012-6203 de las 11:06 horas del 11 de mayo de 2012, N° 2012-10774 de las 9:15 horas del 10 de agosto de 2012 y N° 2014-2273 de las 9:05 horas del 21 de febrero de 2014).

A) En cuanto a las uniones entre personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Sala.

Al respecto, la jurisprudencia de esta sede comenzó por señalar que porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, imponía que el legislador llenara la laguna jurídica derivada de la falta de regulación jurídico-positiva respecto de las uniones entre personas del mismo sexo. Tal situación fue mencionada en la sentencia N° 2006-7262 de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006, donde la Sala se pronunció de esta forma:

“IX.- Ausencia de normativa para regular las uniones homosexuales. De acuerdo con el análisis realizado, la Sala concluye que la imposibilidad legal para que personas del mismo sexo contraigan matrimonio, contenida en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, no lesiona el principio de libertad previsto en el artículo 28, ni el contenido del numeral 33, ambos de la Carta Política, toda vez que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las homosexuales. De manera que, ante situaciones distintas, no corresponde otorgar igualdad de trato. En consecuencia, tampoco procede aplicar la normativa desarrollada para el matrimonio en los términos actualmente

concebidos en nuestro ordenamiento constitucional. Asimismo, no se produce roce constitucional por no existir impedimento legal para la convivencia entre homosexuales, y la prohibición contenida en la normativa impugnada se refiere específicamente a la institución denominada matrimonio, que el constituyente originario reservó para las parejas heterosexuales, según se explicó. A pesar de lo dicho en el considerando III de esta sentencia en cuanto a la naturaleza y evolución histórica del matrimonio (que permite llegar a la conclusión contraria a las pretensiones del accionante), esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello, se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario. Estamos, entonces, en presencia de un escenario de lege ferenda, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado. Esto se indica, además, porque en la documentación que corre agregada en autos, y según lo expresado en la audiencia oral llevada a cabo durante la sustanciación de este proceso, algunos países han ido promulgando leyes (en sentido formal) que han dotado de un marco jurídico y ciertas formalidades a estas uniones, con el propósito de que tengan efectos jurídicos específicos en relación a (sic) las personas que las llevan a cabo. Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales.”

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

B) Sobre el caso Oliari y otros vs. Italia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el fallo Oliari y otros vs. Italia del 21 de julio de 2015, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) conoció el caso de varias personas que reclamaban que la legislación italiana no les permitía casarse o formalizar algún otro tipo de unión civil, lo que estimaron una discriminación basada en su orientación sexual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El TEDH observó que la necesidad de reconocer y proteger tales relaciones había tenido un alto perfil en las más altas instancias jurídicas de Italia, incluyendo la Corte Constitucional y la Corte de Casación de ese país. Precisamente, la primera había reiterado el llamado al reconocimiento jurídico de los deberes y obligaciones

de las uniones homosexuales, una medida que, sin embargo, solo podía ser tomada por el Parlamento. Esta situación se reflejaba en los sentimientos de la mayoría de la población italiana, según encuestas oficiales. A pesar de ello y de varios intentos, el Legislador no había logrado promulgar la legislación pertinente.

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

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

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

El caso Oliari no es el único que ha sido llevado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), relacionado con parejas del mismo sexo. Esta temática, con diferentes matices, ha sido tratada en otros asuntos, como *Schalk y Kopf vs Austria* (24 de junio de 2010), *Vallianatos y Otros vs Grecia* (7 de noviembre de 2013), *Hämäläinen vs Finlandia* (16 de julio de 2014) y *Chapin y Charpentier vs Francia* (9 de junio de 2016). Al igual que en Oliari, en estos casos ha enfatizado el TEDH la necesidad de reconocer un margen de apreciación a los Estados, dada las particulares connotaciones de la cuestión. Justamente, en *Chapin y Charpentier vs Francia*, el TEDH concluyó que la institución del matrimonio había sido profundamente trastocada por la evolución de la sociedad desde que se adoptó el Convenio; empero, no existía un consenso europeo sobre la cuestión del matrimonio homosexual, de ahí que debía regirse por las leyes nacionales de los Estados contratantes. En ese caso, el Tribunal subraya que continúa con el criterio de *Hämäläinen y Oliari* y otros, y, además, destaca, por un lado, que Francia ya contaba con el Pacto Civil de Solidaridad (figura jurídica que regula las relaciones de pareja en personas del mismo sexo) y, por otro, “que, desde la presentación de la solicitud” [ante el TEDH], la ley del 17 de mayo 2013 otorgó el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales (párrafo 24, arriba citado) y que los demandantes son ahora libres de casarse.”. El criterio recogido en *Chapin y Charpentier*, según se consigna, tuvo como un argumento para resolver, el hecho de que luego de formulada la gestión, se hubiera emitido una ley que vino a permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Para el sub examine, como se analiza *ut infra*, el caso Oliari revela que la ausencia absoluta en el ordenamiento jurídico de una institución formal y legal de reconocimiento para las relaciones homosexuales puede generar un estado lesivo para los derechos fundamentales de esta minoría.

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

En el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, la Corte IDH reconoció la orientación sexual y la identidad de género de las personas como categorías protegidas por el artículo 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. En resumen, el asunto versaba sobre la pérdida que sufrió la señora Atala Riffo de la custodia o tuición sobre sus hijas, debido a su orientación sexual y convivencia en pareja con una persona del mismo sexo. En lo que interesa a esta decisión, la Corte IDH aseveró que el Estado chileno había incurrido en actuaciones contrarias a la Convención, al quitarle la custodia en cuestión con base en argumentos abstractos, estereotipados y discriminatorios.

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

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

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

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

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

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

“En el presente asunto, se discute, entre otros aspectos, el aseguramiento que pretende hacer una persona a su pareja del mismo sexo por lo que, en criterio de la mayoría de este Tribunal Constitucional, resultan aplicables las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual. Ciertamente, en la sentencia No.2012-5590 de las 16:01 horas de 2 de mayo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro —norma que definía como beneficiario del seguro de salud a aquella persona de sexo distinto—, la mayoría de esta

Sala consideró que no resultaba aplicable al tema del aseguramiento para parejas del mismo sexo lo resuelto en la sentencia dictada por la CIDH. No obstante, bajo una mejor ponderación (partiendo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley que rige esta jurisdicción) y considerando la doctrina establecida por ese Tribunal internacional en cuanto a la prohibición de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de incurrir en actos discriminatorios en contra de las personas por su orientación sexual, esta Sala estima procedente utilizar aquellas consideraciones jurídicas como parámetro de interpretación para resolver el presente asunto aun cuando se trate de situaciones fácticas distintas, ya que, la ratio decidendi es igual, por cuanto, se trata de impedir toda discriminación por razón de la orientación sexual. Lo anterior atendiendo a que, según lo dispuesto por la CIDH “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención” y, por ende, quedan proscrita cualquier práctica fundada en esos aspectos.”

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

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

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

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

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

Tras reiterar que la orientación sexual es una categoría protegida por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (por ejemplo, en el parágrafo 104 expresamente señala que la orientación sexual y la identidad de

género de las personas son categorías protegidas por la Convención, por lo que esta proscribiera cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona), la Corte IDH decidió:

“124. En el presente caso, se puede concluir que el Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, la Corte encuentra que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana.

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

De esta manera, la Corte IDH dispuso que no se puede negar o limitar el reconocimiento de ningún derecho a una persona, como lo es el acceso a una pensión, debido a su orientación sexual, toda vez que ello violenta el artículo 24 de la Convención Americana. Se hace hincapié en el hecho de que el cuadro fáctico de este fallo difiere de aquel conocido en el asunto *Atala Riffó vs. Chile*, por cuanto en el primero se pretendía el reconocimiento de un derecho al que todavía no se había accedido, mientras en el segundo el derecho en cuestión ya le había sido reconocido a la persona afectada pero arbitrariamente le había sido cercenado. Finalmente, la Corte IDH se pronunció sobre el tema en la opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. A instancia de Costa Rica, la Corte IDH dilucidó las siguientes preguntas, entre otras:

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

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

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

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

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

(...)

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

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

226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo

sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.

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

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

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

De manera conclusiva, la Corte IDH opinó:

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

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

2.- Sobre lo resuelto en el voto número 2018-012782 de las 17:45 horas del 08 de agosto del 2018 en cuanto al matrimonio entre personas del mismo

sexo.- Al tratarse de materia similar, aunque no idéntica, conviene traer en este asunto, un extracto de lo resuelto por esta Sala en cuanto al matrimonio entre personas del mismo sexo. En el voto número 2018-012782 de las 17:45 horas del 08 de agosto del 2018 se resolvió lo siguiente:

“VI. Sobre el matrimonio religioso y las instituciones civiles. La Sala estima necesario recordar la diferente naturaleza jurídica entre el matrimonio religioso y las instituciones civiles relativas a las relaciones de pareja. El primero, de fuerte raigambre histórica y cultural, se basa en las creencias espirituales de cada persona, las cuales usualmente vinculan la unión marital de una pareja con un compromiso respecto de determinada concepción de Dios y, concomitantemente, de los valores, principios y reglas aparejados a la correspondiente religión. En este caso, desde el punto de vista del Estado, cobra trascendental importancia el respeto a la libertad religiosa y de culto:

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

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

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

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

Por consiguiente, lo que se resuelve en el sub judice, en nada afecta los requerimientos y cualidades propios del matrimonio religioso. Este se sigue rigiendo por los cánones propios de un particular conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos y expresiones de veneración y compromiso para con ella. de

normas morales que dirigen la conducta individual y social de los creyentes, y de prácticas rituales, principalmente la oración y el culto. Reiteramos, esto se encuentra cobijado por la libertad religiosa y de culto, que implica someterse voluntaria y libremente a las reglas de cierto credo. Este acto de libertad merece y debe ser protegido constitucionalmente, de manera que, con motivo de la práctica y el seguimiento de las diversas reglas religiosas, no cabe alegar discriminación por orientación sexual, toda vez que la pertenencia o no a alguna religión es una decisión libre y voluntaria de cada quien.

VII.- Sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Los elementos recogidos hasta ahora permiten a la Sala analizar la constitucionalidad del inciso 6 artículo 14 del Código de Familia, objeto de esta acción.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se

recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.

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

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

El impedimento estatuido en el inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia, impugnado en esta acción, resulta inconstitucional por violación al derecho a la igualdad, cobijado en los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por un lado, la norma cuestionada se traduce por sí misma en una prohibición para el matrimonio entre personas del mismo sexo, negándoseles con base en su orientación sexual el acceso a tal instituto; por otro, de manera refleja afecta la posibilidad de que las parejas del mismo sexo accedan a la figura de la unión de hecho, toda vez que el ordinal 242 del Código de Familia se refiere a la "...aptitud legal para contraer matrimonio..."; con lo que remite a las imposibilidades legales del numeral 14, entre ellas la que es objeto del sub examine. Es decir, la norma cuestionada impide tanto la formalización de un matrimonio como el reconocimiento de una unión de hecho entre personas del mismo sexo por la sola razón de la orientación sexual, lo que contraría la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida que esta ha venido a expandir la cobertura de protección en esta materia.

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

Así, en el ámbito del derecho convencional europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha acudido a las mencionadas sentencias piloto, cuando detecta que determinada violación a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) se origina en un problema generalizado y sistémico subyacente en un Estado que viene a afectar a toda una clase de personas. Cuando esto ocurre, con base los artículos 1, 18 y 46.1 del CEDH, el TEDH exige al Estado demandado que adopte medidas generales para solventar la situación, suspendiendo de paso los procesos asociados a la misma causa. El primer caso fue Broniowski V. Polonia (N° 31443/96 sentencias sobre el fondo de 22 de junio de 2004 y sobre el arreglo amistoso de 28 de setiembre de 2005), en el que el demandante alegó que las autoridades polacas habían incumplido la obligación de indemnizarle por ciertos bienes familiares en el territorio cercano al río Bug, que se vio obligada a ceder tras la Segunda Guerra Mundial. El TEDH consideró lo anterior contrario al artículo 1 del protocolo adicional del CEDH y sostuvo que tal violación se originó en un problema sistémico relacionado con el mal funcionamiento de la legislación y práctica doméstica de Polonia causado por la falta en establecer un mecanismo efectivo para implementar el "derecho al crédito" de los demandantes de Bug River. Posteriormente, se han dictado muchas sentencias piloto (entre ellas, Hutten-Czapska c. Polonia núm. 35014/97, Sejdic c. Italia, núm. 56581/00, Burdov (No. 2) c. Rusia, núm. 33509/04, Olaru y otros c. Moldavia, núms. 476/07, 22539/05, 17911/08 y 13136/07, Yurij Nikolayevich Ivanov c. Ucrania, núm. 40450/04, Suljagic c. Bosnia Herzegovina, núm. 27912/02, Maria Atanasiu y otros c. Rumania, núm. 30767/05 y 33800/06, Vassiliou Athanasiou c. Grecia, núm. 50973/08, Greens y M. T. c. Reino Unido, núm. 60041/08, Dimitrov y Hamanov c. Bulgaria, núm. 48059/06, Finger c. Bulgaria, núm. 37346/05).

En sentido similar, pero dentro del ámbito constitucional, la Corte Suprema de Estados Unidos fue pionera en las citadas structural injunctions. Por ejemplo, en el trascendental caso de lucha contra la discriminación racial Brown contra Consejo de Educación de Topeka (347 U.S. 483, sentencias de 17 de mayo de 1954 -Brown I- y 31 de mayo de 1955 -Brown II-), por voto unánime fueron declaradas inconstitucionales las leyes que permitían escuelas públicas separadas para estudiantes afroamericanos y blancos, porque las instalaciones educativas separadas eran inherentemente desiguales, lo que atentaba contra la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos (protección igualitaria). Estas decisiones allanaron el camino a la integración racial y fueron una gran victoria del Movimiento por los Derechos Civiles, así como posteriormente han servido de modelo en muchos casos de impacto. Las resoluciones son emblemáticas de las "structural injunctions", donde la inconstitucionalidad declarada no es resultado de inmediato, sino que se dictan remedios correctivos para reformar una institución estatal entera a fin de armonizarla con la Constitución. Especialmente, en la sentencia del 31 de mayo de 1955 (Brown II), esta Corte reconoció que la plena implementación de los principios constitucionales podría requerir la solución de diversos problemas, cuya mejor evaluación y solución recaería en las autoridades escolares locales; los tribunales locales, a su vez, controlarían que tales acciones fueran implementadas de buena fe y con vista en los principios constitucionales.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional colombiana creó el "estado de cosas inconstitucionales". El término se usó por primera vez en la sentencia SU-559 de 1997, ante la omisión de dos municipios en afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pesar de que se les hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstos en la ley. Fruto del desarrollo del concepto, en la sentencia T025/04 de 2004 se indica: "Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iiii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas

afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.”

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

Concerniente a esta acción, distinguimos que, en el fondo, la inconstitucionalidad detectada trasciende la norma en sí, toda vez que, desde un enfoque sistémico, emerge un verdadero “estado de cosas inconstitucionales”, término por el que nos decantamos en consonancia con el constitucionalismo latinoamericano y conscientes de la permeabilidad de un concepto que está en plena evolución, y de que se trata de una adaptación conceptual acorde con las circunstancias propias del país (igual ha hecho el Tribunal Constitucional de Perú, verbigracia en sentencia del 14 de marzo de 2017). En efecto, el quid consiste en que la mera anulación de la norma impugnada no restaura en forma automática el orden constitucional, precisamente, por tratarse de un problema de naturaleza estructural y poliédrico, el cual se extiende allende las fronteras del acto o la norma individual y se convierte en un patrón discriminatorio que se configura de manera sistémica y se encuentra enraizado tanto en el ordenamiento jurídico como en las instituciones civiles y estatales. Dentro de este contexto, el dogma del matrimonio exclusivo para parejas heterosexuales ha constituido un fundamento cultural e histórico de la estructura del sistema jurídico, por lo que el cambio de tal paradigma –esto es, la ampliación de su cobertura en favor de las parejas del mismo sexo– conlleva de manera inexorable una revisión general del ordenamiento jurídico vigente a los efectos de velar por la seguridad jurídica y una solución más integral, tarea que en razón de su naturaleza jurídica y en respeto al principio de división de poderes, en primera instancia compete al Poder Legislativo. Obsérvese que, en una situación de discriminación sistémica como la expuesta, la resolución judicial del caso concreto no representa un verdadero remedio para la cuestión de fondo, sino una medida paliativa, de manera que si tal problema no es resuelto (o por lo menos se da una solución más integral), se barruntan actuaciones o interpretaciones administrativas y de la jurisdicción ordinaria contradictorias, algunas acaso contrarias a la línea expuesta en este voto, lo que representa una seria amenaza a la seguridad jurídica.

De este modo y por las razones planteadas, concluimos que en la especie subyace un estado de cosas inconstitucionales, que queda aún más evidenciado con el análisis que se efectúa en los considerandos siguientes, donde cantidad de normas ejemplifica la dimensión sistémica de la inconstitucionalidad aquí declarada. De ahí que estimemos que la manera más adecuada de superar tal situación es por medio de una “sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple”, en la que se insta al Parlamento a que en ejercicio de su potestad legislativa adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. No está de más agregar que la alternativa de constatar tal estado de cosas inconstitucionales, pero no fijar un término

para su solución, resulta improcedente por razones de seguridad jurídica, toda vez que el remedio para restablecer el orden constitucional no puede ser formulado en términos indefinidos y vagos, cuando la inconstitucionalidad ya ha sido verificada y declarada, máxime que se está ante la ruptura con un dogma jurídico histórico sobre el cual se ha edificado una parte relevante del andamiaje jurídico-positivo vigente. Del mismo modo, la particular dimensión del estado de cosas inconstitucionales en el sub iudice hace que el eventual dictado de una regulación provisional carezca de plausibilidad jurídica.”

3.- Sobre la inconstitucionalidad de las normas impugnadas por discriminación por orientación sexual.-

Con base en lo establecido en la sentencia transcrita, resulta claro que la consecuencia inexorable es que, por las mismas razones, las frases “...entre un hombre y una mujer...” y “... aptitud legal para contraer matrimonio...” del artículo 242 del Código de Familia (Ley n.º5476 del 21 de diciembre de 1973); y “...con aptitud legal para contraer matrimonio...” del 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven (n.º8261 del 2 de mayo del 2002), sean declaradas inconstitucionales, toda vez que se subsumen dentro del estado de cosas inconstitucionales que fue claramente expuesto en la sentencia transcrita. En concreto, la frase “con aptitud legal para contraer matrimonio” es inconstitucional únicamente con respecto al trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, que de tal regulación se deriva. Efectivamente, tales frases fueron promulgadas bajo la concepción que reconocía exclusivamente las relaciones de pareja entre un hombre y una mujer. Este elemento es evidente en el primero de los artículos, el cual se refiere a la unión “...entre un hombre y una mujer...”. Por otro lado, la frase “... aptitud legal para contraer matrimonio...”, contenida en ambos numerales, únicamente en tanto remite al inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia:

“Artículo 14.-

Es legalmente imposible el matrimonio:

- 1) De la persona que esté ligada por un matrimonio anterior.

2) Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad. El impedimento no desaparece con la disolución del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad.

3) Entre hermanos consanguíneos.

4) Entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes; los hijos adoptivos de la misma persona; el adoptado y los hijos del adoptante; el adoptado y el excónyuge del adoptante; y el adoptante y el excónyuge del adoptado.

5) Entre el autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente.

6) Entre personas del mismo sexo.

7) De la persona menor de quince años.” (Destacado no es del original).

En la sentencia transcrita, la Sala estableció que el inciso 6 del artículo 14 resulta inconstitucional por formar parte de un estado de cosas inconstitucionales, al prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, se mantuvo su vigencia por un plazo necesario para facilitar que la Asamblea Legislativa adecuara el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo.

En el caso de marras, la remisión que efectúan los numerales cuestionados al artículo 14 del Código de Familia, específicamente en lo atinente al inciso 6), es muestra fehaciente de que ellos constituyen parte de “...un patrón discriminatorio que se configura de manera sistémica y se encuentra enraizado tanto en el ordenamiento jurídico como en las instituciones civiles y estatales.” (Sentencia n.º 2018-12782). Dado que la situación de las normas impugnadas es análoga a la conocida en dicha sentencia, el resultado también lo es.

4.- Conclusión.- Conforme a los antecedentes de esta Sala (06-007262, 14-012703, 2015-006058 y 2018-012782) y a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cualquier norma o práctica que discrimine en razón de la orientación sexual es inconstitucional. Así, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Más claramente, en la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre del 2017 se indica que establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan unirse formalmente –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad. Tomando en cuenta el estado de cosas inconstitucionales, que se manifiesta en la frase “entre un hombre y una mujer” contenida en el artículo 242 del Código de Familia, y la remisión al artículo 14 inciso 6) del Código de Familia, efectuada mediante las frases “que posean aptitud legal para contraer matrimonio” y “con aptitud legal para contraer matrimonio” de los artículos 242 del Código de Familia y 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven, respectivamente, se procede a declarar con lugar la acción en cuanto a dichas frases. En particular, la frase “con aptitud legal para contraer matrimonio” únicamente con respecto al trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, que de tal regulación se deriva.

5.- Dimensionamiento de la declaratoria con lugar de esta sentencia.- Por los motivos anteriores, declaramos con lugar la acción, siguiendo el mismo lineamiento dado por el voto número 2018-012782 de las 17:45 horas del 8 de agosto del 2018:

A) Fundamento del dimensionamiento: Conforme al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que “226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el

derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos” (opinión consultiva OC-24/17), y vista la potestad que ostenta la Sala de graduar y dimensionar los efectos de sus sentencias de constitucionalidad (ordinal 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

B) Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad: Con base en lo expuesto, las frases “...entre un hombre y una mujer...” y “...aptitud legal para contraer matrimonio...” del artículo 242 del Código de Familia (Ley n.º 5476 del 21 de diciembre de 1973); y “...con aptitud legal para contraer matrimonio...” del 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven devienen inconstitucionales los artículos 242 del Código de Familia y 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven; en particular, la frase “con aptitud legal para contraer matrimonio” únicamente con respecto al trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, que de tal regulación se deriva. Todo lo anterior por constituir parte de un estado de cosas inconstitucionales que debe ser conocido por la Asamblea Legislativa, al ser la instancia con las competencias constitucionales necesarias para efectuar las reformas legales requeridas para solventar tal estado.

De lo anterior deriva que se inste a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a adecuar el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia.

Así las cosas, declaramos con lugar la acción en los mismos términos que establecimos en la sentencia N° 2018-012782 de las 17:45 horas del 8 de agosto de 2018. Es decir, la instancia que se hace a la Asamblea Legislativa, es para que la adecuación del marco jurídico se haga dentro del plazo de los 18 meses, contados a partir de la publicación íntegra de la sentencia N° 2018-012782 en el Boletín Judicial.

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

Los suscritos Magistrados coincidimos con la declaratoria de con lugar de esta acción, pero con base en razones diferentes, que son las siguientes:

1.- Aclaración previa. Antes de entrar al análisis de fondo de la acción, se aclaran los siguientes puntos: **a)** Con la declaratoria de inconstitucionalidad hecha en esta acción, por la mayoría de la Sala, no se anula norma ni precepto legal alguno; **b)** El voto de conformidad de mayoría de la Sala, que insta al legislador a adecuar el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, no otorga al Poder Legislativo plazo alguno para el cumplimiento de lo que se dispone en la parte dispositiva de esta sentencia; y, **c)** Que, en criterio de la mayoría de los integrantes de esta Sala, las opiniones consultivas vertidas por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos tienen efectos jurídicos innegables; eso sí, con carácter no necesariamente vinculante. Hechas estas aclaraciones, procedemos a pronunciarnos sobre el fondo del asunto.

2.- Sobre la inconstitucionalidad planteada. El accionante impugna el artículo 242, del Código de Familia, y el artículo 4, inciso m), de la Ley de la Persona Joven, reformado por Ley N° 9155, por considerarlos contrarios a una serie de principios y normas, tanto constitucionales como convencionales, así como de la jurisprudencia de este Tribunal y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el tanto impiden el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo, lo que, entre otras cosas, considera discriminatorio; y, por ende, contrario al artículo 33, de la Constitución Política. A juicio del accionante, la normativa impugnada excluye del reconocimiento legal de la unión de hecho a parejas del mismo sexo, pues el artículo 242, del Código de Familia, restringe ese reconocimiento a “la unión de hecho entre un hombre y una mujer, que posean aptitud legal para contraer matrimonio”; asimismo, el artículo 4, inciso m), de la Ley de la Persona Joven, reformado por Ley N° 9155, si bien no menciona expresamente la frase “entre un hombre y una mujer”, estatuye también que la protección legal de la unión de hecho allí tutelada es para personas cuyas edades oscilen entre los 18 y 35 años y, además, “que posean aptitud legal para contraer matrimonio”, lo que es interpretado por los juzgadores como la posibilidad legal que tiene la mujer de casarse con el hombre y viceversa. Esto, afirma, excluye del reconocimiento legal de la unión de hecho a las parejas del mismo sexo, lo cual -en su criterio- es discriminatorio e incompatible con la Constitución Política.

Es claro, que la frase “aptitud legal para contraer matrimonio”, de los artículos cuestionados, hace referencia, entre otras normas, al artículo 14, del Código de Familia, cuyo inciso 6), imposibilita el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual es acorde con la frase “entre un hombre y una mujer”, que contiene el artículo 242, del citado Código, en relación con el reconocimiento de la unión de hecho.

Sobre este particular, es necesario traer a colación lo que los suscritos Magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez, sostuvimos en nuestras razones diferentes, al resolver la acción interpuesta contra el artículo 14, inciso 6), del Código de Familia, según Sentencia N° 2018-012782 de las 17:45 horas del 08 de agosto del 2018, criterio al que ahora se suma el Magistrado Araya García. En nuestro criterio, de la lectura del artículo 14, inciso 6), del Código de Familia, fácilmente se colige que esta norma no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que lo que estipula es la imposibilidad legal de que tal acto jurídico pueda recaer sobre personas del mismo sexo, aspecto que consideramos tiene implicaciones muy diferentes a una mera prohibición y cuya distinción es de suma importancia para la decisión de este caso, pues esto es de plena aplicación, mutatis mutandi, a la unión de hecho entre parejas del mismo sexo, ya que para su reconocimiento se debe cumplir con las condiciones legales para contraer matrimonio.

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, prohibir es “vedar o impedir el uso de la ejecución de algo”; es decir, impedir que se realice algo que es posible realizar. En tanto, la imposibilidad significa la “falta de posibilidad para existir o para hacer algo”, lo que implica que ese algo no es posible llevarlo a cabo o no puede existir. En el plano del Derecho, y más específicamente en torno a la institución del matrimonio -y, por ende, al reconocimiento de la unión de hecho-, dicha imposibilidad quiere decir que la naturaleza jurídica de la institución del matrimonio, tal y como lo ha diseñado el legislador ordinario y ha sido concebido por el constituyente originario, según lo dispuesto en los artículos 51 y 52, de la Constitución Política, y se desprende de las

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

Así, a nuestro juicio, la imposibilidad legal de la unión de hecho entre parejas del mismo sexo se da, no en virtud de que la normativa en cuestión lo prohíba, sino porque la institución del matrimonio, tal y como ha sido diseñada en su arquitectura por el legislador -en plena armonía con lo que al respecto estatuyó el Constituyente del 49-, está imbuida, toda ella, del concepto de heterosexualidad, lo cual, indefectiblemente, también está presente en la unión de hecho.

En este contexto, entonces, no existe un acto discriminatorio del legislador, como se aduce, sino que se trata de una imposibilidad legal de la unión de hecho entre parejas del mismo sexo, que, en sí misma, no es contraria al Derecho de la Constitución. Esta distinción es trascendental para una correcta inteligencia de las normas impugnadas, conforme se podrá ver.

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

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

3.- La institución del matrimonio en el Derecho de la Constitución y en la legislación de familia como fundamento del reconocimiento de la unión de hecho. A fin de analizar el problema planteado sobre la constitucionalidad de la imposibilidad de la unión de hecho entre parejas del mismo sexo, es preciso hacer un análisis de la forma cómo el Constituyente originario y, luego, el legislador ordinario, regularon la institución del matrimonio, ya que del diseño de esta institución depende el reconocimiento de la unión de hecho.

En la Constitución Política vigente, el Constituyente del 49, en el artículo 52, estableció el matrimonio como la base esencial de la familia, basado en la igualdad de derechos de los cónyuges, pero sin mayores especificaciones. Además, el Constituyente del 49 no hizo referencia alguna a las uniones de hecho, tema que, por la época en que se promulgó la actual Constitución Política, no era posible

plantarlo. Por ello, tanto el diseño y requisitos de validez del matrimonio, como los de la unión de hecho, el Constituyente originario los delegó en el legislador ordinario, dejándole un amplio margen de acción y discrecionalidad en esta materia, con los límites, claro está, que las demás regulaciones constitucionales y los derechos fundamentales le imponen. Con prescindencia del concepto de matrimonio vigente en el momento histórico en que se promulgó la Constitución Política, lo cierto es que el Constituyente no expresó, en el texto Constitucional, ningún contenido específico de dicha institución, más que la característica de igualdad de derechos entre los cónyuges. De esta manera, dejó en manos del legislador un amplio campo de regulación. Precisamente, en ejercicio de esa libertad de diseño, el legislador ordinario promulgó, en 1973, el Código de Familia, en el que sustrajo del Código Civil todo lo relativo a esa nueva rama del Derecho. Es en este cuerpo normativo donde se regula todo lo relativo al matrimonio y sus requisitos, así como lo relacionado con el reconocimiento de la unión de hecho que, como ha quedado explicado, está íntimamente ligada a los requisitos para contraer matrimonio, si bien no se trata del mismo instituto legal.

En el Título I, del citado Código, se encuentra el diseño que el legislador dio al matrimonio civil y, en el Título VII, el que dio a la unión de hecho. De su lectura se colige que ambas instituciones están fundadas, explícita e implícitamente, sobre la base de una concepción heterosexual de la institución, acorde, sin duda alguna, con el pensamiento propio de la época en que el Código de Familia fue promulgado. Claro está, que esa heterosexualidad es, por decirlo así, más fuertemente expresada en el caso del matrimonio. Pero no solo el Código de Familia, sino que todo el ordenamiento jurídico costarricense está construido sobre una concepción heterosexual del matrimonio y, en consecuencia, lo mismo se puede afirmar en relación con la unión de hecho. Es de aclarar que este diseño está dentro del marco de acción que el propio Constituyente otorgó al legislador ordinario con respecto a esta materia, de modo que no podría reputarse como contrario a la Constitución, sino como una de las posibles regulaciones, si bien no la única, dentro de las atribuciones y la discrecionalidad que el Constituyente dejó en manos del legislador.

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

Así, resulta, entonces, que el problema de constitucionalidad que se plantea no atañe a las normas en sí mismas consideradas, sino a otro aspecto más profundo.

4.- Desfase del marco legal vigente. Si bien el accionante impugna, concretamente, unas normas legales por estimarlas contrarias a la Constitución Política y al Derecho Convencional, en el tanto entiende que esos preceptos impiden el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo, dicho planteamiento no es de recibo, de conformidad con lo ya expresado. En efecto, según lo dicho supra, el diseño que dio el legislador a la institución del matrimonio está dentro de los parámetros de constitucionalidad, aún cuando el vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo resulte legalmente imposible según la naturaleza jurídica que el legislador ordinario previó para esa institución.

Esto, entonces, es aplicable a la unión de hecho, toda vez que para esta institución se aplican las condiciones para contraer matrimonio.

Ahora, si bien se mira, en realidad, lo que plantea el accionante apunta al desfase que se ha producido, con el transcurso del tiempo, entre el marco normativo y los diversos tipos de relaciones inter-personales, que hoy por hoy, se hace necesario regular en la sociedad, para las cuales dicho marco resulta claramente insuficiente. Si esto es o no un problema de constitucionalidad, y, en el caso de serlo, en qué medida lo es, es lo que corresponde analizar en esta vía.

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

“IV.- Sobre la separación de funciones de los Poderes del Estado.-

El régimen democrático que impera en Costa Rica está fundado sobre la base de la división del Poder. El artículo 9 de la Constitución Política establece que el Gobierno de la República lo ejercen tres poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial y que ninguno de ellos puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias. Se le otorga además, el rango e independencia de un Poder de la República al Tribunal Supremo de Elecciones. Este principio pretende dividir, desde el punto de vista de la organización política, la detentación del poder en Poderes de igual rango, independientes el uno del otro, de tal forma que cada uno de los Poderes, en los ámbitos que así se definan, ejerza una fiscalización sobre la labor de los otros. Se crea una organización política sustentada en tres pilares, en nuestro caso en cuatro Poderes, cimentados en un sistema de “frenos y contrapesos” que se encarga de garantizar la esencia del Estado de Derecho y la primacía del principio de legalidad y el sometimiento de la autoridad al

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

Queda claro, entonces, que si bien esa separación de funciones -más propiamente que división de poderes- no es absoluta, habida cuenta de la necesaria colaboración que cada uno de los Poderes del Estado deben prestarse mutuamente para la unidad de este y de que cada uno de esos Poderes ejerce una función primaria, pero sin exclusión del ejercicio de las otras funciones de forma

secundaria, no puede ejercerse de modo tal que implique la invasión, interferencia o usurpación de uno de esos Poderes en la función primaria o competencias constitucionalmente asignadas a otro. Esto cobra una especial importancia cuando del ejercicio de la función jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales, en vía de acción de inconstitucionalidad, se trata, en relación con la función legislativa que cumple el Poder Legislativo. No han sido pocas las veces en que a los Tribunales Constitucionales se les ha objetado la invasión de la función legislativa propia del Congreso.

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

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

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

“IV.- SOBRE EL FONDO. (...) Como punto de partida, (...) lo primero a establecer es que, por la vía de la acción de inconstitucionalidad por omisión, se permite el control de constitucionalidad en los casos que existen omisiones normativas que infringen una disposición contenida de forma expresa o manifiesta en la Constitución Política, al igual que aquellas que lesionen principios constitucionales o derechos fundamentales. En este sentido, esta Sala se ha pronunciado de la siguiente manera:

“IV.- TIPOS DE OMISIONES LEGISLATIVAS EN CUANTO AL DESARROLLO DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES. El constituyente puede disponer de forma implícita o explícita que determinados contenidos constitucionales sean desarrollados por el legislador. En el primer caso, aunque el constituyente no disponga que una ley regulará la materia, por la naturaleza de ésta se precisa de la mediación legislativa para su adecuada aplicación operativa, esto es, no se trata de normas constitucionales completas, de aplicación automática o auto ejecutables, sino que requieren de la interpositio legislatoris. También puede acontecer lo anterior cuando, por aplicación del principio de reserva de ley, una cláusula constitucional determinada precisa de ser regulada por una norma legal (v. gr. la regulación de los derechos fundamentales, fijación de delitos, penas y tributos, etc.). En lo tocante a las hipótesis en que el constituyente le impone al legislador de forma explícita el desarrollo de determinada materia o contenido constitucional, por tratarse de preceptos

incompletos, se puede distinguir dos casos diferentes. El primero surge cuando expresamente el legislador establece que una ley regulará determinada materia, sin indicar un plazo o término al legislador para su desarrollo, siendo que, incluso, en este caso debe entenderse que debe producirse dentro de un plazo razonable para el cumplimiento efectivo del mandato y diseño dispuesto por el constituyente, sin perjuicio, claro está, de la facultad de la Asamblea Legislativa de ponderar si tal desarrollo resulta políticamente oportuno o conveniente en un momento determinado. El segundo supuesto ocurre cuando el constituyente, además de mandar que se dicte una ley, le fija al legislador un plazo para el desarrollo e implementación de un contenido constitucional, situación que, en nuestro sistema constitucional, se ha producido, básicamente, respecto de ciertas reformas parciales a la Constitución, en atención a las cuales el poder constituyente derivado entiende que deben ser implementadas y complementadas legislativamente dentro de un lapso determinado al estimar que existe cierta premura y celeridad o, si se quiere, urgencia en su ejecución. En esta última hipótesis en que el poder reformador le fija al legislador un plazo específico, se produce una suerte de auto-limitación en cuanto al tiempo disponible para tramitar y emitir la ley respectiva, puesto que, es el propio cuerpo legislativo, en funciones de poder reformador, el que restringe o limita los tiempos de ese cuerpo colegiado y de sus instancias -comisiones-, en funciones de legislador ordinario, para tramitar y emitir la ley de desarrollo. Ese carácter de auto-restricción, en cuanto a los tiempos para sustanciar el procedimiento legislativo, le impone a la Asamblea Legislativa una mayor y más acusada responsabilidad y compromiso en tramitar y emitir la ley respectiva, puesto que, es ese propio poder del Estado, aunque lo sea en funciones material o sustancialmente diferentes, el que auto consiente la restricción temporal, sabedor del volumen de asuntos en trámite o en la corriente legislativa, de los tiempos de los procedimientos legislativos y de la capacidad, límites y alcance de trabajo de las comisiones y del plenario. No sobra advertir que, absolutamente en todos los supuestos anteriormente mencionados, el legislador conserva una discrecionalidad plena o libertad para configurar el contenido de la respectiva ley, siendo que el único límite de éste lo puede constituir el propio parámetro constitucional o el Derecho de la Constitución.” (Sentencia número 2005-05649, de las 14:39 horas, del 11 de mayo de 2005).

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

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

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

6.- La inconstitucionalidad por omisión y el principio de autocontención del Tribunal Constitucional. La Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el inciso f), del artículo 73, establece la posibilidad de que la Sala conozca sobre asuntos en los que se alega la inconstitucionalidad por omisión, al expresar: “[c]abrá la acción de inconstitucionalidad: (...) f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas” precepto que, por supuesto, alcanza la omisión del legislador. Sin embargo, en ese cuerpo legal no se estipula nada respecto a los efectos de la declaratoria con lugar de este tipo de

inconstitucionalidad, pues en los artículos 88 y siguientes, solo se regula lo referente a los efectos derogatorios de la declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto normativo y su anulación del ordenamiento jurídico; es decir, lo relativo a la función de legislador negativo del Tribunal Constitucional. Corresponde, entonces, determinar qué alcances ha de tener la declaratoria de inconstitucionalidad cuando de la omisión del legislador se trata.

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

En este contexto, se debe hacer alusión a lo que, una buena parte de la doctrina denomina sentencias manipulativas sustitutivas, que son aquellas en las que el Tribunal Constitucional, como intérprete máximo de la Constitución y en su labor de contralor de la constitucionalidad de las leyes y demás preceptos normativos de alcance general, da a la norma un contenido y un alcance diverso al que originalmente tenía, sustituyendo este por el nuevo contenido que se estima acorde con lo que se concibe como el contenido actual de la Constitución. Con lo cual, claramente, se crea derecho y fácilmente, por esta vía, se invaden las competencias propias del legislador. En este caso, el Tribunal Constitucional ya no es solamente el intérprete de la Constitución, sino, además, el intérprete de la ley, labor en la cual dota de un nuevo contenido a la norma y da origen a nuevas normas de carácter general que antes no existían. Este tipo de sentencias violenta el contenido duro de la norma y lo cambia por otro, que se estima más acorde con la realidad social y la inteligencia y lectura que actualmente se hace del contenido de la Constitución, en un afán por su conservación. Pero esto se hace con clara atribución de competencias constitucionales que le son propias al legislador.

Los problemas generados por un vacío legislativo como el que plantea el accionante, que afectan los derechos de las parejas del mismo sexo, por muy graves que aquellos sean y por muy legítimos y loables que sean los fines que con ello se persiguen, no puede justificar la indebida intromisión de esta Sala en las competencias constitucionales propias del legislador. Esto, precisamente, es lo que implica la acción que se plantea, ya que, según lo expuesto, lo que las normas cuestionadas estipulan sobre la unión de hecho está íntimamente relacionado con la imposibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, según el diseño que el legislador dio al matrimonio civil, así como al reconocimiento de la unión de hecho; de modo, que no se trata de una mera prohibición, con lo cual, para lograr lo pretendido por el gestionante, sería necesario que la Sala modificara el diseño legal del matrimonio civil y de la unión de hecho y, una vez sustituido su contenido original, le diera un contenido distinto y ajeno al que el legislador concibió, con la consecuente creación de nuevas normas jurídicas de alcance general, lo que implica exceder las facultades de la Sala; y, adicionalmente, afectar la seguridad jurídica al variarse el contenido esencial dado por el legislador a esas instituciones. Más aún, para vertebrar debidamente el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo dentro del derecho costarricense, como lo pretende el accionante, la Sala tendría que realizar una serie de modificaciones y

transformaciones, no solo en la estructura y diseño que el legislador ordinario dio al matrimonio civil, sino en el resto del ordenamiento jurídico, a fin de hacerlo compatible con el nuevo diseño de la unión de hecho propuesto, lo cual no podría hacerse sin demérito de las competencias que, constitucionalmente, han sido asignadas al Primer Poder de la República.

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

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

Retomando lo dispuesto en el inciso 6), del artículo 14, del Código de Familia -aún vigente por disponerlo así este Tribunal en Sentencia N° 2018-012782 de las 17:45 horas del 08 de agosto del 2018-, se debe concluir, que el accionante no lleva razón en sus planteamientos en torno a la alegada inconstitucionalidad de los artículos 242, del Código de Familia, y 4, inciso m), de la Ley General de la Persona Joven, Ley N° 8261 del 2 de mayo del 2002, ya que el diseño que el legislador, en su momento, dio a la institución del matrimonio y a la unión de hecho, fue acorde con el Derecho de la Constitución, como uno de los posibles diseños que el Constituyente originario del 49 dejó a la discrecionalidad y arquitectura del legislador. En este sentido, no ha habido ningún cambio constitucional que implique una inconstitucionalidad sobreviniente de ese diseño. Nótese que se hace referencia al diseño empleado por el legislador al regular el matrimonio civil y la unión de hecho, no simplemente a las normas cuestionadas en concreto, pues, como ya ha quedado dicho, no se trata de una prohibición del reconocimiento legal de la unión de hecho entre personas del mismo sexo, sino que el legislador hizo al promulgar las normas ahora impugnadas, en relación con el inciso 6), del artículo 14, del Código de Familia, fue, únicamente, hacer expresa la imposibilidad legal del matrimonio de personas del mismo sexo con la institución del matrimonio, tal y como fue diseñado, y, por consecuencia, con la unión de hecho, situación que se produce aún cuando la norma de última cita no existiera.

Lo que ha sucedido, es que la realidad social ha ido, paulatinamente, cambiando y ha desbordado el marco de dichas instituciones, dado que ha variado la valoración social con respecto a las uniones afectivas entre personas del mismo sexo y las vicisitudes que estas enfrentan, en tanto el marco legislativo ha permanecido inalterado en relación con dicho cambio, con lo cual esa parte de la realidad social no puede encajar dentro del diseño legal actual del matrimonio civil y del reconocimiento legal de la unión de hecho. Este orden de cosas es lo que, en adopción de una expresión acuñada por el Tribunal Constitucional Colombiano, se denomina “estado de cosas inconstitucionales”. Así, consideramos que esto no torna, necesariamente, en inconstitucional la unión de hecho, tal y como ahora está

configurada en las normas cuestionadas en esta acción, pues lo que resulta inconstitucional no es el actual diseño del matrimonio civil o del reconocimiento legal de la unión de hecho -que en su génesis resultan conforme al Derecho de la Constitución-, sino la inercia del legislador que no ha legislado para dar una solución viable al reconocimiento de los derechos de las uniones entre personas homosexuales, a fin de brindarles la protección y seguridad que requieren. Cuál sea esa regulación, queda reservada al criterio y discrecionalidad del legislador y en esto es que radica la diferencia de nuestra posición frente a la tesis del resto de la mayoría de la Sala que declaramos con lugar esta acción. Entendemos, que ese deber del legislador de regular la realidad social a fin de no dejar desprotegidos los derechos de las personas homosexuales, está implícito en el artículo 121, inciso 1), de la Constitución Política, puesto que el legislador es el obligado -constitucionalmente- a dictar las leyes necesarias para la debida protección y tutela de los derechos e intereses personales o patrimoniales de las personas.

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

“(…) esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello, se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario. Estamos, entonces, en presencia de un escenario de *lege ferenda*, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado. Esto se indica, además, porque en la documentación que corre agregada en autos, y según lo expresado en la audiencia oral llevada a cabo durante la sustanciación de este proceso, algunos países han ido promulgando leyes (en sentido formal) que han dotado de un marco jurídico y ciertas formalidades a estas uniones, con el propósito de que tengan efectos jurídicos específicos en relación a las personas que las llevan a cabo. Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas *heterosexuales*” (el destacado no es del original).

De lo dicho por la Sala en la cita anterior, que también es aplicable al caso bajo examen, sea, al reconocimiento legal de la unión de hecho, se colige lo siguiente: **a)** el matrimonio y la unión de hecho con diseño exclusivamente heterosexual no presenta inconstitucionalidad alguna; **b)** un imperativo de justicia obliga a regular los efectos personales y patrimoniales de las uniones homosexuales, dada la ausencia de regulación apropiada (tema de *lege ferenda*); y, **c)** es al legislador a quien corresponde determinar la manera más conveniente de regular lo relativo a los vínculos y derechos que se deriven de las uniones homosexuales. Por ello, en nuestro criterio, corresponde a la Asamblea Legislativa decidir sobre la mejor manera de dar solución al vacío legal referido, lo que no solo tiene sustento en el hecho de que esta Sala no puede invadir las competencias propias del legislador, sino, además, en que **el Congreso es el único que tiene la base de legitimidad democrática necesaria para realizar el ajuste jurídico, social y patrimonial de la legislación vigente para ajustarla a las actuales exigencias de la realidad social en torno a las uniones entre personas del**

mismo sexo, así como establecer los efectos administrativos correspondientes.

En una sociedad de fuerte raigambre democrático, es al Parlamento al que corresponde esa tarea, **sobre todo porque la reforma que se requiere toca las fibras de las instituciones jurídicas tradicionales.** El vacío normativo en cuestión, se ha producido porque con el paso del tiempo la legislación vigente - cuyo origen es conforme con el Derecho de la Constitución (normas, principios y valores)- ha sufrido un desfase con la realidad, lo que hace indispensable e insoslayable ajustarla en su contenido esencial, labor que no puede realizar esta Sala so pena de convertirse en legislador positivo, con invasión de competencias que le resultan ajenas. La solución requerida implica una adecuación normativa, sistemática e integral del ordenamiento jurídico, con efectos jurídicos y patrimoniales diversos, campo propio y obligatorio del legislador. En este orden de ideas, corresponde al legislador, por ser un aspecto de oportunidad y conveniencia, determinar cuál es el tipo de regulación que más conviene para tutelar los derechos de las parejas de personas del mismo sexo, sea, reformar a profundidad la institución del matrimonio civil y del reconocimiento legal de la unión de hecho para darles allí cobijo, o bien, crear otra figura jurídica que cumpla dicho cometido; además, claro está, de la necesaria adaptación del resto del ordenamiento jurídico interno a dichos cambios.

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

Por otra parte, con la pretendida declaratoria de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, tampoco se lograría el fin que persigue el accionante, es decir, el reconocimiento legal de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, por cuanto, según lo ya expuesto, existe una verdadera imposibilidad jurídica para el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que el diseño y arquitectura que el legislador utilizó para elaborar la institución del matrimonio civil -y que se inscribe dentro de la libertad de diseño que el Constituyente originario del 49 confirió al legislador ordinario en esta materia, sin olvidar que el matrimonio heterosexual corresponde a la voluntad de la Constitución, según expresión del Constituyente- tiene a la base la concepción de heterosexualidad matrimonial, y el reconocimiento legal de la unión de hecho está condicionado a tener *aptitud legal para contraer matrimonio*, de modo que, la eliminación de las normas es insuficiente para lograr el pretendido fin, toda vez que se requiere de un ajuste jurídico, social y patrimonial de la legislación, así como de los efectos administrativos correspondientes, lo que, obviamente, está fuera de las competencias que asisten a este Tribunal. Además, no se trata de un dogma, como lo ha calificado el resto de la mayoría, sino más bien de una concepción del legislador, que ha definido el matrimonio -y, por ende, a la unión de hecho- como la exclusiva unión entre personas heterosexuales, concepción que en modo alguno violenta el Derecho de la Constitución en sí misma considerada y que si bien podría cambiarse, esa labor corresponde al propio legislador de forma privativa. El asumir funciones que no le corresponden al Tribunal Constitucional podría constituir un activismo judicial malsano, en detrimento de las competencias que

constitucionalmente son propias del legislador. Pero esto también va en perjuicio del propio Tribunal Constitucional, que al desnaturalizar sus funciones pone en entredicho su propia legitimidad por el abuso de sus competencias o por actuar fuera de estas.

Lo anteriormente dicho, se relaciona con un principio procesal constitucional, el de la utilidad de la sentencia estimatoria de constitucionalidad. Esto quiere decir que la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de una norma tiene que tener un efecto positivo en quien la reclama para la tutela de sus derechos e intereses. En este caso, ha quedado claro, que la anulación de los preceptos cuestionados, en nada beneficiaría al accionante, ya que, a pesar de esa declaratoria, el matrimonio civil entre personas del mismo sexo sería, igualmente, imposible, porque la institución como tal tiene un diseño legislativo irreconciliable con ese tipo de uniones y, por ende, el reconocimiento de la unión de hecho, que está supeditada al diseño del matrimonio, también tiene a la base el requisito de la heterosexualidad de los convivientes. De modo, que sería ociosa tal declaratoria y, por ende, improcedente. Ya esta Sala, en otras ocasiones, se ha pronunciado en igual sentido; basta por todas lo dicho en Sentencia N° 2004-08763 de las 12:15 horas del 13 de agosto de 2004:

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

En síntesis, con la pretendida declaratoria de inconstitucionalidad, el accionante no obtendría la tutela de sus derechos e intereses, como lo pretende, de modo que una sentencia estimatoria en ese sentido no tendría un efecto útil para él. Esa tutela corresponde al legislador ordinario, a través de solventar el vacío normativo que existe al respecto. En consecuencia, la acción debe ser declarada con lugar, pero no porque las normas impugnadas, en sí mismas consideradas, sean inconstitucionales, sino por la omisión del legislador en tutelar los derechos e intereses presentes en las uniones de hecho entre personas del mismo sexo.

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

Uno de los argumentos que utiliza el resto de la mayoría para fundamentar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, es lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-24/17, en la que dicha Corte determinó lo siguiente:

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

225. Por otra parte, como ya fuera señalado, el Tribunal entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad

de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes (artículos 11.2 y 17). Al afirmar esto, el Tribunal no se encuentra restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado (supra párr. 33).

Con base en lo cual, concluyó:

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

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

Contrario a lo que parece entender el resto de mayoría de la Sala, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no tienen, en principio, carácter vinculante con respecto al orden jurídico interno. Y esto es así, por la propia naturaleza de lo que es una opinión consultiva, sea, un criterio jurídico de la Corte sobre el contenido de la Convención hecha a instancias de un país consultante. Lo que diga la CIDH en este tipo de procesos, ciertamente tiene un valor de guía, orientación o derrotero para el Estado consultante sobre un tema en particular, en este caso, sobre el reconocimiento de los derechos de las uniones entre parejas del mismo sexo, a la luz de la Convención. Pero esto no obliga a acatar, necesariamente, el criterio allí vertido. De lo contrario, no existiría diferencia entre una opinión consultiva y una sentencia, ya que ambas tendrían la misma obligatoriedad, a pesar de que en la opinión consultiva, donde no existe contención, tampoco hay partes propiamente dichas, sino únicamente interesados. Con esto, evidentemente, no se quiere decir que este tipo de resoluciones carezcan de relevancia, pues la tienen y mucha, ya que se trata de un control preventivo de convencionalidad, por medio del cual, la Corte, al interpretar el contenido de determinados derechos o artículos de la Convención, señala al Estado consultante la conducta que debe realizar a fin de ajustarse a dicho instrumento internacional. Pero, pese a la tan especial relevancia que tienen las opiniones consultivas de la CIDH, de ello no se puede concluir la obligatoriedad de su acatamiento por parte del Estado consultante.

Lo anterior queda también claro si se examina el Reglamento de la Corte, el cual, en el Título II regula lo relativo al “Proceso”, con referencia a los casos contenciosos. Luego, en el Título III, se establece lo relativo a la materia “De las Opiniones Consultivas”, que tienen un procedimiento específico, el cual, por vía de aplicación analógica, se puede integrar con lo previsto para el proceso o tramitación de los casos contenciosos. Esto deja ver la diferente naturaleza y consecuencias de uno y otro proceso; además, no existe ninguna norma en el Reglamento que dé carácter obligatorio a las opiniones consultivas. Así, y con base en el principio de la buena fe de los Estados, se debe concluir que su intención

clara fue constituir a la competencia contenciosa y a la no contenciosa o consultiva como entidades o instituciones independientes, con características propias y particulares, y con efectos jurídicos diversos. De allí que, cuando la CIDH ejerce la competencia contenciosa, lo resuelto constituye un fallo propiamente dicho, en el que, en su caso, se ordena el cese de la violación y la correspondiente reparación, con el pago de la indemnización a la parte lesionada; hay, entonces, la resolución de un conflicto. Por el contrario, en la opinión consultiva la CIDH solo ha de absolver la consulta en cuestión y dar su opinión con respecto a la interpretación de la Convención o del tratado de que se trate, o su opinión sobre otros temas de su competencia, pero sin ordenar ni disponer nada en concreto. En este sentido, se puede hablar de decisión, pero no de fallo.

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

Por otra parte, la propia CIDH, en Opinión Consultiva 1/82 del 24 de setiembre de 1982, declaró que las opiniones consultivas de la Corte, “*por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención*”, posición reforzada por la CIDH en las opiniones consultivas OC-3/83, del 8 de setiembre de 1983, párr.32; OC-18/03, párr. 65; OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, párr. 32; OC-22/16, párr. 25 y OC-25/18 del 30 de mayo de 2018, Serie A N° 25, párr. 46. Particularmente, la CIDH, en la Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997, párr. 26, indicó sobre el tema:

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

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

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

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

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

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

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

VII.- El Magistrado Cruz Castro da razones adicionales.- He procedido a consignar razones adicionales a esta sentencia porque considero que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de la frase “*entre un hombre y una mujer*” contenida en el artículo 242 del Código de Familia, y la interpretación restrictiva de las frases “*que posean aptitud legal para contraer matrimonio*” y “*con aptitud legal para contraer matrimonio*” contenidas en los artículos 242 del Código de Familia y 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven, respectivamente, debe ser la anulatoria inmediata de dichas normas. Sin necesidad de dar plazo alguno a la Asamblea Legislativa para las reformas correspondientes y entender que, a partir de este momento, las parejas del mismo sexo tengan derecho de acceso –en igualdad de consideraciones– a la figura jurídica de la unión de hecho y a todas sus regulaciones legales así como a igual protección de la ley, todo de conformidad con lo establecido en la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo dispuesto en los artículos 28, 33 y 48 de la Constitución Política. Me adherí al voto de los Magistrados Rueda y Esquivel, que dan plazo de 18 meses, únicamente para que haya voto de toda conformidad en la resolución 2018-012782 y para ser consecuente con la resolución de esta acción. Por circunstancias propias de la votación, mantengo el plazo de dieciocho meses, pero considero que la anulación de las normas impugnadas debe regir a partir de la decisión que adoptó este Tribunal. Además, en cuanto al fondo, expreso las siguientes razones adicionales:

Sobre los antecedentes jurisprudenciales de la Sala en la materia de uniones entre personas del mismo sexo.- Respecto de las uniones entre personas del mismo sexo

resulta relevante mencionar varias resoluciones de esta Sala, la no. 06-007262 que resolvió sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la no. 14-012703 donde se aplicó la jurisprudencia del caso Atala contra Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el amparo presentado contra el Colegio de Abogados de Costa Rica por no permitir el carné a una pareja del mismo sexo (ratificada por la no. 2015-006058). En la primera (no. 06-007262) la Sala se manifestó sobre la ausencia de un apropiado marco normativo para el tratamiento jurídico de la vinculación de pareja que se da entre personas del mismo sexo, como se aprecia del siguiente extracto:

“IX.- Ausencia de normativa para regular las uniones homosexuales. (...) A pesar de lo dicho en el considerando III de esta sentencia en cuanto a la naturaleza y evolución histórica del matrimonio (que permite llegar a la conclusión contraria a las pretensiones del accionante), esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. Más bien, hay una constatación empírica para indicar que han incrementado. Con ello, se presenta un problema que no radica en la norma aquí impugnada sino, más bien, en la ausencia de una regulación normativa apropiada, para regular los efectos personales y patrimoniales de ese tipo de uniones, sobre todo si reúnen condiciones de estabilidad y singularidad, porque un imperativo de seguridad jurídica, si no de justicia, lo hace necesario. (...) Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales.” (resaltado no corresponde al original)

Así que, no sólo la Sala descartó que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales, sino que, dejó clara la obligación del legislador de proveer un marco jurídico que definiera una normativa para eliminar las fuentes de discriminación hacia las uniones homosexuales. Sin embargo, lo cierto es que diez años después la citada regulación no se ha producido, pese a que, además los órganos internacionales de Derechos Humanos también han declarado tal obligación para los Estados. De tal antecedente queda claro dos cuestiones: las uniones civiles entre personas del mismo sexo no resultan inconstitucionales y la regulación de las uniones entre uniones civiles entre personas del mismo sexo permitiría hacer patente el respeto de uno de los derechos humanos más fundamentales como lo es la igualdad de trato y no discriminación a que tienen derecho todas las personas. Por otro lado, respecto de la resolución no.14-012703 (ratificado en resolución número 2015-006058), esta Sala resolvió por mayoría, respecto del carné de uso de las instalaciones de un Colegio Profesional, aplicar las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual, indicándose que:

“... bajo una mejor ponderación (partiendo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley que rige esta jurisdicción) y considerando la doctrina establecida por ese Tribunal internacional en cuanto a la prohibición de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de incurrir en actos discriminatorios en contra de las personas por su orientación sexual, esta Sala estima procedente utilizar aquellas consideraciones jurídicas como parámetro de interpretación para resolver el presente asunto aun cuando se trate de situaciones fácticas distintas, ya que, la *ratio decidendi* es igual, por cuanto, se trata de impedir toda discriminación por razón de la orientación sexual. Lo anterior atendiendo a que, según lo dispuesto por la CIDH “*la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención*” y, por ende, quedan proscrita cualquier práctica fundada en esos aspectos.

(...) Para esta Sala la interpretación restrictiva del término “compañero sentimental” que realizó el Colegio de Abogados a partir de las normas citadas es discriminatoria, contraria a la dignidad humana y al principio *pro homine*. En este aspecto concreto quedó más que evidente que la diferenciación de trato del recurrente y su pareja respecto de las parejas heterosexuales de los colegiados, se basó, únicamente, en la orientación sexual diversa de la persona, categoría protegida a partir de lo dispuesto en el artículo 1.1 en relación con el 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con lo cual el amparo resulta procedente también en cuanto a este extremo.

X.- En cuanto al uso de las instalaciones, se rechazó también la gestión del recurrente según el acuerdo adoptado en la sesión ordinaria No.22-13 de 24 de junio de 2013. (...) Este Tribunal no cuestiona la potestad del colegio recurrido de establecer reglas para la permanencia y uso de las instalaciones, las cuales deben tener como marco el principio de autonomía de la voluntad dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política. Pese a esto, no podría rechazarse el uso de esas instalaciones a las parejas del mismo sexo de los colegiados basados, únicamente, en su orientación sexual pues estaría incurriéndose en una actuación discriminatoria y contraria al principio de igualdad. Ya este Tribunal Constitucional, por mayoría, ha estimado procesos de amparo en los que parejas del mismo sexo han reclamado ser sujetos de actuaciones discriminatorias basadas en su orientación sexual en establecimientos privados como restaurantes, bares entre otros, considerando que esos actos resultan contrarios a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política (ver por ejemplo, las sentencias Nos. 2011-08724 de las 9:18 horas de 1 de julio de 2011, 2012-006203 de las 11:06 horas de 11 de mayo de 2012). De ahí entonces que toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona resulta contraria al Derecho de la Constitución y se encuentra sometida a un control por parte de esta Jurisdicción Constitucional, por lo que, al haberse constatado en el *sub lite*, el amparo se estima en cuanto a este extremo.” (resaltado no corresponde al original).

Evidenciándose en esta última resolución que, al quedar proscrita, a partir de esa resolución de la CIDH, cualquier norma, decisión o práctica, que pueda disminuir o restringir de algún modo los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, resulta posible –y vinculante- el examen en derecho interno costarricense, de normas, decisiones o prácticas que discriminen los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, como lo fue en dicho caso, la limitación de que una pareja de un asociado a un Colegio Profesional, del mismo sexo, tuviera derecho a un carné de dicho colegio, como lo tiene cualquier pareja heterosexual. Aspectos que fueron ratificados mediante resolución número 2015-006058 donde se resolvió un recurso de amparo en contra del Colegio de Médicos y Cirujanos, por no dar carné de acceso al club recreativo para su pareja homosexual, en igualdad de condiciones a las que se brinda acceso a las parejas heterosexuales en unión libre.

En conclusión, a partir de estos antecedentes de esta Sala, uno que descartó que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales; y otros que, aplicando una resolución de la CIDH que proscribiera cualquier norma o práctica que discrimine en razón de la orientación sexual, resuelve en contra de varios acuerdos de Colegios Profesionales por discriminar por orientación sexual, se procede a continuación a examinar los conceptos de interpretación evolutiva en materia de derechos humanos, y el principio de interpretación más favorable para el ser humano, los cuales arrojarán mayores elementos para el examen de constitucionalidad en cuestión.

Sobre la necesaria interpretación evolutiva que opera en materia de derechos humanos y el principio de interpretación más favorable para el ser humano.- En materia de derechos humanos, y protección de derechos fundamentales, se imponen varios principios interpretativos, a saber, “principio de interpretación más favorable para el ser humano”, “pro homine” y “pro libertatis”. Sobre estos conceptos, en general la jurisprudencia de esta Sala ha indicado que:

“debe verse en armonía con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine, constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos: según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.” (SCV 2012-002604)

“... conforme a toda la doctrina constitucionalista de inspiración democrática, los derechos fundamentales se amparan, entre otros, al principio de “favor libertatis”, a tenor del cual, en caso de incertidumbre u oscuridad de los textos expresos, hay que optar por la interpretación que ofrezca mayores garantías a las personas.” (SCV 835-90)

“en atención al principio pro homine, sirven para integrar e interpretar el derecho en el tanto otorgan mayor protección a los derechos fundamentales de las personas” (SCV 2011-7361)

“en atención al principio pro homine, sirven para integrar e interpretar el Derecho de la Constitución, en el tanto otorgan mayor protección a los derechos fundamentales de las personas.” (SCV 2012-00550)

Estos principios, aplicados al caso en análisis, permiten ampliar la protección de los derechos de un sector de la población a los que se les ha excluido de la posibilidad de establecer vínculos afectivos reconocidos por el ordenamiento. Se trata de opciones pertenecientes al ámbito de la vida privada, que durante siglos se han invisibilizado, generando una discriminación que resulta contraria al bloque de constitucionalidad. Un acto de discriminación injustificada, que pertenece al ámbito de la privacidad, no puede fundar normas excluyentes como las que se objetan en esta acción. En un sentido similar a como lo hizo esta Sala en sus inicios, mediante la resolución número 3435-92, procedió a interpretar, ya no sólo normas infraconstitucionales, sino la propia Carta Fundamental, para interpretar que los términos “hombre” o “mujer” deben entenderse como “persona” y así eliminar toda posible discriminación por razón de género. En este caso, resulta posible acudir a estos métodos interpretativos para resolver un alegato de discriminación por razón de orientación sexual, para realizar la interpretación que se detalla más adelante. Además, procede en este caso aplicar el método interpretativo denominado “interpretación evolutiva” aplicado por varios Tribunales extranjeros, particularmente en materia de uniones entre personas del mismo sexo. El Tribunal Constitucional Español, mediante sentencia 198/2012 del 06 de noviembre del 2012, en conocimiento de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005 del 01 de julio que modifica el Código Civil sobre el derecho a contraer matrimonio, considera que la interpretación evolutiva de las instituciones garantizadas constitucionalmente son clave para resolver el recurso, indicando:

“9. Para avanzar en el razonamiento es preciso dar un paso más en la interpretación del precepto. Se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea... de que la Constitución es un «árbol vivo», –en expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo– que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, ... Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla ... La referencia a ese precepto, también invocado por los recurrentes, nos exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el título I de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ...

(...) Siendo lo anterior cierto, no lo es menos que hasta finales de los años 80 ningún país del mundo otorgaba derechos a las uniones entre personas del mismo sexo, y que, aunque actualmente casi todas las democracias de corte occidental han elaborado algún instrumento legal que concede derechos a las parejas del mismo sexo, la opción de muchos de los ordenamientos de nuestro entorno y cultura jurídica no ha sido la misma que la escogida por el legislador español, en uso de su libertad de configuración de la institución matrimonial.

Así distintos Estados han reconocido efectos a la unión civil entre personas del mismo sexo, equiparando esos efectos, con mayor o menor nivel de intensidad, a los asociados al matrimonio. Sin detenernos en ese mayor o menor nivel de equiparación de efectos entre matrimonio y unión civil, hemos de recordar aquí la regulación de la unión civil que se hace, en el ámbito europeo, en Francia (1999), Alemania (2001), Finlandia (2001), Luxemburgo (2004), Reino Unido (2004), Andorra (2005), República Checa (2006), Suiza (2007) Austria (2010), o Liechtenstein (2011). En el mismo sentido varios países de la comunidad iberoamericana de naciones también han regulado o aceptado por la vía de la interpretación jurisprudencial la unión civil de personas del mismo sexo, siendo éste el caso de Colombia (2007), Uruguay (2008), Ecuador (2009), y Brasil (2011). Otros países, por fin, no han establecido regulación alguna ni de las uniones de hecho ni de matrimonios entre personas del mismo sexo. (...)” (resultado no corresponde al original).

De dicha sentencia se observa, no sólo cómo es perfectamente aplicable en la materia de uniones entre personas del mismo sexo el método de interpretación evolutiva, sino que, se evidencia cómo en varios países de la comunidad iberoamericana de naciones se han aceptado, por la vía de la interpretación jurisprudencial, la unión civil de personas del mismo sexo, siendo éste el caso de Colombia (2007), Uruguay (2008), Ecuador (2009), y Brasil (2011). Por su parte, un caso anterior, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha considerado que la discriminación de las relaciones homosexuales voluntarias privadas constituye una vulneración del derecho al respeto de la vida privada (Sentencia *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981), que la orientación sexual es un criterio de discriminación prohibido por el art. 14 Convención Europea de Derechos Humanos (Sentencia *Salgueiro da Silva c. Portugal*, de 21 de marzo de 2000). Mientras que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha considerado que la libertad ampara a los adultos a la hora de decidir cómo conducir sus vidas privadas en lo que concierne al sexo (Sentencia *Lawrence v. Texas*). La visión evolutiva también está implícita en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981; *Rees c. Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986; y *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 1 de julio de 2002). Particularmente en esta última se indicó:

«It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement» (resaltado no corresponde al original)

La dignidad de la persona humana requiere una aplicación extensiva, para que los derechos fundamentales alcancen vigencia real y efectiva. Así entonces, no es ajena a esta materia de uniones entre personas del mismo sexo, la aplicación de criterios interpretativos que favorezcan a la persona, y criterios interpretativos evolutivos. Por otro lado, como ejemplo más reciente de la materia, nos encontramos con la resolución de la Corte Europea de Derechos Humanos, caso *OLIARI Y OTHERS vs. ITALY* (Applications nos. 18766/11 and 36030/11) del 21 de julio del 2015, cuando resuelve, que hubo una violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos humanos, ante el reclamo de tres parejas homosexuales que no tenían la posibilidad, bajo la legislación italiana, ni de casarse ni de establecer cualquier otro tipo de unión civil.

“53. The comparative-law material available to the Court on the introduction of official forms of non-marital partnership within the legal systems of Council of Europe (CoE) member States shows that eleven countries (Belgium, Denmark, France, Iceland, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom) recognise same-sex marriage.

54. Eighteen member States (Andorra, Austria, Belgium, Croatia, the Czech Republic, Finland, France, Germany, Hungary, Ireland, Liechtenstein, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Slovenia, Spain, Switzerland and the United Kingdom) authorise some form of civil partnership for same-sex couples. In certain cases such union may confer the full set of rights and duties applicable to the institute of marriage, and thus, is equal to marriage in everything but name, as for example in Malta.

(...)

164. In the present case the applicants still today have no opportunity to enter into a civil union or registered partnership (in the absence of marriage) in Italy. It is thus for the Court to determine whether Italy, at the date of the analysis of the Court, namely in 2015, failed to comply with a positive obligation to ensure respect for the applicants' private and family life, in particular through the provision of a legal framework allowing them to have their relationship recognised and protected under domestic law.

165. The Court reiterates that it has already held that same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable, committed relationships, and that they are

in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship (...). It follows that the Court has already acknowledged that same-sex couples are in need of legal recognition and protection of their relationship.

(...)

185. (...) the Court finds that the Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions.”

Así entonces, tal como se explicará más adelante, procede en este caso, acudir al método de interpretación evolutiva, y de los principios pro homine, pro libertatis y de interpretación más favorable.

Sobre el carácter vinculante del control de convencionalidad y la aplicación del caso Atala contra Chile y Duque contra Colombia, resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2012 y la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre del 2017.- En el mismo sentido en que ya se expresó en el voto número 2014-012703, mencionado en el considerando tras anterior, para esta Sala resulta claro que, el control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de las sentencias en los casos *Almonacid Arellano y otros c/. Chile* de 26 de septiembre de 2006, *Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú* de 24 de noviembre de 2006, *Cabrera García y Montiel Flores c/. México* de 26 de noviembre de 2010 y *Gelman c/. Uruguay* de 24 de febrero de 2011) es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el *corpus iuris* interamericano, conformed by the conventions and regional declarations in materia de

Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas. En el presente asunto, se discute la inconstitucionalidad del requisito que exige la normativa impugnada, en cuanto a que las uniones de hecho deben ser entre un hombre y una mujer, lo cual, en criterio de la mayoría de este Tribunal Constitucional, al igual que se hizo en la mencionada sentencia (14-012703) que resolvió reconocer a las parejas del mismo sexo, los mismos beneficios otorgados a los cónyuges y parejas heterosexuales del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, resultan aplicables las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso *Atala Riffó y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, y en el caso *Duque vs. Colombia*, sentencia del 26 de febrero del 2016, esta Sala estima procedente utilizar sus consideraciones jurídicas como parámetro de interpretación para resolver el presente asunto. Así que, reiterando la reconsideración de lo resuelto en la sentencia No.2012-5590 de las 16:01 horas de 2 de mayo de 2012 (acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro —norma que definía como beneficiario del seguro de salud a aquella persona de sexo distinto—, donde la mayoría de esta Sala consideró que no resultaba aplicable al tema del aseguramiento para parejas del mismo sexo lo resuelto en la sentencia dictada por la CIDH) y en el mismo sentido que la sentencia más reciente mencionada (14-012703) se considera aplicable a este caso la doctrina establecida por ese Tribunal internacional en cuanto a la prohibición de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de incurrir en actos discriminatorios en contra de las personas por su orientación sexual. Esta Sala estima procedente utilizar aquellas consideraciones jurídicas como parámetro de interpretación para resolver el presente asunto, aún cuando se trate de situaciones fácticas distintas, ya que, la *ratio decidendi* es igual, por cuanto, se trata de impedir toda discriminación

por razón de la orientación sexual. Lo anterior atendiendo a que, según lo dispuesto por la CIDH “*la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención*” y, por ende, quedan proscritas cualquier práctica discriminatoria fundada en esos aspectos. Por resultar de especial relevancia para el caso concreto, se cita un extracto de la sentencia Atala Riffo vs. Chile, indicada:

“91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. (...)

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

133. La Corte Interamericana considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Al respecto, en el Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada.

135. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada,

se extiende a la esfera pública y profesional”. (resaltado no corresponde al original)

Así entonces, para esta Sala resulta claro que una norma que se oponga a la Convención Americana de Derechos Humanos, en los términos indicado por la CIDH, además de inconvencional, sería inconstitucional. De igual forma, se transcribe lo que interesa sobre el caso Duque vs. Colombia:

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

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

Para mayor abundamiento, se tiene la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre del 2017, solicitada por la República de Costa Rica, en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció respecto de los vínculos entre parejas del mismo sexo que:

-La Convención Americana de Derechos Humanos no contiene un concepto cerrado de familia, ni mucho menos protege sólo a un modelo particular de la misma. Entendiendo que, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. Siendo que la protección a los vínculos familiares no se limita a relaciones fundadas en el matrimonio. La Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada.

-La interpretación evolutiva confluye con la observancia del objeto y fin de la Convención Americana. Así que una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, sin distinción alguna.

-La Corte considera que el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales, sino que la protección se extiende a derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos de parejas heterosexuales.

-En el caso de la Ciudad de México está permitida la “sociedad de convivencia” de las parejas del mismo sexo desde el año 2006, y el matrimonio desde 2009. En Uruguay desde el año 2007 existe una Ley sobre la Unión Concubinaria que se aplica a las parejas del mismo sexo. La Ciudad de Buenos Aires autorizó la unión civil de las parejas del mismo sexo desde el año 2002 y a nivel nacional el matrimonio de las parejas del mismo sexo es legal desde el año 2010. En Brasil desde el 2011 se garantizó a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que a las parejas heterosexuales y en el 2013 se declaró que no es posible negar el matrimonio o las uniones de hecho de las parejas del mismo sexo sobre la base del principio de no discriminación. En Chile, desde el 2015 entró en vigencia la ley que crea el acuerdo de unión civil que beneficia a parejas del mismo sexo. En Ecuador la unión de hecho de parejas del mismo sexo fue reconocida en el año 2015. En Colombia en el 2016 la Corte Constitucional reconoció el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

-La presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perturbar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.

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

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

Sobre la dignidad humana y cómo las exclusiones injustificadas resultan discriminatorias.- La dignidad humana es un concepto central en el desarrollo de los derechos individuales y del derecho constitucional. Siguiendo a Emmanuel Kant la dignidad es la que define la esencia misma del ser humano, es invaluable,

es una nota esencial del ciudadano con derechos. El progreso de los derechos y sus valoraciones tiene íntima relación con lo que se estima es la dignidad; en alguna época no se consideró que la esclavitud fuera contraria a la dignidad de los que estaban sometidos a esa condición. Igual situación ha enfrentado la mujer, sometida jurídica, política y culturalmente, a una condición de inferioridad. La dignidad de una persona, de un grupo, tiene interés e incidencia en la dignidad de todos los seres humanos. Debe ser un reconocimiento total, si se produce una exclusión injustificada e irrazonable, existe una lesión a la dignidad de todos, los excluidos y los que no sufren tal discriminación. No puede haber desarrollo como personas si a unos ciudadanos se les excluye, se les discrimina. El racismo, el espíritu de casta, el desprecio al extraño o al diferente, la eliminación de los anormales, son procesos de envilecimiento que lesionan directamente la dignidad humana, la eminente dignidad de la persona. Un ciudadano o ciudadana, aunque luzca diferente, incluso envilecido, es una persona a la que le debemos reconocer y propiciar una vida de persona, este es el presupuesto que propicia el cambio de valores y la expansión de los derechos fundamentales y de la dignidad de todos. Lo que antes era invisible en la definición de la dignidad, deja de serlo cuando se ilumina la injustificada irrazonabilidad de una exclusión, que es lo que ocurre con la homosexualidad, porque si tienen la misma dignidad que los heterosexuales, hay que reconocerles los derechos que no se les había concedido con fundamento en una injustificada discriminación. Este es el maravilloso contenido expansivo de un concepto tan elevado como la dignidad humana. La dignidad de los ciudadanos, de todos, sin distinción, requiere el reconocimiento de todos los derechos a los homosexuales. Ese es el sentido de un concepto tan rico y profundo como la dignidad de la persona. Deben reconocerse derechos básicos para el desarrollo de la persona como la posibilidad de entablar una relación afectiva estable, reconocida por el ordenamiento. Este reconocimiento tiene un efecto expansivo desde el momento que se admite que no existe ningún sustento para excluir a un sector de la población del disfrute de derechos relacionados con la esfera privada. La libre opción sexual, la libre escogencia de pareja, el desarrollo de un proyecto de convivencia, tiene relación con el desarrollo de la libertad, el libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la vida privada. Esa posibilidad se ha ignorado respecto de la población homosexual. La regulación de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, requiere un marco normativo igual que las parejas heterosexuales; la exclusión o la invisibilización de estos proyectos de vida, es una discriminación que lesiona la dignidad de la persona y es una injustificada invasión a la vida privada. La restricción no obedece a razones jurídicas que trasciendan el ámbito privado. Respecto de actos del ámbito de la privacidad que no dañan a terceros, que son expresión del desarrollo de la personalidad, el reconocimiento a la eminente dignidad de la persona exige, ineludiblemente, la posibilidad de elegir, sin que tal decisión provoque exclusión o invisibilización. La imposibilidad de elegir, el rechazo con fundamento en las preferencias sexuales, constituye, como se expuso, una inadmisibles discriminación. Debe romperse el círculo vicioso de discriminación y exclusión cultural y jurídica que se ha impuesto a los homosexuales y lesbianas, no se le ha dado pleno reconocimiento a su dignidad y su condición de personas, ha imperado la indiferencia, la exclusión, el prejuicio, la inhumanidad, provocando una inaceptable marginación jurídica y política. Un tribunal constitucional debe extender el contenido y el alcance de un concepto tan rico y elevado como la dignidad humana. Que la interpretación supere los prejuicios, que trascienda el autoritarismo moral que ha imperado hasta la fecha.

LGBTI (siglas que designan, colectivamente, a lesbianas, gays, bisexual, transexuales o transgénero e intersex) han sido sujetos de acciones discriminatorias, sea, por acción u omisión por parte de autoridades públicas como por parte de terceros. Lo anterior, pese a que conforme nuestro ordenamiento jurídico, toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona resulta contraria a la dignidad humana y al principio de igualdad. La orientación sexual es un aspecto esencial de la identidad de la persona, cuya protección se ha ido reconociendo a partir de la interpretación de las disposiciones de diferentes instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, las cuales prohíben la discriminación basada en el sexo. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26 establece que *“todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*; de igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, establece que *“todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”* (artículo 24). No obstante, en el sistema universal de protección de las Naciones Unidas, existe una declaratoria específica conocida como los Principios de Yogyakarta, cuya denominación completa es Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, presentado en el 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra. El documento contiene una serie de principios que pretenden marcar estándares básicos para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas que conforman la población LGBTI. En su principio 2 se establecen los derechos a la igualdad y a la no discriminación, según los cuales *“todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.”* Una proclama como esta visibiliza la necesidad de tutelar la libre orientación sexual y la identidad de género dadas las violaciones de derechos humanos, marginación, estigmatización y prejuicios que sufre esta población. Este Tribunal, en su función protectora de derechos fundamentales, ha tutelado la orientación sexual de las personas como parte del respeto a la dignidad humana y al principio de igualdad. Así, en la sentencia No. 2007-018660 de las 11:17 horas de 21 de diciembre de 2007 y en otras posteriores, este Tribunal ha reconocido *“(…) como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es contrario al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país”*. De igual forma, en la sentencia No. 2011-13800 de las 15:00 horas de 12 de octubre de 2011, en la cual se acogió la acción de inconstitucionalidad planteada en contra del artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo No. 33876-J que limitaba la visita íntima de las personas privadas de libertad al contacto con una persona de sexo distinto al suyo, esta Sala sostuvo: *“(…) la dignidad humana no puede*

violentarse a través de normas legales que no respeten el derecho inalienable que tiene cada persona a la diversidad, tal como sucede con la norma que se impugna en la presente acción, la cual establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva, pues se basa en criterios de orientación sexual, discriminando ilegítimamente a quienes tienen preferencias distintas de las de la mayoría, cuyos derechos o intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos. Tomando en cuenta que la norma tiene como fin el permitir el contacto de con el mundo exterior con el objeto de consentir la libertad sexual de los internos, la diferencia de trato no se encuentra justificada, toda vez que los privados de libertad con una orientación sexual hacia personas del mismo sexo, se encuentran en la misma situación fáctica de los privados de libertad con una orientación heterosexual, situación que resulta contraria no solamente al derecho de igualdad, sino también al derecho que tienen los privados de libertad de ejercer su derecho a comunicarse con el mundo exterior por medio de la visita íntima". Aun cuando en este contexto jurídico, la realidad de la población LGTBI se ha hecho más visible, todavía subsisten resistencias sociales y culturales que se proyectan más allá de los ámbitos y espacios privados y se plasman en actuaciones administrativas e incluso, en normas jurídicas que restringen los derechos de estas personas. Por lo anterior, la diversidad sexual y sus manifestaciones concretas en la vida social exigen un reconocimiento jurídico que no puede eludirse en un Estado que tiene como pilar fundamental el respeto a la dignidad humana. El reconocimiento a la diversidad sexual, como expresión de la vida privada y de la dignidad, deja sin justificación y sustento jurídico las normas que como las que se objetan, excluyen a las personas del mismo sexo de la posibilidad de constituir una unión de hecho. Establecido lo anterior, considero que la frase "entre un hombre y una mujer" contenida en el artículo 242 del Código de Familia (Ley n.º 5476 del 21 de diciembre de 1973), al limitar las uniones de hecho únicamente a parejas heterosexuales, o lo es que lo mismo, al discriminar a las parejas del mismo sexo en razón de su orientación sexual, resulta inconstitucional. En este caso de análisis, referido a las uniones civiles, el requisito de aptitud legal, contenido en el inciso 6 del artículo 14, resulta inconstitucional pues ello es una reiteración de lo establecido en el artículo 242 del Código de Familia, a saber, que dos personas del mismo sexo no tienen derecho a las uniones de hecho. Así entonces, no es que no se pueda exigir requisitos o que no se pueda exigir "aptitud legal", sino que, para las uniones civiles, tal "aptitud legal" NO puede comprender el requisito de que se trate de personas de distinto sexo. Así que, las parejas del mismo sexo pueden tener "aptitud legal" para establecer una unión civil, si cumplen el resto de requisitos contenidos en el art.14 del Código de Familia (incisos 1, 2, 3, 4, 5 y 7). Resulta discriminatorio, contrario a la dignidad humana y al principio pro homine, restringir las uniones de hecho únicamente para las personas del mismo sexo. Si la posibilidad de entablar una unión de hecho es un derecho de toda persona, no se justifica –convencional ni constitucionalmente hablando- que se le impongan requisitos discriminatorios a las personas con orientación no heterosexual. Es decir, resulta inconstitucional el establecimiento de un requisito legal para una unión de hecho basada únicamente en la orientación sexual, excluyendo a las personas del mismo sexo. La denegación del reconocimiento de la unión de hecho, entre dos personas del mismo sexo, conlleva una diferencia de trato discriminatoria. En este sentido, ha quedado más que evidente que, lo dicho en el artículo 242 del Código de Familia y el requisito 6 contenido en el artículo 14 del Código de Familia sobre "aptitud legal", al excluir la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan proceder con la figura de "uniones de hecho", constituye una discriminación a las personas en razón de su orientación sexual, lo cual resulta inconstitucional. Estas normas contienen una exigencia que ignora las transformaciones en los valores y conceptos socio-

culturales, situación que requiere adoptar una visión más amplia e inclusiva de los derechos fundamentales.

VIII.- Nota del Magistrado Rueda Leal. Vistas las razones expuestas en esta sentencia, respecto de la tesis que comparto con el Magistrado Cruz Castro y la Magistrada Esquivel Rodríguez, estimo innecesaria la nota que en su momento consideré durante la discusión del asunto. En consecuencia, renuncio a la nota en cuestión.

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

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

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

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

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

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

La Declaración de 1998 y la Declaración sobre las EMN también exhortan a las empresas a contribuir a promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación. Los directivos de las empresas y los trabajadores deberían revisar sus prácticas, tanto las relativas a la contratación como las relacionadas con otros aspectos del empleo, para eliminar cualquier base de discriminación que pudiera llevar a tratar a algunos trabajadores o solicitantes de empleo de manera menos favorable que a otros debido a características que no guardan relación con las competencias de la persona o las calificaciones exigidas para el trabajo.

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

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

En el tema que se analiza, el matrimonio igualitario, es necesario reiterar que existe una clara diferencia entre el concepto de matrimonio religioso y matrimonio civil. Ambos descansan sobre principios totalmente diferentes. El ejercicio de los valores religiosos es un derecho fundamental que se debe respetar. Esos valores no se contraponen a los grupos vulnerables que exigen también, el respeto a un derecho fundamental, el derecho a que no sean discriminados.

Cuando se exigen derechos, y todos lo hacemos diariamente, pedimos respeto que sería exigir el espacio que cada ser humano necesita para desempeñarse en libertad. Ese valor que es tan fácil de reclamar, de repente se

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

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

1.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano judicial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tiene dos competencias claramente delimitadas. Por una parte, la competencia contenciosa, habilitada precisamente para verificar aquellos casos donde se aduzca la abierta vulneración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y cuando habiéndose cumplido el proceso previo ante la Comisión Interamericana, se haya omitido todo cumplimiento a las recomendaciones que eventualmente hubieren sido dictadas, o bien, no se diere un debido cumplimiento a las mismas. Por otra, la competencia consultiva, establecida precisamente para evacuar consultas sobre la interpretación de la Convención o de otros tratados sobre derechos humanos aplicables a los Estados de la región, que le planteen los Estados o las organizaciones señaladas en el capítulo X de la Carta de la Organización de Estados Americanos. La competencia consultiva de la Corte IDH alcanza, incluso, la posibilidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de derecho interno respecto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos – artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-. Sobre esta competencia, desde sus primigenios pronunciamientos, en la OC-3/83 señaló la Sala que:

“43. La función consultiva que confiere a la Corte el artículo 64 de la Convención es única en el derecho internacional contemporáneo. Como la Corte ya lo ha expresado en anterior oportunidad, ni la Corte Internacional de Justicia ni la Corte Europea de Derechos Humanos han sido investidas con la amplia función consultiva que la Convención ha otorgado a la Corte

Interamericana (Otros tratados, supra 32, párrs. nos. 15 y 16). Cabe aquí, simplemente, poner énfasis en el hecho de que la Convención, al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alterno de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso. Sería, por lo tanto, contradictorio con el objeto y fin de la Convención y con las disposiciones pertinentes de ésta, adoptar una interpretación que sometería el artículo 64 a los requisitos exigidos por el artículo 62 en cuanto a competencia, restándole así la utilidad que se le quiso dar, por el solo hecho de que pueda existir una controversia sobre la disposición implicada en la consulta.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esa misma opinión, la Corte advirtió que

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

Y sería inadmisibles toda solicitud que

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

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

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

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

Es decir, se trata de recibir las orientaciones emitidas, precisamente como orientaciones de actuación, y no disposiciones judiciales de inmediato y directo acatamiento, pues aún siendo pronunciamientos judiciales interamericanos, su finalidad, funcionalidad y efectos, distan de ser equivalentes entre una y otra función de la Corte IDH –contenciosa y consultiva–.

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

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

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

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

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

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

2.- Es bajo este entendimiento que debe apreciarse la solicitud de opinión consultiva que el Estado costarricense planteó ante la Corte IDH respecto de la interpretación y alcance de los artículos 11, 2, 18 y 24 de la Convención Americana

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

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

Si bien la misma Corte refiere párrafos más adelante que la existencia de esos asuntos pendientes de conocer por parte de la Comisión, no le inhiere de pronunciarse sobre las consultas presentadas, lo cierto del caso es que lo allí señalado se constituye en una advertencia para el órgano consultivo de la necesidad de valorar la situación y emitir un pronunciamiento que de modo alguno incida en la resolución de esas peticiones particulares, y menos que pueda ser tenida como una tergiversación de la competencia consultiva de la Corte; se trata de una advertencia planteada por la misma Comisión Interamericana y por un peticionario, respecto de la existencia de asuntos pendientes, lo cual, de conformidad con lo señalado líneas atrás, debe incitar a la Corte a abstenerse de incurrir en actuaciones que incidan indebidamente en la resolución de aquellos casos. Es decir, si bien la Corte IDH sí podría pronunciarse sobre las consultas planteadas, lo cierto del caso es que el pronunciamiento que igualmente emita de manera consultiva, debe ser entendido en el contexto del ejercicio de la función dentro de la cual se emite, evitando darle un sentido inconsecuente que ni la misma Corte IDH le otorga, como bien se ha indicado en los precedentes de cita de dicho órgano del sistema interamericano.

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

un Estado a valorar una situación fáctica determinada que pudiere necesitar una valoración desde el derecho de los derechos humanos, sin que de modo alguno se revista esa ayuda, de una orden particular, directa y concreta, como sí podría darse en el ejercicio de la competencia contenciosa. En otras palabras, aún y cuando existen esos asuntos previos pendientes de resolverse, la intención de la Corte IDH para pronunciarse jamás pudo ser la de dictar una orden concreta, pues eso sería no solamente ir en contra de la competencia consultiva, sino de sus propios precedentes que le obligan a una necesaria autocontención cuando existan ese tipo de asuntos judiciales –nacionales e internacionales- en marcha.

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

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

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

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

En criterio del suscrito, a pesar de los muy claros precedentes de la Corte IDH sobre el ejercicio de su competencia consultiva, esto significa que la solicitud planteada por el Poder Ejecutivo costarricense –en ejercicio de sus competencias

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

Es decir, aún y conociendo el acervo jurisprudencial de la Corte IDH, Costa Rica instó al órgano judicial interamericano a dictar un pronunciamiento que podría entenderse, al menos, como perturbador de la dinámica legislativa en marcha, y predefinidor de los procesos judiciales interpuestos. El actuar del Poder Ejecutivo implica una desatención total a las previsiones del sistema interamericano, pasa por alto la existencia de las peticiones ante la Comisión Interamericana, violenta el derecho de defensa de otros actores involucrados –pues en este tipo de procesos consultivo no encuentran cabida otro tipo de manifestaciones en ese sentido (véase supra, la cita del párrafo 28 de la OC-12/91), se salta incluso un eventual proceso contencioso con todas las garantías del contradictorio, y todo ese actuar parece ser coonestado por la Corte IDH sin siquiera brindar una debida fundamentación. Si ese era el deseo del Estado costarricense, debió hacer uso de los mecanismos procesales establecidos en el Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y allanarse en una audiencia ante la CIDH, o solicitar una resolución anticipada del conflicto, o bien, requerir una reunión de trabajo con la Comisión para explicar la situación y determinar el camino procesal a seguir. Sin embargo, el Estado omitió por completo a la CIDH, obvió todas las opciones que tenía a su disposición, y acudió a la Corte IDH aún sabiendo que técnicamente la Corte no debía pronunciarse.

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

Es por tal razón también, que considerar lo contrario sería admitir un activismo malsano de la Corte IDH, que la llevarían de forma contraria a las previsiones de la Convención y de su propia jurisprudencia, a hacerse parte de un debate que debe decidir el Estado por los mecanismos y a través de los órganos democráticamente establecidos, sobre un tema que de manera directa y específica incumbe a la sociedad costarricense, como lo es el reconocimiento de derechos patrimoniales y otros efectos derivados de un vínculo creado entre personas del mismo sexo; tema que, en todo caso, no hace del contenido esencial o núcleo duro

de los derechos fundamentales implicados, pues tal núcleo es el reconocimiento de la unión en sí, mientras que los efectos patrimoniales de esa posible unión son precisamente eso, efectos.

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

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

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

5.- Tomando en consideración que a través de su Poder Ejecutivo el Estado costarricense actuó de manera tan contraria al ordenamiento y la jurisprudencia interamericanas, resulta válido reseñar qué fue lo exactamente consultado por Costa Rica ante la Corte IDH, y que guarda relación con lo conocido en esta acción de inconstitucionalidad. Estas consultas se refieren a dos cuestiones concretas: el

reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo creado entre personas del mismo sexo -pregunta número 4-, y la necesidad de crear una figura jurídica que regule los vínculos entre esas mismas personas, para que el Estado reconozca tales derechos -pregunta número 5-.

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

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

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

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

6.- Finalmente, es criterio del suscrito que la declaratoria de inconstitucionalidad y consecuente nulidad y expulsión del orden jurídico de la norma cuestionada mediante esta acción, carece de todo efecto práctico en la medida que si llegare a desaparecer la imposibilidad legal de contraer matrimonio entre dos personas del mismo sexo, ello no necesariamente trae como efecto, ni produce el resultado de un reconocimiento positivo de carácter general, y mucho menos vendría a suplir la necesaria regulación normativa que demandaría el reconocimiento de la validez de esta variable matrimonial. Por el contrario, es mi criterio que este tema en particular, de conformidad con lo aquí señalado, dista de solucionarse en sí mismo a través del pronunciamiento de la Corte IDH y tampoco de esta Sala mediante una acción de inconstitucionalidad, pues la sola inconstitucionalidad en sí carece del efecto de prever y determinar todas las variables y regulaciones no sólo para la realización de este matrimonio, sino de su celebración, inscripción y, por supuesto, los efectos no sólo de carácter patrimonial como se les ha querido ver, sino también efectos de carácter filial, de representación, de atención, de las obligaciones de cuidado, de los deberes conyugales en sentido amplio, de la trascendencia para el derecho social en general, aspectos todos que escapan claramente de cualquier pronunciamiento particular de la Sala en este momento –y, por supuesto, tampoco contemplados en la opinión de la Corte-, pues se trata, precisamente, de circunstancias que deben ser

debidamente reguladas por el legislador ordinario no sólo mediante la modificación de la norma cuestionada, sino de todo aquel acervo normativo relacionado con las regulaciones y efectos del matrimonio y las uniones en el resto del ordenamiento jurídico.

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

XI.- Voto Salvado del Magistrado Castillo Víquez.- Me separo del criterio de mayoría y declaro sin lugar la acción, con base en las siguientes consideraciones. En el presente asunto, la parte accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 242 del Código de Familia y 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven, por considerar que discriminan en forma explícita e implícita a las parejas del mismo sexo en razón de su orientación sexual. Para fundamentar su posición, manifiestan que conforme lo dispuesto por el voto número 2315-95 de las 17:20 del 9 de mayo de 1995 de la Sala Constitucional, así como en los casos *Amonacid Arellano vs Chile*, *Trabajadores cesados del Congreso vs Perú*, *García Montiel y Flores vs México*, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, por ello, pasan a formar parte del bloque de legalidad de estos. Aduce que en el caso *Atala Riffo contra Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que resulta prohibido discriminar a una persona en razón de su orientación sexual, por lo con base en el principio de convencionalidad, las autoridades judiciales del país se encuentra en la obligación de cumplir con lo dispuesto por el fallo antes citado.

Ahora bien, cabe puntualizar que de la lectura del libelo de interposición, se desprende que la inconformidad de la parte accionante radica en que las normas cuestionadas restringen la protección legal de la conveniencia de hecho de aquellas parejas formadas por “un hombre y una mujer” y que posean “aptitud legal para contraer matrimonio”, pues, a su parecer, ello implica una violación al principio de igualdad. Sobre el particular, debe mencionarse que, tal y como lo explica la Procuraduría General de la República en su informe, las normas cuestionadas no establecen una prohibición expresa para que las uniones entre personas del mismo sexo existan, pues no regulan las relaciones de ese colectivo, toda vez que está diseñadas y pensadas para las relaciones heterosexuales, con el fin de equiparar a estas con el matrimonio, cuando cumplan con los requerimientos establecidos por el ordenamiento jurídico. De lo anterior, se desprende entonces que la disconformidad del accionante con la imposibilidad de reconocer los mismos efectos del matrimonio a las uniones de personas homosexuales, no constituye un problema generado por las normas cuestionadas, sino debido a la falta de regulación expresa sobre el tema en cuestión. En ese sentido, tal y como lo menciona en su informe la Procuraduría General de la República, este Tribunal, al igual que cualquier órgano jurisdiccional, no puede convertir en Ley la voluntad subjetiva de sus miembros por medio de una interpretación, pues la potestad de legislar es otorgada en forma exclusiva a la Asamblea Legislativa por los artículos 9, 105 y 121 inciso 1) de la Constitución Política. En virtud de lo anterior, si bien al momento de juzgar la constitucionalidad de una norma que pueda lesionar el numeral 33 constitucional, la Sala puede restaurar la vigencia del principio de igualdad extendiendo un beneficio a toda la colectividad, lo cierto es que el

resultado final de dicha decisión no es la simple anulación de una norma (legislador negativo), sino la creación de una nueva norma (legislador positivo), situación que resulta particularmente sensible, toda vez que se asignan consecuencias jurídicas a un supuesto de hecho que si bien no fue expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico, no fue pensado del todo por el legislador, como es el caso de las relaciones de convivencia entre personas del mismo sexo. Lo anterior, se ve reflejado claramente en el hecho de que aun y cuando se emitiera una sentencia favorable a las pretensiones del accionante, dicha situación no solventaría del todo la problemática a la que se hace referencia en el libelo de interposición, toda vez que haría falta una regulación expresa que esclarezca si efectivamente a este tipo de vínculos se les reconocen los mismos derechos y consecuencias jurídicas que a las uniones de hecho heterosexuales. En resumen, las normas impugnadas por la parte accionante no son inconstitucionales per se, pues es el legislador quien debe regular todo lo relativo a los efectos civiles y patrimoniales de las personas del mismo sexo, tomando en cuenta que es en la Asamblea Legislativa donde debe darse una discusión sobre el tema en cuestión.

Por otra parte, en lo que respecta al alegato de la parte accionante en el sentido de que la Sala se encuentra en la obligación de aplicar en el caso en estudio los efectos del caso *Atala Riffo contra Chile*, conviene mencionar que este Tribunal tuvo la oportunidad de analizar los alcances y efectos del control de constitucionalidad, precisamente al conocer una acción de inconstitucionalidad en la que se solicitaba la aplicación del fallo antes citado. En ese sentido, en el voto número 2012-05590 de las 16:01 del 2 de mayo de 2012, la Sala dispuso sobre el particular, lo siguiente:

V.- Sobre la solicitud de aplicación del caso Atala Riffo vs Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El segundo alegato del accionante consiste en señalar -desde su perspectiva- el presunto trato discriminatorio en perjuicio de las parejas del mismo sexo para efectos del acceso al seguro de salud. Señala el cambio de escenario jurídico, nacional e internacional, con respecto al que existía en mayo del 2006, cuando se emitió la sentencia número 2006-07262 de la Sala Constitucional. Considera que desde entonces se incluyó de forma expresa al ordenamiento jurídico la prohibición de discriminar por orientación sexual, así como la creciente aceptación de la población de las uniones de hecho homosexuales. Hace referencia a varios pronunciamientos de diversos órganos de Derecho Internacional, en que asegura que se prohíbe el trato discriminatorio contra homosexuales, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU; la Organización Mundial de Salud, pero en particular hace referencia al caso Atala Riffo vs Chile, que fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en febrero de este año. También reclama que la Sala Constitucional no debe permitir que continúe la discriminación por orientación social en este país. En relación con este último alegato, resulta pertinente señalar que en ningún momento la Sala ha aceptado la discriminación hacia personas homosexuales, como lo señala el accionante. Si bien es cierto la sentencia 2006-07262 desestimó sus argumentos al impugnar el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, la decisión de la mayoría de la Sala consistió en determinar que no existe discriminación en la normativa accionada porque el matrimonio es una figura creada para uniones entre personas heterosexuales; en esa misma oportunidad también se reconoció que existe la necesidad de regular las relaciones entre personas del mismo sexo, pero ello le corresponde al Poder Legislativo, en el ejercicio de las potestades que tanto la Ley como la Constitución Política le confieren. Por otra parte, en cuanto a la solicitud de aplicar la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe señalarse que lo planteado por el accionante resulta improcedente en el tanto el voto de mayoría de la Corte, no desarrolla ni realiza referencia alguna al tema de la conyugalidad homosexual; la seguridad social homosexual; la democratización de instituciones social y jurídicamente reconocidas a las personas heterosexuales, ni los derechos reproductivos de las personas homosexuales. En dicha resolución se desarrolló el tema del derecho a la vida familiar como derecho humano, señalándose que no es posible decidir sobre la custodia y cuidado de los hijos con base en la orientación sexual de los progenitores. Es claro que el “juicio base” de la resolución de la

CYDH, en nada resulta aplicable al caso concreto. En aquel caso tenemos como supuesto fáctico dos menores de edad que no pueden relacionarse con su progenitor con inclinación homosexual. Menores producto de un matrimonio disuelto. En el caso que nos ocupa, lo pretendido es el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo para tener acceso a seguro social de su conviviente. Ahora, si bien es cierto la sentencia de la C...desarrolla en uno de sus considerandos el tema de la discriminación, no hace por estar en presencia de un tema de reserva de ley que debe resolver el legislador, sino por derechos legalmente otorgados y negados con base en su inclinación sexual. De igual manera, el voto disidente del juez Alberto Pérez Pérez resulta particularmente ilustrativo para los efectos de la presente acción de inconstitucionalidad. En efecto, en su voto salvado, el juez Pérez efectúa un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sobre la cual se fundamenta y utiliza con valor persuasivo la propia sentencia de la CIDH que el accionante invoca. Al respecto, tenemos el caso *Schalk y Kopf vs. Austria* (N° 30141/04 dictada por una Sala del TEDH el 24 de junio de 2010), en el cual se revisó la normativa de la Unión Europea (artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales y varias directivas), y en particular el derecho interno de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, de los cuáles sólo seis permiten que las parejas del mismo sexo tengan igualdad de acceso al matrimonio; otros 13 tienen ciertas disposiciones legislativas que permiten que las parejas de un mismo sexo registren su relación; y, un Estado reconoce a las parejas del mismo sexo que cohabitan ciertos efectos limitados, pero no les da la posibilidad de registro. En el caso *Christine Goodwin vs Reino Unido* (no.28957/95), sentencia de la Gran Sala de 11 de julio de 2002, el TEDH observó que el derecho interno sólo permitía el matrimonio entre personas de género opuesto, ya fuese derivado de la atribución al nacer o de un procedimiento de reconocimiento de género, mientras que no se permitían los matrimonios de un mismo sexo, y que el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, consagraba el concepto tradicional de que el matrimonio era entre un hombre y una mujer. Si bien el TEDH reconoció que varios Estados Contratantes habían extendido el ámbito del matrimonio para comprender a parejas de un mismo sexo, también señaló que ello reflejaba la visión propia de dichos Estados acerca del papel del matrimonio en sus sociedades, pero no derivaba de una interpretación del derecho fundamental consagrado en el Convenio de 1950. Por lo tanto, el TEDH estimó que está dentro del margen de apreciación del Estado la forma de regular los efectos del cambio de género en los matrimonios preexistentes. En cuanto a la conexión entre el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia, la conclusión a la que llegó el TEDH en el caso *Christine Goodwin*, es que la imposibilidad de una pareja para concebir o actuar como padres de un niño no excluye per se el derecho a casarse, pero no le permitió al Tribunal Europeo llegar a conclusión alguna acerca de la cuestión del matrimonio entre personas de un mismo sexo. De igual manera, señaló que si bien el Convenio de 1950 es un instrumento viviente que debe interpretarse en las condiciones actuales, y el matrimonio ha sufrido importantes cambios sociales, el TEDH observó que no hay un consenso europeo acerca del matrimonio entre personas de un mismo sexo, y verificó nuevamente que sólo está permitido en seis de los cuarenta y siete Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Debe tomarse en consideración además que si bien el TEDH frecuentemente ha subrayado que dicho Convenio es un instrumento viviente que debe interpretarse en las condiciones actuales, sólo ha utilizado ese enfoque para desarrollar su jurisprudencia cuando ha percibido una convergencia de estándares entre los Estados miembros, algo que evidentemente no sucede en el caso del matrimonio o unión entre personas del mismo sexo. Por otra parte, el TEDH revisó los alcances del artículo 9 de la Carta Europea, al haberse efectuado la eliminación deliberada de la referencia a “un hombre y una mujer”, y determinó que con ello se ampliaba su alcance en relación con los artículos concordantes de otros instrumentos de derechos humanos, pero estimó que la referencia al derecho interno reflejaba la diversidad de las reglamentaciones nacionales, que van desde permitir el matrimonio entre personas del mismo género hasta la prohibición explícita, y dejó librada a los Estados la decisión al respecto. Asimismo, concluyó que ya no consideraría que el derecho a casarse -consagrado en el artículo 12 del Convenio Europeo-, debe limitarse en toda circunstancia al matrimonio entre dos personas de sexo opuesto, pero subrayó que la cuestión de si se ha de permitir o no el matrimonio entre personas de un mismo sexo está librado a la reglamentación por el derecho nacional de cada Estado. El Tribunal determinó que el matrimonio tiene connotaciones sociales y culturales profundamente arraigadas que pueden diferir ampliamente de una sociedad a otra, y que el TEDH no debe apresurarse a anteponer su propio criterio al de las autoridades nacionales, que están mejor ubicadas para responder a las necesidades de la sociedad. En consecuencia, determinó que el artículo 12 no impone al Gobierno demandado la obligación de otorgar el derecho a casarse a una pareja de personas de un mismo sexo, como lo demandantes, y que no se había violado dicho artículo. Con

fundamento en lo señalado anteriormente, el juez Pérez disiente del criterio de mayoría de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, al declarar la lesión al artículo 17.1 de la Convención, por cuanto estimó que la declaración de principio relativa a la familia que figura en dicho numeral coincide con las disposiciones de numerosas constituciones latinoamericanas, entre las cuales se encuentran la de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En virtud de ello, el juez Pérez estimó que para aplicar el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados parte, lo que no ocurren en relación con la evolución de la noción de familia y su calidad de base o elemento esencial o natural de la sociedad, que sigue estando presente incluso en las Constituciones de numerosos Estados parte, como se indicó anteriormente. La existencia de una pluralidad de conceptos de familia, no quiere decir que necesariamente todos y cada uno de ellos deban corresponder a lo que la Convención Americana entiende como tal, como el propio Comité de Derechos Humanos indicó en su Observación General N°19, al señalar que: “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aún entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”. Debe tenerse presente la importancia de los votos disidentes o votos salvados -como los conocemos en nuestro medio-, como Fuentes Materiales del Derecho, que nutren el sistema jurídico, y forman parte de la jurisprudencia y de la doctrina. Aun cuando no se consideran como una fuente autónoma, esto no les quita valor y son fuente para la renovación de la jurisprudencia que deben estudiarse junto con las decisiones de la mayoría de los jueces, porque no son indisolubles o inseparables. Por otra parte, es claro que la decisión de la CIDH no resulta vinculante o de aplicación obligatoria -como lo entiende el aquí accionante- para nuestro país, en el tanto el Estado costarricense no figuró como parte en dicho proceso. El objeto de la demanda fue “... la discriminación e injerencia arbitraria en la vida privada de [la señora] Atala, ocurridas en el contexto de un proceso judicial sobre la custodia y cuidado de sus tres hijas”. Lo anterior, debido a que presuntamente la “orientación sexual [de la señora] Atala y, principalmente la expresión de dicha orientación en su proyecto de vida, fueron la base principal de las decisiones mediante las cuales se resolvió retirarles la custodia de las niñas”.

Resulta evidente para la mayoría de esta Sala que el dicho pronunciamiento no guarda relación con el objeto planteado por el accionante en el presente caso, por las razones que anteriormente se ofrecieron. Por otra parte, aun cuando en virtud de lo señalado por la Convención de Viena, si un Estado firma un Tratado internacional está en posición de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes, ninguna norma del Pacto de San José le da carácter vinculante -a dichos pronunciamientos- para los Estados que forman parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, salvo para el caso concreto, en el cual no figura el Estado costarricense, como se indicó anteriormente, de manera que el pronunciamiento citado por el accionante no es más que un antecedente jurisprudencial de referencia, que sólo resulta de acatamiento obligatorio para el Estado Chileno y la parte demandante. (El resaltado es del original).

Ahora bien, con base en lo dispuesto por el voto antes citado, comparto la posición que esgrime la Procuraduría General de la República en su informe, en el sentido de que si bien no puede dejarse de lado la relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la interpretación y aplicación de los instrumentos de derechos humanos, aunque no resulte vinculante, mucho menos las opiniones jurídicas, tal y como lo explico en la Acción de Inconstitucionalidad que conoció esta Sala sobre la prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cierto que al igual que en el voto mencionado, en el presente asunto no se está ante el mismo cuadro fáctico que se analiza en el fallo de *Atala Riffo* contra Chile, por lo que no podría establecerse una interpretación como la que pretende el accionante. En ese sentido, tal y como lo explica la Procuraduría “el principio de *stare decisis*, que en el fondo es el que se encuentra presente en la discusión acerca de la eficacia directa de las sentencias de la Corte Interamericana, parte de una organización muy distinta de la jurisprudencia constitucional como, sobre todo, de una diversa concepción de la norma jurídica, a partir del modelo del Derecho anglosajón. Por cuanto la norma

jurídica se entiende siempre como regla de decisión de la que forma parte en consecuencia, como definición del supuesto, el caso concreto, es decir, el litigio que ha de ser decidido. Así la norma constitucional que el juez crea, es sólo la norma de ese caso e incluso cuando se trata de una norma establecida por la Corte Suprema de Estados Unidos no obliga a los demás jueces sino en la medida en que éstos no aprecien en las circunstancias de hecho del asunto sometido a su decisión diferencias relevantes respecto de aquel que define la norma". Así, en virtud de lo anterior, estimo que la acción de inconstitucionalidad debe ser desestimada.

XII. DOCUMENTACIÓN APORTADA AL EXPEDIENTE. Se previene a las partes de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún adicional de carácter electrónico, informático. Magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, estos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el "Reglamento sobre Expediente Electrónico del Poder Judicial", aprobado por Corte Plena en sesión N° 27-11 del 22 de agosto de 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial número 19 del 26 de enero de 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la sesión N° 43-12 celebrada el 3 de mayo de 2012, artículo LXXXI.

Por tanto:

Por mayoría se declara con lugar la acción y, en consecuencia, se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a adecuar el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. Los magistrados Cruz Castro, Rueda Leal y Esquivel Rodríguez declaran con lugar la acción en los mismos términos que establecieron en la sentencia N° 2018-012782 de las 17:45 horas del 8 de agosto de 2018. Los magistrados Salazar Alvarado, Araya García y Hernández Gutiérrez declaran con lugar la acción por razones diferentes. El magistrado Cruz Castro da razones adicionales. Los magistrados Rueda Leal, Hernández Gutiérrez y Esquivel Rodríguez ponen notas. El magistrado Castillo Víquez salva el voto en todos sus extremos y declara sin lugar la acción incoada. Publíquese este pronunciamiento íntegramente en el Boletín Judicial y reséñese en el Diario Oficial La Gaceta. Notifíquese a las partes y la Asamblea Legislativa./Fernando Castillo V.,Presidente a.i./Fernando Cruz C./Paul Rueda L./Luis Fdo Salazar A./José Paulino Hernández G./Marta Eugenia Esquivel R./Jorge Araya G./-

San José, 06 de junio del 2019

Vernor Perera León
Secretario a. í

1 vez.—O.C. N° 364-12-2017.—Sol. N° 68-2017-JA.—(IN2019352218).

JUZGADO NOTARIAL

HACE SABER

A la Dirección Nacional de Notariado, al Archivo Notarial, al Registro Nacional y al Registro Civil, que en el proceso disciplinario notarial N° 15-000332-0627-NO, de Luis Oscar Vargas Díaz contra Ligia Rodríguez Pacheco (cédula de identidad N° 6-139-768), este Juzgado mediante resolución N° 388-2018 de las trece horas cincuenta y siete minutos del veintiséis de junio del dos mil dieciocho (folio 56), confirmada por el Tribunal Disciplinario Notarial mediante voto número 024-2019 de las once horas del veintidós de febrero del dos mil diecinueve (folio 75), dispuso imponerle a la parte denunciada la corrección disciplinaria de seis meses de suspensión en el ejercicio de la función notarial, la cual se mantendrá hasta que el notario demuestre haber llevado a cabo la inscripción de la escritura pública número 300 otorgada a las 13:00 horas del 16 de abril del 2013, en el folio 141 de su tomo de protocolo número 03. Rige ocho días naturales después de su publicación en el *Boletín Judicial*, de conformidad con el artículo 161 del Código Notarial. Notifíquese.

San José, 27 de marzo del 2019.

M.Sc. Juan Carlos Granados Vargas,
Juez.

1 vez.—O. C. N° 364-12-2017.—Solicitud N° 68-2017-JA.—(IN2019352336).

A la Dirección Nacional de Notariado, al Archivo Notarial, al Registro Nacional y al Registro Civil, que en el proceso disciplinario notarial N° 17-000752-0627-NO, de Registro Civil contra Ariel Ignacio González Arias (cédula de identidad 1-1382-332), este Juzgado mediante resolución N° 854-2018 de las dieciséis horas cuarenta y tres minutos del veintinueve de diciembre del dos mil dieciocho, confirmada por el Tribunal Disciplinario Notarial mediante voto número 44-2019 de las catorce horas diez minutos del veintisiete de marzo del dos mil diecinueve, dispuso imponerle a la parte denunciada la corrección disciplinaria de dos meses de suspensión en el ejercicio de la función notarial. Rige ocho días naturales después de su publicación en el *Boletín Judicial*, de conformidad con el artículo 161 del Código Notarial. Notifíquese. Juzgado Notarial.

San José, 08 de mayo del 2019

M.Sc. Juan Carlos Granados Vargas
Juez

1 vez.—O. C. N° 364-12-2017.—Solicitud N° 68-2017-JA.—(IN2019352337).

A la Dirección Nacional de Notariado, al Archivo Notarial, al Registro Nacional y al Registro Civil, que en el Proceso Disciplinario Notarial N° 18-000162-0627-NO, de Registro Civil contra Alejandro Hernández Porras (cédula de identidad N° 3-334-490), este Juzgado mediante resolución N° 069-2019 de las diecinueve horas veinticuatro minutos del treinta y uno de enero del dos mil diecinueve, dispuso imponerle a la parte denunciada la corrección disciplinaria de un mes de suspensión en el ejercicio de la función notarial. Rige ocho días naturales después de su publicación en el *Boletín Judicial*, de conformidad con el artículo 161 del Código Notarial. Notifíquese.

San José, 29 de abril del 2019.

M.Sc. Juan Carlos Granados Vargas,
Juez

1 vez.—O. C. N° 364-12-2017.—Solicitud N° 68-2017-JA.—(IN2019352338).

A la Dirección Nacional de Notariado, al Archivo Notarial, al Registro Nacional y al Registro Civil, que en el proceso disciplinario notarial N° 18-000232-0627-NO, de Registro Civil contra Juana Odili Altamirano Urrutia (cédula de identidad N° 800890428), este Juzgado mediante resolución N° 727-2018 de las veintiún horas veintitrés minutos del treinta y uno de octubre del dos mil dieciocho (folio 45), dispuso imponerle a la parte denunciada la corrección disciplinaria de un mes de suspensión en el ejercicio de la función notarial. Rige ocho días naturales después de su publicación en el *Boletín Judicial*, de conformidad con el artículo 161 del Código Notarial. Juzgado Notarial. Notifíquese.

San José, 02 de mayo del 2019.

M.Sc. Juan Carlos Granados Vargas,
Juez

1 vez.—O.C. N° 364-12-2017.—Solicitud N° 68-2017-JA.—(IN2019352339).

A Hendrix Gutiérrez Menocal, mayor, notario público, cédula de identidad N° 1-988-441, de demás calidades ignoradas; que en proceso disciplinario notarial N° 18-000422-0627-NO establecido en su contra por Sindy Mayela Zumbado Moscoso, se han dictado las resoluciones que literalmente dicen: "Juzgado Notarial. San José, a las trece horas cuarenta y cuatro minutos del siete de agosto del dos mil dieciocho. Debido a que mediante escrito de folio 73 la parte denunciante únicamente se limitó a estimar un monto por concepto de daño moral y psicológico, sin especificar en qué consistieron estos últimos, se declara inadmisibles las pretensiones resarcitorias y se continúa únicamente el trámite de la acción disciplinaria promovida contra los notarios Ana Lucrecia González Vargas y Hendrix Gutiérrez Menocal. Así las cosas, se tiene por establecido el presente proceso disciplinario notarial de Sindy Mayela Zumbado contra Ana Lucrecia González Vargas y Hendrix Gutiérrez Menocal, a quien se confiere traslado por el plazo de ocho