



Exp: 19-013680-0007-CO

Res. N° 2020-001619.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
San José, a las doce horas y treinta minutos del veinticuatro de enero del dos mil veinte.

Recurso de amparo que se tramita en el expediente n.º **19-013680-0007-CO**, interpuesto por **FRANCIS PORRAS LEÓN**, cédula de identidad 01-0747-0943, contra **EL PODER JUDICIAL**.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Sala el 31 de julio de 2019, el recurrente interpone recurso de amparo contra el Poder Judicial, y manifiesta que es funcionario de la institución recurrida, donde ocupa el cargo de juez en el Juzgado Notarial. Asegura que acude a su favor y en defensa de los intereses difusos, en nombre de todo el colectivo judicial que profesa la fe cristiana católica, cristiana evangélica, la judía, la fe musulmana y cualquier otro tipo de convicciones filosóficas, que en razón de estas pueda estimar violentado su derecho a la objeción de conciencia. Reclama que, por correo electrónico de 2 de febrero de 2018, la Licda. Sandra Saborío Artavia, en su condición de jueza Coordinadora del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de Alajuela, realizó una consulta al Consejo Superior del Poder Judicial acerca del ejercicio de la objeción de conciencia a lo interno de la institución judicial. Lo anterior, con motivo de la opinión consultiva n.º OC- 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de unas dudas e inquietudes que surgieron a sus funcionarios en razón de la misma, tal y como no recibir gestiones que impliquen personas del mismo sexo, por ejemplo, en caso de matrimonios. Expresa que esa jueza gestionó si el Poder Judicial permitiría la

objección de conciencia cuando una persona funcionaria judicial se apegue esta para no realizar gestiones propias de sus funciones, argumentando que va contra sus principios religiosos, de conciencia, morales, sociales o familiares, y de ser así, de qué forma y bajo cuáles parámetros lo concedería. Alega mediante sesión número 12- 18 de 13 de febrero de 2018, el Consejo Superior del Poder Judicial acordó trasladar la consulta de la jueza coordinadora de familia a la dirección Jurídica del Poder Judicial para su estudio e informe. Sostiene que, en virtud de lo anterior, la Secretaría General de la Corte, mediante oficio n.º 5765-18 de 7 de junio de 2018 procedió a solicitar al Licdo. Rodrigo Campos Hidalgo, director Jurídico a.i del Poder Judicial que remitiera el informe solicitado. Arguye que por oficio No. DJAJ- 207-2019 de 20 de junio de 2019, el director Jurídico interino y la coordinadora interina del Área de Análisis Jurídico, comunicaron lo siguiente: “(...) *la Dirección Jurídica estima que el Poder Judicial no debería permitir la utilización de la objeción de conciencia como un mecanismo válido para que un funcionario o funcionara se exima de realizar gestiones propias de sus funciones, por estimar que éstas son contrarias a sus principios religiosos, de conciencia, morales, sociales y/o familiares. Desconocer bajo ese argumento, el mandato legal de su función de conformidad con los fines estatales y los principios del servicio público establecidos mediante la Constitución, la Ley General de la Administración Pública y la Ley Orgánica del Poder Judicial, podría implicar una arbitraria restricción de otros derechos humanos y fundamentales, tales como el acceso a la justicia y la no discriminación (...) la objeción de conciencia es un derecho que como todo derecho debe ejercerse dentro de un marco normativo que se abre a la garantía de protección y estímulo de la diversidad cultural, mas no puede ejercerse de manera absoluta, en detrimento, en este caso del derecho de terceros de acceso a la justicia. (...)*”.

Afirma que por acuerdo tomado en la sesión n.º 60- 19 de 4 de julio de 2019, el Consejo Superior decidió avalar el criterio de la dirección Jurídica y acordó lo siguiente: “(...) 1.) *Tener por rendido el informe N° DJ-AJ-207-2019 del 20 de junio de 2019 de la Dirección Jurídica.* 2.) *Hacer este acuerdo de conocimiento de la Comisión de Acceso a la Justicia y Género, para que establezca los mecanismos para su divulgación, respecto a los derechos a personas de una población en condición de vulnerabilidad como la LGTBI, cuyos derechos se tutelan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política y que a su vez, se reafirman mediante los compromisos concretos asumidos por este Poder de la República para garantizar la no discriminación de esta población.* 3.) *Hacer este acuerdo de la máster Sandra Saborío Artavia, Jueza Coordinadora del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de Alajuela. (...)*”. Lo que estima viola su derecho a la libertad de pensamiento, al debido proceso, a la libertad de conciencia, a la libertad de religión, a la igualdad ante la ley, a no recibir tratos crueles y degradantes, a la dignidad humana; así como, el principio de razonabilidad y proporcionalidad y lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todo en concordancia con los artículos 27, 28, 33, 39, 40 y 41, de la Constitución Política, y los artículos 12 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por otro lado, reclama que actualmente esta Sala tramita una acción de inconstitucionalidad bajo el expediente n.º 19-010502-0007-CO, mediante la cual se impugna el decreto 41722-S por razones de fe y científicas, mismos argumentos que se plantean en el presente recurso. Considera que es este Tribunal Constitucional quien debe definir el alcance de ese derecho humano y no una oficina administrativa como las recurridas. Agrega que es un hecho que la población judicial, concretamente los jueces y juezas, técnicos y técnicas judiciales, en una amplia mayoría

profesan fe cristiana y para muchos de ellos participar en el trámite de matrimonios entre personas del mismo sexo sería algo contrario a sus convicciones. Por último, estima que cualquier persona tiene el derecho humano de ejercer la objeción de conciencia ya que es un derecho de rango constitucional, protegido por convenios internacionales. Por los motivos expuestos, solicita que se declare con lugar el recurso.

2.- Por resolución de las 14:21 horas del 2 de agosto de 2019 se dio curso al amparo.

3.- Por escrito recibido en la Sala el 7 de agosto de 2019, se apersona Mauren Solís Madrigal, en su condición de Jueza de Familia del III Circuito Judicial de San José. Indica que se adhiere al recurso de amparo del accionante. Se refiere a las funciones del Consejo Superior. Estima que no le compete resolver sobre objeciones de conciencia; también se extralimitó, pues la persona que formuló la consulta no podía atribuirse la representación de otra persona. Expresa que, en este momento, ningún Juzgado de Familia puede celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo. En consecuencia, carecía y carece de interés actual la gestión que fue objeto de consulta ante el Consejo Superior. Considera que el accionante carece de legitimación y no le representa. Además, no existe interés difuso en esta materia. Diferencia entre matrimonio civil y religioso.

4.- Por escrito recibido en la Sala el 8 de agosto de 2019, informa bajo juramento Rodrigo Alberto Campos Hidalgo, en su condición de Director Jurídico interino del Poder Judicial, que el Consejo Superior del Poder Judicial conoció en la sesión número 12-18 del 13 de febrero de 2018, artículo LXXIII, la consulta de la máster Sandra Saberlo Artavia, Jueza Coordinadora del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de Alajuela, quien preguntó: “1.- *El Poder Judicial permite la “Objeción de Conciencia” cuando*

unas de las personas funcionarias judiciales se apegue a la misma para no realizar gestiones propias de sus funciones, argumentando que éstas van contra sus principios religiosos de conciencia, morales sociales y/o familiares? 2.- Si el Poder Judicial permite la “Objeción de Conciencia” de qué forma y bajo cuáles parámetros se concedería?” Dicha consulta fue trasladada a la Dirección Jurídica para su estudio e informe. Relata que esa Dirección rindió su criterio en el oficio n.º DJ-AJ-207-2019 del 20 de junio de 2019. Transcribe el criterio. En sesión n.º 60-19 del 4 de julio de 2019, artículo XVII, el Consejo Superior tuvo por rendido dicho criterio y acordó hacer ese acuerdo *“de conocimiento de la Comisión de Acceso a la Justicia y Género de/Poder Judicial, para que establezca los mecanismo para su divulgación respecto a los derechos a personas de una población en condición de vulnerabilidad como la LGTBI, cuyos derechos se tutelan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política y que a su vez, se reafirman mediante los compromisos concretos asumidos por este Poder de la República para garantizar la no discriminación de esta población”*. Asimismo, se disponía a poner el acuerdo en conocimiento de la consultante. Remite al Reglamento de la Dirección Jurídica del Poder Judicial y sus funciones. Estima que el Poder Judicial no podría adoptar conductas que pudieran ser consideradas regresivas del reconocimiento o tutela de derechos a personas de una población en condición de vulnerabilidad como la LGTBI, cuyos derechos se tutelan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política y que a su vez, se reafirman mediante los compromisos concretos asumidos por la Institución para garantizar la no discriminación de esta población pues parten de un derecho a un trato igualitario frente a la ley, que se interpreta de manera sistémica, conforme a las necesidades sociales y el cambio del tiempo. Acota que los derechos

humanos no son absolutos, pues tienen limitaciones necesarias para proteger otros derechos. Esto aplica para la libertad de conciencia o de culto, que se limita cuando impide el disfrute de otro derecho de igual rango por parte de terceros, como es el derecho a la no discriminación y el acceso a la justicia. Remite a jurisprudencia de la Sala. Considera que su Dirección ha actuado en cumplimiento de la normativa citada y sus competencias. Acota que la objeción de conciencia, tal como fue planteada, habilitaría a cualquier servidor a incumplir una resolución de la Sala Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Rechaza que la pertenencia a una religión o creencia signifique automáticamente un choque con la posibilidad de brindar un servicio a las personas sexualmente diversas. No toda persona evangélica o católica considera que el matrimonio entre personas del mismo sexo resulta contrario a los designios divinos, por lo que debe distinguirse entre la mera opinión personal del fuero de conciencia derivado de una convicción religiosa definida. Recuerda que el servidor tiene una relación de sujeción y ha jurado cumplir la Constitución Política y el ordenamiento jurídico. Señala que la negativa a atender a una persona homosexual llevaría a efectuar un acto discriminatorio, pretextando una indefinida convicción religiosa, sujeta a la mera interpretación de determinados grupos, pero sin una solvencia o coherencia doctrinal, pues, por ejemplo, la iglesia anglicana no ve que el matrimonio de personas del mismo sexo sea contrario a los preceptos cristianos. Cuestiona que una religión fundada en el amor entre las personas niegue la posibilidad de que algunos puedan ejercer derechos reconocidos constitucionalmente. Reitera que el servidor público debe cumplir el bloque de legalidad. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

5.- Por escrito recibido en la Sala el 8 de agosto de 2019, informa bajo juramento Fernando Cruz Castro, en su condición de presidente de la Corte

Suprema de Justicia y del Poder Judicial, en el mismo sentido que el informante anterior. Señala que el acuerdo del Consejo Superior se tomó con base en el criterio de la Dirección Jurídica. Relata que el Poder Judicial ha asumido amplios compromisos institucionales para garantizar el respeto de los derechos de las poblaciones como la LGTBI. Mediante circular n.º 76-2019 se comunicó a todas las personas que laboran en la institución, el acuerdo tomado en la sesión número n.º 40-19 celebrada el 7 de mayo de 2019, artículo XLI, en el que se dispuso reiterar la importancia de conocer, estudiar y aplicar los convenios internacionales relacionados con los Derechos Humanos de las personas en condición de vulnerabilidad, considerando para ello el artículo 1 de la Constitución Política que señala que “*Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural*”, donde se indicó que para atender a la población LGTBI se debe aplicar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Principios de Yogyakarta, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de la ONU y la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otra parte, mediante la “*Política Respetuosa de la Diversidad Sexual*”, aprobada por Corte Plena en sesión No. 31-11, celebrada el 19 de setiembre de 2013, artículo XIII, publicada mediante circular número 123-11, el Poder Judicial se comprometió, entre otras cosas, con la no discriminación por razón de orientación sexual respecto a los servicios que se brindan a las personas usuarias y a quienes laboran en la institución. Transcribe los compromisos de dicha política. Con la aprobación de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad por Corte Plena en la sesión número 17-2008 del 26 de mayo de 2008, artículo II, así como la Política Respetuosa de la Diversidad Sexual,

el Poder Judicial asumió un compromiso internacional para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, como derecho instrumental a todas las poblaciones en condición de vulnerabilidad, entre ellas a las personas sexualmente diversas. Por tales motivos, el Consejo Superior del Poder Judicial y la Corte Plena han reiterado la importancia de conocer, estudiar y aplicar la normativa internacional para que las autoridades judiciales velen porque sus servicios se lleven a cabo de la manera que más garanticen los derechos fundamentales de todas las personas, sin discriminación alguna y que las actuaciones de todas las personas que laboran en el Poder Judicial se encuentren sujetas a lo que la Ley y los principios fundamentales de servicio público les ordena; además, que sus decisiones se adapten a la necesidad social que satisfacen y a la igualdad en el trato de las personas usuarias de nuestro sistema judicial. Menciona que el servidor público se encuentra bajo una relación de sujeción especial donde ha jurado cumplir nuestra Constitución Política y el ordenamiento jurídico del país. Apunta que la libertad de conciencia o culto tienen un límite cuando su práctica o ejercicio transgrede una disposición legal y deber jurídico e impide el disfrute de otro derecho de igual rango por parte de terceros. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

6.- Por escrito recibido en la Sala el 8 de agosto de 2019, el recurrente solicita la corrección de la resolución de curso.

7.- Por escrito recibido en la Sala el 11 de agosto de 2019, el accionante plantea la recusación del Magistrado Rueda Leal.

8.- Por escrito recibido en la Sala el 12 de agosto de 2019, el recurrente ofrece prueba.

9.- Mediante resolución de las 14:25 horas del 21 de agosto de 2019, el presidente de la Sala rechazó la gestión planteada y tuvo por habilitado al Magistrado Rueda Leal.

10.- Por escrito recibido en la Sala el 23 de agosto de 2019, el accionante solicita la adición de la resolución anterior.

11.- Mediante resolución de las 14:25 horas del 21 de agosto de 2019, el presidente de la Sala dispuso no ha lugar a la gestión planteada.

12.- En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado **Castillo Víquez**; y,

Considerando:

I.- De previo. La coadyuvancia es una forma de intervención adhesiva que se da cuando una persona actúa en un proceso adhiriéndose a las pretensiones de alguna de las partes principales, como consecuencia está legitimada para actuar como coadyuvante, quien ostente un interés directo en el resultado del recurso. Empero, al no ser actor principal, el coadyuvante no resultará directamente afectado por la sentencia, es decir, la eficacia de esta no podrá alcanzarle de manera directa e inmediata, ni le afecta la condición de cosa juzgada del pronunciamiento, aunque en materia de amparo pueda favorecerle la eficacia de lo resuelto, debido al carácter *erga omnes* de la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). En el *sub lite*, la Sala procede a admitir la coadyuvancia formulada, por cuanto la solicitante tiene un claro interés en el resultado de este proceso. Por otro lado, visto que se procede a resolver por el fondo, se desestima la necesidad de dictar medidas cautelares o efectuar una audiencia oral.

II.- Objeto del recurso. El recurrente acusa que el criterio DJ-AJ-207-2019 de la Dirección Jurídica y el acuerdo tomado por el Consejo Superior del Poder Judicial en sesión n.º 60-19 del 4 de julio de 2019, artículo XVII, violan los derechos de los funcionarios judiciales al impedir la objeción de conciencia en las gestiones judiciales que involucren relaciones de personas del mismo sexo.

III. Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos, según lo prevenido en el auto inicial:

a) El 2 de febrero de 2018, la Jueza Coordinadora del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de Alajuela preguntó al Consejo Superior, si el Poder Judicial permite la objeción de conciencia cuando un funcionario judicial la invoca para no realizar gestiones propias de sus funciones, argumentando que estas van en contra de sus principios religiosos de conciencia, morales sociales y/o familiares; en caso positivo, preguntó de qué forma y bajo cuáles parámetros se concedería. Lo anterior fue consultado con ocasión de la opinión consultiva OC 24-2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con respecto a las relaciones de parejas del mismo sexo. (Ver informe rendido y prueba aportada).

b) En la sesión número 12-18 del 13 de febrero de 2018, artículo LXXIII, el Consejo Superior trasladó la consulta a la Dirección Jurídica para su estudio e informe. (Ver informe rendido y prueba aportada).

c) Por oficio n.º DJ-AJ-207-2019 del 20 de junio de 2019, la Dirección Jurídica rindió su informe al Consejo Superior. En dicho informe concluyó:

“De conformidad con todo lo expuesto y con fundamento en los artículos 11, 29, 33, 41, 75, 154 de la Constitución

Política, 7 y 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 12 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 18 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 4 y 11 de la Ley General de la Administración Pública y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se concluye lo siguiente:

1. La doctrina ha considerado la objección de conciencia como un corolario de la libertad ideológica, religiosa y de culto; se manifiesta como una libertad de conciencia, en caso de surgir un conflicto entre una norma imperativa o de la pretensión de un particular, que va en contra de creencias o convicciones personales.

2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución Política reconocen los derechos mencionados en el presente criterio, a saber, el derecho a la libertad de conciencia y religión, así como a la libertad de pensamiento, a no ser discriminado y el acceso a la justicia pronta y cumplida.

3. Con fundamento en los principios de Primacía de la Ley y de Legalidad Administrativa, las actuaciones de todos los funcionarios del Poder Judicial se encuentran sujetas a lo que la ley les ordena y autoriza; deben estar sometidas a los principios del servicio público, que han de adaptarse a la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de las personas usuarias.

4. En materia de derechos humanos de las personas en condición de vulnerabilidad, **el Poder Judicial ha asumido compromisos institucionales** para garantizar el respeto de los derechos de las poblaciones como la LGTBI. Mediante la **Circular No.76-2019** se comunicó que en la sesión No.40-19 del 7 de mayo de 2019, artículo XLI, el Consejo Superior dispuso que para atender a esta población, deben aplicarse los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, a saber, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Principios de Yogyakarta, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de la ONU, y la Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, mediante la **“Política Respetuosa de la Diversidad Sexual”**, aprobada por

Corte Plena en sesión N° 31-11, el Poder Judicial se compromete, entre otras cosas, con la no discriminación por razón de orientación sexual respecto a los servicios que se brindan las personas usuarias y a quienes laboran en la institución.

5. La Dirección Jurídica en los criterios N° 747-DJ-2018 y DJ-243-2019, ha estimado que el Poder Judicial está llamado a realizar acciones afirmativas para garantizar igualdad en todo tipo de poblaciones, dada la diversidad del país. Por ello, no pueden imponerse restricciones por motivo de orientación sexual. Además, que la opinión consultiva y el derecho convencional obligan al Poder Judicial al reconocimiento de los mismos derechos a las personas -tanto servidoras como usuarias- del mismo sexo que se encuentren en unión y también las que solicitan el reconocimiento de un género autopercebido.

*6. A la luz del **Principio de Progresividad de los Derechos Humanos** que vincula a la Administración Pública, es claro que el Poder Judicial **no podría** adoptar **conductas regresivas** del reconocimiento o tutela de derechos a personas de una población en condición de vulnerabilidad como la LGTBI, cuyos derechos se tutelan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política y que a su vez, se reafirman mediante los compromisos concretos asumidos por el Poder Judicial para garantizar la no discriminación de esta población.*

*7. Por su naturaleza, los derechos humanos no son absolutos y sus limitaciones las prescribe la ley o pueden surgir toda vez que sea necesario para proteger los derechos o libertades de los demás (artículo 12 inciso 3 de la Convención Americana de los Derechos Humanos). Por ello, el **límite** de derechos como el derecho a la libertad de conciencia o la de culto se encuentra, cuando su práctica o ejercicio transgrede una disposición legal o deber jurídico, o bien, **impide el disfrute de otro derecho de igual rango por parte de terceros, como el derecho a la no discriminación y el acceso a la justicia**. En este sentido, se ha señalado que los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás, por lo que se hace necesario un recorte en el ejercicio de estos*

derechos y libertades, en la medida precisa, para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones (Sala Constitucional, resolución No.4205-1996).

*De acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política, la Ley General de la Administración Pública, la Ley Orgánica del Poder Judicial y los compromisos institucionales adquiridos, la Dirección Jurídica concluye que el **Poder Judicial no puede permitir que se utilice la objeción de conciencia como un mecanismo válido para que una persona servidora judicial se exima de realizar labores propias de sus funciones**, por valorar que son contrarias a sus principios religiosos, de conciencia, morales, sociales y/o familiares. Desconocer -bajo ese argumento- el deber jurídico de su función de conformidad con los fines estatales y los principios del servicio público, podría implicar una arbitraria restricción a otros derechos humanos y fundamentales de las personas usuarias pertenecientes a la población LGTBI, tales como el **acceso a la justicia y a la no discriminación.**” (Énfasis en el original. Ver informe rendido y prueba aportada).*

d) En sesión n.º 60-19 del 4 de julio de 2019, artículo XVII, el Consejo Superior acordó: “1.) Tener por rendido el informe N° DJ-AJ-207-2019 del 20 de junio de 2019 de la Dirección Jurídica. 2.) Hacer este acuerdo de conocimiento de la Comisión de Acceso a la Justicia y Género, para que establezca los mecanismos para su divulgación, respecto a los derechos a personas de una población en condición de vulnerabilidad como la LGTBI, cuyos derechos se tutelan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política y que a su vez, se reafirman mediante los compromisos concretos asumidos por este Poder de la República para garantizar la no discriminación de esta población. 3.) Hacer este acuerdo de la máster Sandra Saborío Artavia, Jueza Coordinadora del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de Alajuela.” (Ver informe rendido y prueba aportada).

e) El tutelado funge como Juez en el Juzgado Notarial. (Hecho incontrovertido).

IV.-Sobre el derecho a la objeción de conciencia. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia más autorizada de los Tribunales garantes de los derechos fundamentales, se ha conceptualizado la objeción de conciencia como un derecho fundamental de toda persona a negarse a cumplir un deber, el que se encuentra en el ordenamiento jurídico, a causa de que la norma respectiva resulta incompatible con sus creencias o convicciones, las que tienen como basamento, en regla de principio, convicciones religiosas, morales o ideológicas. Se sostiene que este derecho es una derivación lógica y necesaria de la libertad de conciencia, y constituye una de sus manifestaciones externas. El reconocimiento y la tutela efectiva de este derecho fundamental, es un elemento distintivo indiscutible de una sociedad pluralista, al extremo, de que su no reconocimiento o su reducción a la mínima expresión -afectación severa a su contenido esencial que lo hace irreconocible o impracticable-, no solo denota su vulneración, sino que constituye un signo preocupante de que la sociedad que se encuentra en tal situación, pretende imponer una visión única, un pensamiento exclusivo y excluyente, sobre temas y cuestiones en las que debe privar la diversidad de opiniones en consonancia con el numeral 28 de la Carta Fundamental y los artículos 12 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como su numeral 6, donde de manera expresa se establece el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél. Al igual que la citada Convención, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hace referencia expresa a la objeción de conciencia en los mismos términos en el artículo 4.3.b. Por su parte, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando se refiere a la libertad de pensamiento, de

conciencia y de religión en su numeral 10, inciso 2, reconoce de forma expresa el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio. A diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el TEDH) sí se ha pronunciado sobre el derecho fundamental a la objeción de conciencia. En lo que respecta al **servicio militar obligatorio**, en el caso *Tblimmenos vs. Grecia*, en el año 2000, el TEDH concluyó que el citado Estado había violentado la prohibición de discriminación (artículo 14 del Convenio) en relación con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y exclusión (artículo 9 del Convenio), al considerar que la exclusión del solicitante de la profesión de contador público era desproporcionada en relación con la garantía del adecuado castigo de las personas que se niegan a servir al país -se trataba de un testigo de Jehová que había sido condenado a cuatro años de prisión por haberse negado a alistarse en el ejército-, especialmente porque ya había cumplido la pena. Seis años pasaron para que el TEDH, en el caso *Ulke vs. Turquía* 2006, estableciera límites a los Estados parte del Convenio, al prohibir el infligir tratos inhumanos y degradantes (artículo 3° del Convenio) contra la persona objetante. El actor era un ciudadano turco que se negó a prestar el servicio militar por sus creencias pacifistas, quien había sido condenado nueve veces a prisión. De gran importancia en esta reseña jurisprudencial, es el caso *Bayatyan vs. Armenia* de 2011, en el que la Gran Cámara del TEDH sostiene que si bien el artículo 9 del Convenio no se refiere de manera expresa al derecho a la objeción de conciencia, este es un derecho autónomo que se desprende de la libertad de conciencia por lo que debía garantizarse -como cualquier otra libertad del Convenio- de las injerencias arbitrarias del Estado. Así las cosas, una limitación al citado derecho debe aprobar el test de

razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que toda acción del Estado de atender estrictamente a los límites definidos en ese test, es decir, que se trate de una medida proporcional que responda a un fin legítimo y necesario en una sociedad democrática. Además, resulta importante reseñar, que el TEDH advirtió que esa regla no se aplica de manera general, sino que siempre debe evaluarse a la luz de las particulares circunstancias de cada caso. Este criterio fue reiterado en los casos Ercep vs. Turquía (2011), Sarda vs. Turquía (2012), Tarban vs. Turquía (2012) Feti Demitras vs. Turquía (2012) y Buldu vs. Turquía (2014). También el Tribunal, en una ocasión, se ha pronunciado sobre la objeción de conciencia en el caso de los **productos farmacéuticos y otro, en el supuesto del derecho de propiedad**. En el caso Pichon y Sajous vs. Francia (2001), el Tribunal sostuvo que al ser legal la venta de productos anticonceptivos y que en el caso se produjo por una prescripción médica, las demandantes no podían dar prioridad a sus creencias religiosas e imponerlas a los demás para justificar su negativa a vender este tipo de producto. En el caso Hermann vs. Alemania (2012), en el que el accionante se vio obligado a soportar la caza en su predio por la ley alemana e hizo la objeción de conciencia con fundamento en sus creencias pacifistas, el Tribunal le dio la razón, pues se daba una interferencia en su propiedad a tener que soportar hombres armados y perros de caza en su terreno. El TEDH reitera su postura en los casos Chassagnou y Schneider, en el sentido de que imponer la cacería a los terratenientes que se oponen a esta sobre la base de creencias éticas, conllevan una carga desproporcionada, incompatible con el artículo 1° del Protocolo 1°. En lo que respecta, a la objeción de conciencia en relación con el **uso de símbolos religiosos**, el TEDH se ha pronunciado en varios casos sobre su impacto en distintos ámbitos, concretamente en el espacio público, en el entorno educativo y en el ámbito laboral. Al respecto, hay cuatro casos

significativos *Dablab v. Suiza* (2001), *Leyla Sabin vs. Turquía* (2004), *Drogu vs. Francia* (2008) y *Kervanci vs. Francia* (2008). Del análisis de ellos se extrae que el TEDH ha mantenido una línea de respaldo al margen de apreciación de los Estados, autorizando la limitación al uso de símbolos religiosos, en particular, el uso del velo islámico. Un caso muy interesante fue el de *Eweida y otras vs. Reino Unido* (2013), en el que el TEDH amparó a la primera peticionaria por quebranto a la libertad de conciencia y religión, mas no a las tres restantes. Especial interés presenta el caso de *Ladele*, quien era notaria encargada de registrar matrimonios, nacimientos y defunciones, quien, con motivo del cambio normativo, se vio obligada a registrar uniones de personas del mismo sexo. El TEDH reiteró su postura que la libertad religiosa abarca la libertad de manifestar las creencias de manera privada, pero también conlleva su práctica en comunidad con otros y en público. Dichas manifestaciones pueden tomar forma de adoración, enseñanza, práctica y observación. Como la manifestación de las creencias religiosas de la persona puede tener un impacto en otros, sus restricciones deben estar prescritas por Ley, ser necesaria en una sociedad democrática y perseguir un fin legítimo. A su vez, para contar como manifestación en el sentido del artículo 9 del Convenio, el acto en cuestión debe estar íntimamente ligado con la religión o creencia. En este caso, resulta importante resultar las opiniones disidentes de los jueces *Vucinié* y *De Gaetano* en relación con la peticionaria *Ladele*, pues se visualiza la objeción de conciencia como un derecho que facilita la interacción armoniosa con otros derechos fundamentales que pueden entrar en tensión con aquélla. Para ambos, el TEDH se equivocó al negar la violación de los derechos a la libertad de conciencia y religión, así como el derecho a la no discriminación de la notaria, quien, a causa de sus convicciones cristianas, se negaba a registrar matrimonios entre personas del mismo sexo. Enfatizan

sobre la importancia que tiene para una persona el juicio moral o de la conciencia, protegido por el derecho a la objeción de conciencia y diferente del contenido propio de la libertad religiosa. Concluyen que la mayoría del TEDH erró, pues las creencias de la tercera peticionaria no tuvieron un impacto en el contenido de su trabajo, sino solo en el alcance de este. Tampoco se probó que ella hubiera intentado imponer sus creencias a los demás, de manera abierta o subrepticamente, por lo que el hecho de que ella perdiera su trabajo resultaba totalmente desproporcionado.

En el ámbito nacional, la Sala Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse al derecho a la objeción de conciencia, especialmente en la **educación**. En efecto, en la sentencia n.º 2012-10456, en la que se estableció lo siguiente:

“VIII.- Este tema, a su vez, tiene un desarrollo jurisprudencial, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal ha resuelto casos de objeción de conciencia en el ámbito educativo a causa de la invocación del artículo 2 del primer Protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos, en el que se le impone al Estado el deber de respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres en la educación de sus hijos. Destaca el primer enfoque sobre el tema, que se dio en la sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca, donde se analizó precisamente un conflicto entre unos padres de familia que se oponían a que sus hijos recibieran una asignatura obligatoria sobre educación sexual integrada, la Corte consideró que la finalidad perseguida por el gobierno danés, con la nueva ley, era legítima, pues con ello se pretendía combatir el número de embarazos no deseados fuera del matrimonio, el número de

abortos y las enfermedades venéreas. Puntualizó también que el numeral 2 del citado Protocolo no impide que los Estados difundieran, por medio de la enseñanza o la educación, conocimientos o informaciones que tengan, directamente o no, carácter religioso o filosófico. No les permitió a los padres oponerse a este tipo de temas, pues la enseñanza institucionalizada corría el riesgo de hacerse impracticable, aunque sí le impuso al Estado el deber de vigilancia para que esos conocimientos insertados en un programa se difundiera de manera objetiva, crítica y pluralista, con lo que prohibió perseguir una finalidad de adoctrinar, lo que sí podría afectar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. En este caso, resulta de particular relevancia el voto salvado del Juez Verdross, que se convirtió –con el paso del tiempo– en posición de mayoría del Tribunal en casos subsiguientes. Según el citado Juez, una enseñanza en materia sexual, detallada y demasiado precoz impartida por el Estado al amparo del monopolio del Estado en el dominio de la educación, priva a los padres de su derecho primordial de asegurar la educación a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones religiosas. También puntualizó que todo lo que concierne a la conciencia de los hijos –su orientación moral– es un tema que incumbe a los padres según la doctrina cristiana, por lo que el Estado no puede interponerse entre los padres y los hijos contra la voluntad de los primeros. Se pregunta, si con base en el artículo 2 del Protocolo pueden los padres oponerse a una educación sexual obligatoria en una escuela pública e, incluso, cuando la mencionada educación no constituye una tentativa de adoctrinamiento. Para responder esa interrogante, hace una distinción entre los hechos de la sexualidad humana, que forman parte de la biología, y las conductas sexuales, incluida la contracepción y métodos anticonceptivos. Para el citado Juez, estas últimas sí se encuentran sumidas dentro del ámbito

moral y de conciencia, por lo que es a los padres a quienes corresponde su formación, no al Estado; ese derecho de los padres no puede vulnerarse, desconocerse o menospreciarse por el Estado. Por ello, aun y cuando la información sobre conductas sexuales tenga un carácter objetivo, lesionan el derecho de los padres en cuanto invaden la conciencia de los hijos menores, pues pueden recibir una educación contraria a las convicciones religiosas de sus progenitores. La doctrina sentada en ese voto salvado fue seguida por el citado Tribunal en las sentencias Folgero y Zengin v. Turquía. En esta última sentencia, el Tribunal concluye que el Estado está en la obligación de respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres, en el conjunto del programa de la enseñanza pública. Este deber del Estado vale para el contenido de la enseñanza y la manera de dispensarla y en ese contexto los padres pueden exigir al Estado el respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas.

IX.- También la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América se ha pronunciado sobre el nexo entre la educación y la libertad de conciencia. Al respecto, en la sentencia Winsconsin v. Yoder (1972), la Corte consideró, a propósito de la educación impartida a los niños de la religión Amish, que " (...) la esencia de todo lo que se ha dicho y escrito sobre este tema es que los intereses de orden superior y aquellos otros que no pueden ser ejercidos de otra manera pueden contrabalancear el legítimo reclamo a la libre profesión de una religión. Podemos dar por aceptado, en consecuencia, que no importa cuán fuerte sea la obligación del Estado en la educación general obligatoria, éste no es de modo alguno absoluto no permite la exclusión o subordinación del resto de los intereses. El cumplimiento de la ley estatal que requiere la asistencia obligatoria a la escuela... pondría en peligro gravemente, si es que no destruiría, el libre ejercicio de su fe a los

demandados." Así, se consideró prevalente la libertad religiosa frente al interés estatal de una educación obligatoria para los menores hijos de los Amish.

X.- CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO CONCRETO: En este caso, existen elementos de convicción suficientes para concluir que el programa de estudio de "Educación para la afectividad y la sexualidad integral" no se refiere únicamente a hechos de la sexualidad humana, sino que también abarca conductas sexuales. Basta para ello señalar que en el documento en que se plasma, se establece lo siguiente:

"En Costa Rica, hasta ahora, la educación para la sexualidad se ha planteado mayoritariamente como un proceso informativo y centrado en su dimensión biológica. Este programa de estudio, en el marco de la política general vigente aprobada por el Consejo Superior de Educación del 2001, denominada Política Educación Integral de La expresión de la Sexualidad Humana (Acuerdo del artículo tres del acta 2001-12-06 modificado en su apartado No.6 con el acuerdo 02-08-04) integra esa dimensión, como elemento indispensable de una formación de sexualidad, pero agrega una dimensión formativa y afectiva, en la que se enfatiza". (Las negritas no corresponden al original). Más adelante se puntualiza que con el contenido y las estrategias de este programa lo que se busca es "(...) generar cambios de actitud que potencien el respeto y la promoción de la persona humana", sea la forma de actuar de los estudiantes, su comportamiento frente a la sexualidad, lo que lógicamente implica inculcarles valores, conocimiento, concepciones, destrezas y habilidades frente al fenómeno de la sexualidad. Prueba de lo que venimos afirmando, es que cuando se precisa que se entiende por educación para la afectividad y la sexualidad integral, "(...) parte de que la misión de la sexualidad es el vínculo, desde dimensiones

afectiva, corporal, ética y espiritual, con el apoyo y la promoción de la madurez emocional". Se entiende por lo espiritual lo relativo a los valores, los criterios éticos y el sentido de la vida".

Ahora bien, si nuestra sociedad tiene formalmente reconocidas como finalidades el pluralismo, la democracia y el respeto de libertad de pensamiento y de creencias, es de esperar que dentro de ella surjan prosperen o decaigan numerosas visiones y perspectivas sobre una amplia variedad de cuestiones ideológicas y morales entre las cuales se incluyen las conductas sexuales de los individuos, las cuales a menudo se hallan estrechamente relacionadas con creencias religiosas o filosóficas de las personas; similarmente, también es inevitable que quienes profesan tales creencias, pretendan ejercitar el precitado derecho fundamental a transmitir las a sus hijos.- Dentro de esta pluralidad, cabe entonces hacerse cuestión sobre la validez de imponer una visión de las conductas sexuales por parte del Estado en el sentido de preguntarse cuál entre todas ha de ser esa visión favorecida: ¿La de del Consejo Superior de Educación o la del señor Ministro de Educación Pública? ¿la de la señora Defensora de los Habitantes o la de los profesores que imparten la materia? ¿Debe imponerse la ligada a una práctica religiosa particular o más bien deben difundirse los criterios de los agnósticos, de los ateos, o de los amoraes? Evidentemente, resulta imposible que el contenido de este tipo de programa pueda satisfacer a todos, es decir, esté acorde con las creencias religiosas y filosóficas de todos los padres de familias y sus hijos, de ahí que se reconozca la potestad del Estado de dar el contenido que considere el más conveniente, pero ante el hecho de que este tipo de enseñanza forma parte del acervo moral de los educandos e incide en su escala de valores, en sus creencias y en su conciencia, los padres que consideren que el contenido de guías sexuales afecta negativamente las

creencias religiosas y filosóficas que quieren para sus hijos, no tienen la obligación de soportar una invasión de parte del Estado, en un ámbito que el Derecho de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reserva a la esfera de la relación padres e hijos. En esta dirección, resulta pertinente traer a colación lo que la Corte Constitucional colombiana puntualizó en la sentencia T 662/99, en el sentido de que:

“(...) no puede afirmarse que el pensamiento de uno de los estudiantes o su comportamiento moral o religioso legitimen conductas de la institución orientadas hacia el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales, particularmente en el espacio reservado a su libertad de conciencia. Mientras se trate apenas de la profesión de sus ideas o de prácticas acordes con el libre ejercicio de aquélla, y en tanto con su conducta no cause daño a la comunidad estudiantil, la conciencia individual debe estar exenta de imposiciones externas”.

La sociedad democrática es una sociedad tolerante y, por consiguiente, se impone tanto el respeto de las creencias de todas las personas que forman parte de la sociedad, como el derecho que dichas creencias se traduzcan en la realidad, independientemente de lo que piensen los demás sobre estas, así como a rechazar cualquier invasión en ámbito de la conciencia. Por ello, entiende este Tribunal que la manera apropiada de conciliar los derechos en juego en este caso, apunta a la necesidad de establecer un mecanismo en favor de aquellos padres que consideren que la puesta en ejecución del programa de estudio de “Educación para la afectividad y la sexualidad integral” afecta sustancialmente su derecho fundamental a incidir efectivamente en los aspectos que afecten la educación moral o religiosa de sus hijos, según la formulación recogida en las normas de derecho positivo ya reseñadas”.

En el desarrollo del tema que nos ocupa, se hace necesario hacer una aclaración de rigor, y es en lo que atañe al contenido esencial de la libertad de religión. Tal y como se explicó *supra*, para el TEDH el contenido esencial de esta libertad comprende la libertad de manifestar las creencias de manera privada, pero también conlleva su práctica en comunidad con otros y en público, y lo que respecta a sus manifestaciones tiene que estar íntimamente ligado con la religión o la creencia. Para la Sala Constitucional el contenido de la libertad religiosa comprende la libertad de conciencia, la libertad de culto, 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. Al respecto, en la sentencia n.º 1993-03173, la Sala expresó lo siguiente:

*“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.”.*

Como puede observarse, el contenido esencial de la libertad religiosa en el ámbito europeo es más recortado que el que le da la Sala Constitucional, de ahí que la doctrina del TEDH tiene que ser recibida con reserva, tomando muy en cuenta ese hecho y, por consiguiente, por lo menos cuando se alega la

objeción de conciencia por motivos religiosos, el norte ha de ser el contenido esencial de la libertad religiosa en los términos que lo ha definido esta Sala, y no el TEDH.

V.- Sobre los principios que informan el servicio público de Administración Justicia. Como referencia, es necesario traer a colación la sentencia n.º 2007-04969 de la Sala Constitucional en la que fijó los principios que rigen los servicios públicos. Sobre el particular, estableció lo siguiente:

“III.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE EFICACIA, EFICIENCIA, SIMPLICIDAD Y CELERIDAD DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVAS. *La Constitución Política, en su parte orgánica, recoge o enuncia algunos principios rectores de la función y organización administrativas, que como tales deben orientar, dirigir y condicionar a todas las administraciones públicas en su cotidiano quehacer. Dentro de tales principios destacan la eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad (artículos -todos de la Constitución Política- 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191 al recoger el principio de “eficiencia de la administración”). Estos principios de orden constitucional, han sido desarrollados por la normativa infraconstitucional, así, la Ley General de la Administración Pública los recoge en los artículos 4º, 225, párrafo 1º, y 269, párrafo 1º, y manda que deben orientar y nutrir toda organización y función administrativa. La eficacia como principio supone que la organización y función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico, con lo que debe ser ligado a la planificación y a la evaluación o rendición de cuentas (artículo 11, párrafo 2º, de la Constitución Política). La eficiencia, implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros. La simplicidad demanda que las estructuras administrativas y sus competencias sean de fácil comprensión y*

entendimiento, sin procedimientos alambicados que retarden la satisfacción de los intereses públicos empeñados. Por su parte, la celeridad obliga a las administraciones públicas cumplir con sus objetivos y fines de satisfacción de los intereses públicos, a través de los diversos mecanismos, de la forma más expedita, rápida y acertada posible para evitar retardos indebidos. Este conjunto de principios le impone exigencias, responsabilidades y deberes permanentes a todos los entes públicos que no pueden declinar de forma transitoria o singular.

IV.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. *Todos los servicios públicos prestados por las administraciones públicas -incluidos los asistenciales o sociales- están regidos por una serie de principios que deben ser observados y respetados, en todo momento y sin excepción alguna, por los funcionarios públicos encargados de su gestión y prestación. Tales principios constituyen una obligación jurídica de carácter indeclinable impuesta a cualquier ente u órgano administrativo por su eficacia normativa directa e inmediata, toda vez que el bloque o parámetro de legalidad (artículo 11 de la Constitución Política) al que deben ajustarse en sus actuaciones está integrado, entre otros elementos, por los principios generales del derecho administrativo (artículo 6º de la Ley General de la Administración Pública). No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía. Como veremos en el considerando subsiguiente nuestro texto fundamental recoge como derecho fundamental de las personas el del buen funcionamiento de los servicios públicos, consecuentemente los principios que informan los servicios públicos en cuanto hacen efectivo tal derecho tienen un rango constitucional. El ordinal 4º de la Ley General de la Administración Pública dispone claramente que “La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios o beneficiarios”. La continuidad supone que la prestación de los servicios no se debe interrumpir, diversos mecanismos jurídicos del ordenamiento administrativo pretenden asegurar este principio, tales como la prohibición de la huelga y de paro en los servicios públicos esenciales, la teoría de la imprevisión para hacerle frente a los trastornos económicos que pueden suspender o paralizar los servicios públicos, el carácter inembargable de los bienes dominicales destinados a la prestación de un servicio público, etc.. Cualquier actuación -por acción u*

*omisión- de los funcionarios o imprevisión de éstos en la organización racional de los recursos que propenda a interrumpir un servicio público es abiertamente antijurídica. La regularidad implica que el servicio público debe prestarse o realizarse con sujeción a ciertas reglas, normas o condiciones preestablecidas. No debe confundirse la continuidad con la regularidad, el primer concepto supone que debe funcionar sin interrupciones y el segundo con apego a las normas que integran el ordenamiento jurídico. La adaptación a todo cambio en el régimen legal o a las necesidades impuestas por el contexto socioeconómico significa que los entes y órganos administrativos deben tener capacidad de previsión y, sobre todo, de programación o planificación para hacerle frente a las nuevas exigencias y retos impuestos, ya sea por el aumento en el volumen de la demanda del servicio público o bien por los cambios tecnológicos. Ningún ente, órgano o funcionario público pueden aducir razones de carencia presupuestaria o financiera, ausencia de equipos, falta de renovación tecnológica de éstos, exceso o saturación de la demanda en el servicio público para dejar de prestarlo de forma continua y regular. **La igualdad o universalidad en el acceso demanda que todos los habitantes tienen derecho a exigir, recibir y usar el servicio público en igualdad de condiciones y de conformidad con las normas que los rigen, consecuentemente, todos los que se encuentran en una misma situación pueden exigir idénticas ventajas.** Uno de los principios rectores del servicio público que no se encuentra enunciado en el artículo 4° de la Ley General de la Administración Pública lo constituye el de su obligatoriedad, puesto que, de nada serviría afirmar que deben ser continuos, regulares, uniformes y generales si el sujeto prestador no tiene la obligación de prestarlo. La administración pública prestadora del servicio público no puede escoger su clientela o usuarios, debe brindárselo a cualquiera que se lo requiera". (Las negritas no corresponden al original).*

Como quedó establecido, dentro de los principios que informan el servicio público -en este caso de Administración de Justicia- se encuentra el de igualdad y no discriminación. Lo anterior supone que en los asuntos que tramitan, resuelven y ejecutan los tribunales de justicia no es admisible ningún tipo de discriminación, de ahí que la prestación del servicio debe brindarse en términos de igualdad. El norte es impartir justicia de forma imparcial y

objetiva, lo que constituye, tal y como lo ha afirmado la doctrina nacional, un servicio público de primer orden en un Estado social y democrático de Derecho, acorde con valores y principios constitucionales, entre ellos los de seguridad jurídica, paz y armonía social.

Ahora bien, tal y como se ha sentado en la doctrina y en la jurisprudencia el principio de igualdad y no discriminación no es absoluto, toda vez que es posible tratar de manera desigual a los iguales cuando hay una justificación objetiva y razonable o cuando se trata de los casos de la discriminación invertida o positiva con el fin de alcanzar un fin constitucional legítimo. Como se verá más adelante, en el caso de la objeción judicial, es posible conciliar el servicio público de Administración de Justicia y el principio de igualdad y no discriminación que lo regenta, ya que es viable organizar el servicio de forma tal que tanto los usuarios como el Juez objetante pueden ejercer sin cortapisas sus derechos fundamentales.

VI.-La objeción de conciencia y el ejercicio de la función jurisdiccional. Un tema no poco polémico es de si el Juez, en el ejercicio de la función jurisdiccional, es decir, ejerciendo la titularidad de un poder el Estado, puede o no ejercer el derecho a la objeción de conciencia. Es claro que hay determinados supuestos en los que no es procedente, por su propia naturaleza y su carácter generalizado el derecho a la objeción de conciencia. Ha sostenido la doctrina que no es posible la objeción de conciencia de un Juez penal que alegase que su conciencia no le permite establecer castigos. Lo mismo puede afirmarse en el caso de un Juez de familia que objete el divorcio. En todos estos supuestos -además hay que tener presente que él cuando optó por el cargo asumió voluntariamente todas sus funciones-, consecuentemente,

estaríamos quebrantando una regla elemental de buena fe si luego pretendiese ejercer el derecho a la objeción de conciencia. Empero, hay otros casos, donde sí resulta procedente la objeción de conciencia en la función jurisdiccional. En efecto, la Corte Constitucional italiana tuvo la oportunidad de conocer un caso en el que un Juez objetó suplir el consentimiento de una menor para abortar, en el año 1987. En este caso, el citado tribunal rechazó la cuestión argumentado que no estaba suficientemente fundamentada, lo que causó perplejidad y críticas y un intenso debate, pues se dio un cierto acuerdo doctrinal, en el sentido que la cuestión de constitucionalidad pudo haberse resuelto por la vía de la interpretación extensiva del artículo 51 del Código de Procedimientos Civiles italiano, que permite la abstención en la causa de aquel Juez que alegue “graves razones de conveniencia”, haciendo posible así el traspaso del caso a otro Juez que no oponga la objeción de conciencia. Como puede observarse de lo anterior, hay quienes sostienen que a través de la causal de recusación se puede ejercer el derecho a la objeción de conciencia de los juzgadores; empero, al estar en presencia de un derecho fundamental autónomo y siendo un derecho-deber en este caso, debe ejercerse de forma personalísima, ya que corresponde al objetante, con fundamento en sus creencias o convicción, determinar si estas le impiden resolver la controversia jurídica que está en su despacho. Distinta es la posición de la Corte Constitucional colombiana, la que en la sentencia de Tutela n.º 388/09 del 28 de mayo del 2009, sostuvo una posición absoluta, maximalista, en el sentido de que las autoridades judiciales no pueden escudarse en el derecho a la objeción de conciencia para negarse a tramitar o a decidir un asunto que se ponga bajo su conocimiento. Esta postura, vacía del contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia, toda vez que para este Tribunal los jueces y juezas no gozan de este derecho fundamental. Veremos que sí es posible

garantizar el servicio público de Administración de Justicia en condiciones de igualdad y no discriminación, admitiendo el derecho a la objeción de conciencia en la función jurisdiccional, tal y como acertadamente lo ha sostenido un importante sector de la doctrina.

VII.-Sobre el caso concreto. Ahora bien, en todas estas cuestiones hay que tener presente una premisa fundamental, y una constante histórica, en el sentido de que no hay derechos fundamentales absolutos, excepto el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, por consiguiente, el derecho a la objeción de conciencia tiene límites y limitaciones y, en aquellos casos, en los que entra en colisión con otro derecho fundamental se debe recurrir al principio de la concordancia práctica y, por consiguiente, es menester hacer un juicio de ponderación entre los derechos que están en conflicto, tal y como se desarrollará más adelante. En el *sub judice* el recurrente expresa que el acto impugnado quebranta su derecho a la objeción de conciencia, toda vez que el Consejo Superior del Poder Judicial no toma en consideración sus convicciones religiosas y lo obliga a actuar en contra de ellas, al verse compelido a **efectuar** el acto del matrimonio entre personas del mismo sexo; la situación es radicalmente diferente cuando se trata de actuaciones de mero trámite, verbigracia: inscripción de un matrimonio, tal y como aconteció en el caso *Eweida y otros vs. Reino Unido supra* reseñado, donde no es posible ejercer el derecho a la objeción de conciencia. Como puede observarse, en el *sub judice* no se trata de una función propiamente jurisdiccional -una que resuelve una controversia jurídica con carácter de cosa juzgada-, sino de una de naturaleza judicial, sea funciones no jurisdiccionales establecidas mediante Ley. Ante esta situación, lo primero que hay que traer a colación es que este derecho fundamental es inherente a la persona juzgadora.

Lo segundo, es que cuando la persona objetante plantea el impedimento se deben seguir varios criterios en extremo de suma importancia. El primero, que acredite la existencia del motivo de conciencia y su relación directa con el deber legal que objeta. Lo segundo, que se trate de una situación sobrevenida, pues no es posible el ejercicio de este derecho fundamental cuando la persona juzgadora voluntariamente aceptó el cargo y, dentro de sus funciones, se encontraban el deber jurídico que ahora pretende objetar. Y, finalmente, cuando se acepta el ejercicio del derecho fundamental a la objeción de conciencia, el Poder Judicial está en el deber jurídico de sustituirlo, dentro de un plazo perentorio, de forma tal que el sistema estructurado dé a la persona usuaria de los servicios de Administración Justicia el servicio en condiciones de eficacia, eficiencia e igualdad, sea, se le resuelva la situación conforme al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva o justicia pronta y cumplida y sin discriminación alguna. Ahora bien, podría argumentarse que el derecho fundamental a la objeción de conciencia no se puede ejercer cuando conlleva una discriminación; no obstante, dicha posición parte de una visión absoluta y, por consiguiente, se vacía el contenido esencial de un derecho fundamental. En ese sentido, debe quedar claro que nadie, en su sano juicio, estaría en contra de la afirmación de que la judicatura se debe ejercer de forma independiente e imparcial y sin discriminación alguna. Desde esta visión, es inadmisibles que un Juez o Jueza dé un trato preferente a unas personas y a otras un trato discriminatorio por razones políticas, de raza, de religión, de preferencia sexual, etc. En el ejercicio de la judicatura, así como en el ejercicio de la función administrativa, la imparcialidad es el norte y, por consiguiente, el Poder Judicial está en el deber de dar un trato igual a las personas heterosexuales y homosexuales en cuanto atención, trámite, tiempo de respuesta, resolución y ejecución de los asuntos, etc. Por ello, resulta

inadmisible que un juzgador o un funcionario administrativo se niegue a tramitar un asunto de una persona porque tiene una visión del mundo o un estilo de vida que él no comparte; en estos casos, no tiene cabida el ejercicio del derecho fundamental a la objeción de conciencia, verbigracia: negarse a realizar un acto de inscripción, tramitar un juicio, ejecutar lo resuelto, etc. Radicalmente es la situación cuando se trata de ejercer un acto que está abiertamente en contra de sus más profundas convicciones religiosas, morales o ideológicas -como es la celebración del acto de matrimonio-, en este supuesto, para garantizar el ejercicio de los dos derechos fundamentales en conflicto, se debe echar mano al principio de la concordancia práctica. Como acertadamente lo ha sostenido la doctrina alemana, cuando hay una colisión de derechos fundamentales se debe aplicar el principio de la concordancia práctica, de forma tal que no se puede sacrificar un derecho en beneficio del otro en tal magnitud, que se vacíe su contenido esencial. En este tipo de situaciones, el operador jurídico, en primer lugar, está llamado a realizar una interpretación y aplicación de los derechos fundamentales de forma tal que permita el mayor grado de ejercicio por parte de ambas personas. Ante una incompatibilidad manifiesta, el juicio de ponderación impone que, ante el sacrificio de uno frente al otro, el que ve menguado su ejercicio, sea lo estrictamente necesario para hacer posible el ejercicio del otro. Y, finalmente, siempre hay que tener presente que el juicio de ponderación lo es del caso concreto, lo que significa, ni más ni menos, que en otra situación el juicio de ponderación bien puede inclinarse a favor del derecho fundamental sacrificado en el anterior caso. Teniendo como marco de referencia lo anterior, la Sala observa las distintas variables en el presente asunto. Por una parte, se puede pensar que se debe sacrificar en su contenido esencial el derecho fundamental a la objeción de conciencia porque esta no tiene cabida alguna ante un caso de

discriminación. Dicho de otra forma, los jueces están obligados a sacrificar, deben hacer a un lado sus más profundas convicciones, en este caso religiosas, y proceder a realizar el matrimonio. Bajo esa línea de pensamiento, de no realizar el Juez el matrimonio, se estaría ante un acto discriminatorio. Sobre el particular, lo primero que hay que tener presente es que no se vulnera el principio de igualdad y la no discriminación cuando hay una justificación objetiva y razonable. Al respecto, la Sala Constitucional ha expresado, de forma reiterada, lo siguiente:

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

situaciones distintas, como tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva” (véanse los votos n.º 1770-94 y 1045-94).

La mayoría del Tribunal considera que el hecho de que un Juez que plantee una objeción de conciencia en un tema que, desde el punto de vista religioso, resulta de la mayor envergadura, no significa que esté discriminando a una persona determinada, se trata de una justificación objetiva y razonable. Lo que sucede es que tiene una visión diferente sobre una institución social y religiosa a la que pueden tener los contrayentes y, por consiguiente, el obligarlo a celebrar el acto de matrimonio lacera sus convicciones religiosas más profundas, y deja sin contenido esencial el derecho fundamental del juzgador. En segundo término, es un hecho público y notorio que un país donde hay varios jueces notariales, bien puede la Administración de Justicia aceptar la objeción de conciencia, la que, como se expresó *supra*, debe de cumplir todos los requisitos para que se pueda ejercer este derecho fundamental, y encargar a los jueces no objetantes la realización de los matrimonios entre las personas del mismo sexo e, incluso, en un Estado garante de todos los derechos fundamentales de las personas, establecer un sistema que permita tener siempre a disposición jueces que sí están dispuestos a brindar el servicio a las personas del mismo sexo en condiciones de igualdad que a otros usuarios del servicio. Vista así las cosas, no hay tal acto de discriminación, toda vez que siempre habrá jueces y juezas que realizarán el acto de matrimonio, con lo cual se satisface los derechos de las personas contrayentes. Por otra parte, tampoco puede desconocerse que Costa Rica es un Estado que tiene un

sistema de notoria abierta, en la que las distintas personas pueden acudir a un (a) notario (a) de libre elección para contraer matrimonio, siempre y cuando no haya planteado la objeción de conciencia de conformidad con el numeral 3 de los Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial (véase La Gaceta n.º 23 del 5 de febrero del 2020). Finalmente, no menos importante, es que el derecho a la objeción de conciencia se aplicaría para aquellos jueces que fueron nombrados **antes** de la entrada en vigor del matrimonio entre personas del mismo sexo -dentro de sus funciones no se encontraba el realizar el acto de matrimonio entre personas del mismo sexo-, pues a quienes se nombra con **posterioridad**, es claro que han aceptado voluntariamente realizar el acto de matrimonio tanto para personas heterosexuales como homosexuales. En consonancia con la posición que sigue la mayoría del Tribunal, es importante traer a colación las palabras del juez Neil Gorsuch, en el sentido que el lugar de los funcionarios seculares no es juzgar las creencias religiosas -de las personas- sino solo proteger su libre ejercicio, pronunciada en el famoso Caso MASTERPIECE CAKESHOP, LTD., v. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION ET AL. -SIETE VOTOS A FAVOR Y DOS EN CONTRA DE PROTEGER LA LIBERTAD DE CONCIENCIA-, en el que una pareja del mismo sexo solicitó a un pastelero de Colorado en el verano del 2012, que les confeccionara un queque de bodas; el dueño de apellido Phillips se negó a hacer el pedido especial, lo que implicaba crear y venderles un pastel de bodas para parejas del mismo sexo. Consta que ofreció otros productos de su tienda. Al momento de la solicitud, no existía una ley que reconociera el matrimonio del mismo sexo, por lo que el casamiento se haría en un Estado en que si fuera legal y ofrecerían la celebración en Denver. Jack Phillips se autodenominaba como profesional en pastelería y devoto cristiano, cuyo principal objetivo en la vida era ser obediente a las enseñanzas de Jesucristo, por lo que buscaba honrar a Dios mediante su trabajo en su

tienda en Masterpiece Cakeshop. Precisamente, una de sus creencias religiosas radicaba en la intención de Dios para que el matrimonio fuera la unión de un hombre y una mujer, de modo que, al crear un queque de bodas para una pareja del mismo sexo, sería equivalente a participar en esa celebración que resultaba contraria a sus creencias más preciadas. La madre de uno de los muchachos llamaría a Phillips el día siguiente por más explicaciones y éste le contestó en similares términos, agregando que la creación de un queque implicaría celebrar algo que sería contrario a las enseñanzas de la Biblia y, además, implicaría a su parecer una aprobación personal para la ceremonia y la relación de pareja que constituirían.

VIII.- Partiendo de lo externado líneas atrás, la mayoría del Tribunal considera que una sociedad pluralista, resulta necesario que el Derecho de la Constitución -valores, principios y normas- se autoriza a las personas a tener distintas visiones sobre los fenómenos políticos, económicos, sociales y culturales, pues de lo contrario se caería en una sociedad autoritaria o totalitaria en la que hay una homogenización o estandarización del pensamiento. En ese sentido, los Tribunales de Derechos Humanos no están llamados a imponer un pensamiento único, sino que a través de un juicio de ponderación y en aplicación de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, deben permitir el máximo ejercicio de los derechos fundamentales que están en colisión, de forma tal que coexistan de manera respetuosa. Hay que tener presente que, en aquellos casos de conflicto de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no es un promotor de una determinada ideología o visión del mundo, pues cuando actúa de esa forma claudica a su misión y, por consiguiente, aunque resulte paradójico, termina atropellando los derechos fundamentales de la persona que debe tutelar. Así,

en virtud de lo expuesto anteriormente, lo procedente es acoger el recurso, con las consecuencias que se dirán en la parte dispositiva.

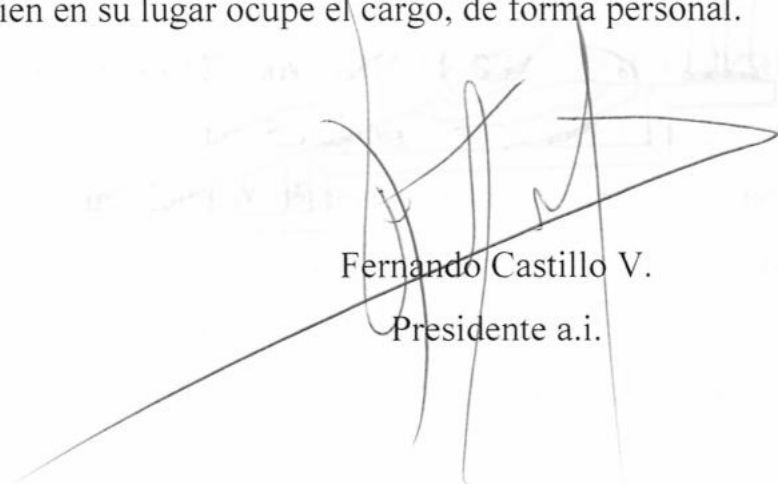
IX.- Conclusión. El principio de igualdad y no discriminación es un elemento esencial del servicio público de Administración de Justicia, por lo que sus usuarios deben recibir un trato igualitario en la atención, el trámite, resolución y ejecución de los distintos asuntos que se conocen en todas las instancias judiciales. Por su parte, la mayoría del Tribunal considera que es posible ejercer el derecho a la objeción de conciencia en la función jurisdiccional -aunque en el presente caso se trata del ejercicio de una función judicial-. En estos supuestos, se concilia dos derechos fundamentales, sin embargo, no se vacía del contenido esencial al primero -igualdad y no discriminación-, toda vez que ante un caso de objeción de conciencia de un juzgador relativo a realizar el acto de matrimonio, el Consejo Superior del Poder Judicial debe adoptar todas las medidas necesarias para que el servicio público de Administración de Justicia se brinde a las parejas del mismo sexo en las mismas condiciones y tiempos de respuesta que le da a las personas heterosexuales. Finalmente, es claro que todas aquellas personas que se nombren con posterioridad a la entrada en vigor del matrimonio de personas del mismo sexo no pueden ejercer el derecho a la objeción de conciencia, pues voluntariamente han aceptado esa función al ofertar y aceptar el cargo.

X.- DOCUMENTACIÓN APORTADA AL EXPEDIENTE. Se previene a las partes que, de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, éstos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de esta

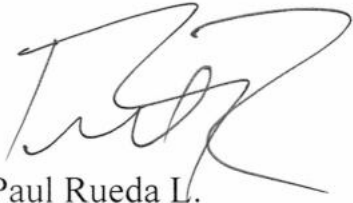
sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el "Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial", aprobado por la Corte Plena en sesión N° 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial número 19 del 26 de enero del 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 del 2012, artículo LXXXI.

Por tanto:

Por mayoría se declara con lugar el recurso, en consecuencia se ordena a Fernando Cruz Castro, en su condición de Presidente del Consejo Superior del Poder Judicial, o a quien en su lugar ocupe el cargo, que ajuste el acuerdo dispuesto en el artículo XVII de la sesión n.º 60-19 del 4 de julio de 2019 a los términos de esta sentencia, con el fin de garantizar el acceso, la atención y la resolución expedita del servicio público de administración de justicia en condiciones de igualdad. El Magistrado Rueda Leal y la Magistrada Esquivel Rodríguez salvan el voto y declaran sin lugar el recurso. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de fundamento a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese esta sentencia a Fernando Cruz Castro, en su condición de Presidente del Consejo Superior del Poder Judicial, o a quien en su lugar ocupe el cargo, de forma personal.



Fernando Castillo V.
Presidente a.i.



Paul Rueda L.



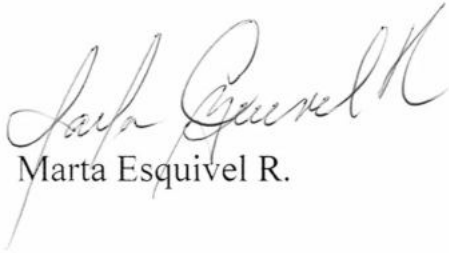
Nancy Hernández L.



Luis Fdo. Salazar A.



Jorge Araya G.



Marta Esquivel R.



Alejandro Delgado F.

Expediente 19-013680-0007-CO

Voto salvado del Magistrado Rueda Leal y la Magistrada Esquivel Rodríguez, con redacción del primero. Con el respeto acostumbrado nos separamos del criterio de la mayoría por los siguientes motivos:

1.- Referencia jurisprudencial. Visto que la resolución de mayoría únicamente menciona algunos precedentes internacionales que son de gran relevancia en el *sub examine*, consideramos que una ponderación balanceada amerita una transcripción de algunos de sus argumentos. Por ejemplo, si bien la sentencia se refiere a jurisprudencia del TEDH relacionada con el servicio militar, productos farmacéuticos, derecho propiedad y uso de símbolos religiosos, se trata de asuntos que pueden servir de referencia general en cuanto a la existencia de un derecho a la objeción de conciencia, mas no tocan el tema de fondo en el *sub iudice*: el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo y el derecho a la objeción de conciencia. El caso que sí lo hace es *Eweida y otros vs. Reino Unido*. La mayoría de esta Sala se enfocó en las opiniones disidentes sin hacer justicia a los argumentos de la decisión del TEDH. En tal oportunidad, ese Tribunal resolvió el caso de una funcionaria del registro de nacimientos, defunciones y matrimonios, quien se oponía a registrar matrimonios entre personas homosexuales:

“102. El Tribunal señala que la tercera demandante es una cristiana, que mantiene la opinión cristiano-ortodoxa de que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para toda la vida. Cree que las uniones del mismo sexo son contrarias a la voluntad de Dios y que no sería bueno que ella participara en la creación de una institución equivalente al matrimonio entre una pareja del mismo sexo. Debido a su negativa a ser designada como funcionaria registradora de

uniones homosexuales, se inició un procedimiento disciplinario en su contra, que culminó con la pérdida de su empleo.

103. La demandante tercera no reclamó en virtud del artículo 9 leído aisladamente, sino que alegó que había sufrido discriminación como resultado de sus creencias cristianas, en violación del artículo 14 en relación con el artículo 9. Para el Tribunal, está claro que la objeción de la demandante a officiar uniones civiles de personas del mismo sexo estaba directamente motivada por sus creencias religiosas. Los hechos en cuestión entraban dentro del ámbito del artículo 9 y el artículo 14 era de aplicación.

104. El Tribunal considera que la comparación significativa en este caso es con el de un funcionario registrador sin objeciones religiosas a uniones del mismo sexo. Está de acuerdo con la afirmación de la demandante de que el requisito de la autoridad local de que todos los funcionarios registradores de nacimientos, matrimonios y defunciones fueran también designados como funcionarios registradores de uniones civiles del mismo sexo tuvo un impacto particularmente perjudicial en ella debido a sus creencias religiosas. Con el fin de determinar si la decisión de la autoridad local de no hacer una excepción con la demandante y otros en su situación supuso una discriminación indirecta en violación del artículo 14, el Tribunal debe considerar si la decisión perseguía un objetivo legítimo y si fue proporcionada.

105. El Tribunal de apelaciones declaró en este caso que el objetivo perseguido por la autoridad local era proporcionar un servicio que no sólo fuera eficaz en términos de practicidad y eficiencia, sino también que cumpliera con la política general de ser «un empleador y

una autoridad pública totalmente comprometida con la promoción de la igualdad de oportunidades y requería que todos sus empleados actuaran de una manera no discriminatoria respecto a los otros». El Tribunal recuerda que en su jurisprudencia en virtud del artículo 14 ha declarado que las diferencias de trato basadas en la orientación sexual requieren justificarse por razones particularmente serias (véase, por ejemplo, Karner contra Austria, núm. 40016/98, ap. 37, TEDH 2003 IX; Smith y Grady, ya citada, ap. 90; Schalk y Kopf contra Austria, núm. 30141/04, ap. 97, TEDH 2010). También ha declarado que las parejas del mismo sexo están en una situación significativamente similar a las parejas de diferente sexo en cuanto a su necesidad de reconocimiento legal y protección de su relación, aunque la práctica en este sentido sigue evolucionando en toda Europa, los Estados contratantes disfrutaban de un amplio margen de apreciación en cuanto a la forma en que esto se logra en el ordenamiento jurídico interno (Schalk y Kopf, citada, apartados 99-108). En este contexto, es evidente que el objetivo perseguido por la autoridad local era legítimo.

106. Queda por determinar si los medios utilizados para conseguir este objetivo fueron proporcionados. El Tribunal tiene en cuenta que las consecuencias para la demandante fueron graves: dada la fuerza de su convicción religiosa, consideró que no tenía otra opción que enfrentarse a una acción disciplinaria, antes de ser designada funcionaria registradora de las uniones homosexuales civiles y, en última instancia, perdió su trabajo. Además, no puede decirse que, cuando ella firmó su contrato de trabajo, la demandante renunciara expresamente a su derecho a manifestar sus creencias religiosas oponiéndose a participar en la unión de parejas homosexuales, dado

que este requisito se introdujo en una fecha posterior. Por otro lado, sin embargo, la política de la autoridad local buscaba garantizar los derechos de los demás que también están protegidos por el Convenio. El Tribunal concede generalmente a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación cuando se trata de un equilibrio entre derechos contrapuestos del Convenio (véase, por ejemplo, Evans contra el Reino Unido, GS, núm. 6339/05, ap. 77, TEDH 2007 I). En cualquier circunstancia, el Tribunal no considera que las autoridades nacionales, como son el superior de la autoridad local que llevó el proceso disciplinario y los tribunales nacionales que rechazaron la reclamación de discriminación de la demandante, superaran el margen de apreciación del que disponían. Por lo tanto, no puede decirse que haya habido una violación del artículo 14 leído en relación con el artículo 9 respecto a la tercera demandante.”

Se destaca que ese Tribunal consideró como fin legítimo que el Estado demandado procurase una política general de promoción de la igualdad de oportunidades y, por ello, requiriese que todos sus empleados actuaran de manera no discriminatoria para con los usuarios, refiriéndose concretamente al trato desigual para con las parejas homosexuales. También estimó que la medida adoptada -el despido de la funcionaria- estaba dentro del margen de apreciación del Estado.

El voto de mayoría también menciona la decisión de la Corte Constitucional colombiana, empero, sin adentrarse en las razones de ese Tribunal para denegar la objeción de conciencia en el ejercicio de la función jurisdiccional:

“5.3. Las autoridades judiciales no pueden escudarse en la objeción de conciencia para negarse a tramitar o a decidir un asunto que se ponga bajo su consideración

La objeción de conciencia es un derecho que se garantiza de modo extenso en el campo privado – cuando no está de por medio el desconocimiento de derechos de terceras personas -. No obstante, queda excluido alegarla cuando se ostenta la calidad de autoridad pública. Quien ostenta tal calidad, no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales pues con dicha práctica incurriría en un claro desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 2º y 6º de la Constitución Nacional. De conformidad con el primero:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Mientras que el segundo consagra:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por

la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Lo consignado en los artículos transcritos, pone de relieve el papel que desempeñan las autoridades públicas y las diferencias sustanciales que surgen respecto del sentido y alcance de los deberes en cabeza de estas autoridades si se comparan con los que radican en cabeza de las personas particulares en lo relativo al ejercicio de la objeción de conciencia. Cuando se acepta voluntariamente ostentar la calidad de autoridad judicial e, incluso, cuando en calidad de particulares se asumen compromisos que implican el ejercicio de la actividad jurisdiccional, una de las consecuencias, si no la más importante, es el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de la normatividad vigente.

*En efecto, **cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío.** En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea –art. 230 de la Constitución-, **con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable.** Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley –entendida ésta en sentido amplio-, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función. Lo anterior no significa que como persona no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales; significa que en su labor de administrar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad derivada de su investidura, debiendo administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues es esa actitud la que hace que en un*

Estado impere la ley y no los pareceres de las autoridades públicas, es decir, lo que lo define que en un Estado gobierne el derecho y no los hombres, siendo ésta la vía de construcción y consolidación del Estado de derecho.

Adicionalmente, admitir la posibilidad de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significa, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, aceptar la denegación injustificada de justicia y obstaculizar de manera arbitraria el acceso a la administración de justicia. Debe tenerse presente, que con el ejercicio de la función judicial está en juego la protección de los derechos constitucionales fundamentales que han sido, a su turno, el resultado de grandes esfuerzos por parte de grupos de la sociedad históricamente discriminados – como, en el caso que nos ocupa, lo han sido las mujeres-.

Ha de repararse, de la misma manera, en que estas conquistas cristalizadas bajo la forma de derechos fundamentales, no siempre reciben aceptación pacífica por parte de todos los sectores de la sociedad y se ven expuestas, con frecuencia, a los ataques provenientes de quienes pretenden imponer un punto de vista abarcador y excluyente incompatible, como ya se dijo, con la apertura al pluralismo y con la necesidad de proteger y promover la diversidad cultural, tal como lo disponen los artículos 1º y 7º de la Constitución Nacional en armonía con otros preceptos contenidos en la misma Norma Fundamental[43].

Aquí cabe, por consiguiente, afirmar que las autoridades judiciales deben dejar de lado sus consideraciones de conciencia para que, en desarrollo del Estado de Derecho, se garantice el derecho que tienen las personas a acceder a la justicia y, por esa vía, asegurar que

sus derechos constitucionales fundamentales sean debidamente respetados y protegidos. No se pueden convertir las razones particulares de conciencia de un funcionario o de una funcionaria judicial en obstáculo que impida a las personas obtener pronta y debida justicia.

Aparece claro, entonces, que quien voluntariamente resuelve convertirse en miembro de la rama judicial debe dejar de lado sus consideraciones de conciencia cuando se encuentre en ejercicio de sus funciones y ha de aplicar la normatividad vigente. Otra cosa sucede cuando estas personas obran en la esfera privada, por cuanto en ese ámbito la Constitución Nacional les reconoce la plena posibilidad de obrar de conformidad con los mandatos de su conciencia y les asegura que ello tendrá lugar sin intromisiones inadmisibles por parte del Estado o de particulares.” (Destacado no corresponde al original. Sentencia de Tutela n.º 388/09 del 28 de mayo de 2009).

Desde nuestra perspectiva, notamos que a la fecha de dictada esta resolución no existe un reconocimiento expreso a la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento jurídico, como sí ocurre en otras latitudes (por ejemplo, el ordinal 30 de la Constitución Española para el servicio militar). Ante esta situación, en Costa Rica, su aplicación se deriva de normas más genéricas, relacionadas con la libertad de conciencia, pensamiento o culto, como fue analizado en esta sede constitucional mediante sentencia n.º 2012-10456 de las 16:27 horas del 1 de agosto de 2012 (citada en el voto de mayoría).

2.- Aplicación de la objeción de conciencia. Sobre la delimitación del orden jurídico y el religioso. En nuestro criterio, el fallo de mayoría cae irremisiblemente en el error de omitir la diferenciación entre el orden jurídico y el religioso, problema que ya se vislumbra en el escrito de interposición, sin

que en ello reparara la Mayoría. El accionante manifestó que se violan los derechos del “...juez o jueza católica, evangélica o musulmana, o judía (o técnicos –as- judiciales), para quien el matrimonio entre personas del mismo sexo va en contra de sus convicciones más profundas...”. Haciendo eco de este reclamo, la Sala determinó que cada uno de tales jueces “...tiene una visión diferente sobre una institución social y religiosa a la que pueden tener los contrayentes y, por consiguiente, el obligarlo a celebrar el acto de matrimonio lacera sus convicciones religiosas más profundas, y deja sin contenido esencial el derecho fundamental del juzgador.” (El subrayado es agregado).

De previo a conocer el caso concreto conviene revisar algunas situaciones de objeción de conciencia basadas en la religión, para evidenciar pautas generales a partir de un ejercicio de inducción.

El primer ejemplo es el servicio militar. Algunos países disponen el servicio militar o el reclutamiento obligatorio, e imponen sanciones a quienes se nieguen a enlistarse en el ejército cuando sea solicitado. Ocurre que el sujeto obligado profesa alguna religión pacifista que se opone a la violencia o al homicidio, situaciones comunes en la guerra u otra clase de acciones militares. Lo que ocurre entonces es que el servicio militar plantea un conflicto para el individuo: por un lado, en caso de cumplir con él y enlistarse, entonces desobedecerá las normas religiosas; por otro, si actúa según sus creencias religiosas, entonces sufrirá la sanción estatal por no prestar el servicio militar.

Un segundo ejemplo es el aborto. En países que lo permiten, un médico del sistema de seguridad social estatal podría verse obligado a aplicarlo en el ejercicio de sus funciones públicas. No obstante, esta obligación jurídica podría contraponerse a su creencia religiosa, con base en la cual la vida debe

resguardarse desde la concepción. Nuevamente, el sujeto se encuentra en una disyuntiva: o cumple su deber jurídico e incurre en condena religiosa, o se expone a una sanción jurídica con motivo de la observación a los mandatos religiosos. Un planteamiento idéntico se daría en casos de eutanasia o eugenesia, o bien cuando la razón de la objeción más bien proviene de la ética.

Según se extrae de los ejemplos anteriores, en la objeción de conciencia por motivos religiosos subyace un conflicto entre dos órdenes normativos: el jurídico y el religioso. Dado que el individuo es sometido a un dilema que lo pone a escoger entre sus creencias religiosas y su obligación jurídica, la objeción de conciencia funciona como cláusula de escape, en tanto libera a la persona de su deber jurídico. Igual aplica lo expuesto, cuando se está ante una controversia en el ámbito ético.

Este tipo de conflicto se percibe en la justificación esgrimida por el TEDH para emitir la resolución *Bayatyan vs. Armenia* de 2011, que constituyó un cambio de paradigma en su jurisprudencia, como el propio Tribunal indicó, al incluir la objeción de conciencia en el ámbito de protección del artículo 9 de la Convención Europea de Derecho Humanos. El Tribunal señala: “110. *In this respect, the Court notes that Article 9 does not explicitly refer to a right to conscientious objection. However, it considers that opposition to military service, where it is motivated by a serious and insurmountable conflict between the obligation to serve in the army and a person’s conscience or his deeply and genuinely held religious or other beliefs, constitutes a conviction or belief of sufficient cogency, seriousness, cohesion and importance to attract the guarantees of Article 9...*”¹ (El subrayado es agregado) Es decir, si la

¹ A este respecto, el Tribunal observa que el artículo 9 no se refiere explícitamente al derecho a la objeción de conciencia. Sin embargo, considera que la oposición al servicio militar, cuando está motivada por un conflicto serio e insuperable entre la obligación de servir en el ejército y la conciencia de una persona o sus creencias religiosas u otras creencias profundas y genuinas, constituye una convicción o creencia de

oposición al servicio militar se basa en un serio e insuperable conflicto entre la obligación de servir al ejército y las genuinas y profundas creencias de una persona, incluyendo su concepción acerca del bien “vida”, entonces su protección podría encontrar acogida en el ordinal 9.

En el *sub lite*, debido a la equivocación en el punto de partida *supra* citado, de manera generalizada se englobó el concepto de matrimonio, incluyendo en él tanto al civil como al religioso. Aclaremos que el recurrente de modo expreso manifestó que “*No está en discusión en este amparo el derecho humano de toda persona de LIBREMENTE escoger la preferencia sexual con que mejor se sienta. Elegir y decidir sobre su sexualidad. Ese derecho merece todo mi respeto y se lo doy.*” (La mayúscula es del original) Es decir, el problema radica en la celebración o reconocimiento del matrimonio civil entre personas del mismo sexo y no en su orientación sexual. El accionante incluso puntualiza el objeto de su desavenencia: “*Es un hecho notorio que la población judicial, concretamente jueces y juezas, técnicos y técnicas judiciales, en una amplia mayoría profesan la fe cristiana y para muchos de ellos y ellas participar en el trámite de matrimonios entre personas del mismo sexo sería algo contra ABIERTAMENTE A LA FE QUE PROFESAN.*” (La mayúscula es del original).

A diferencia de los ejemplos expuestos, la pretendida objeción de conciencia no muestra en el *sub iudice* una colisión entre dos obligaciones impuestas por los distintos órdenes normativos, sino que en realidad constituye una oposición a que el Estado tenga su propio orden normativo para regular las cuestiones civiles. El sujeto -en el *sub lite*, el juez- no se encuentra ante una disyuntiva como las expuestas *supra*, ya que estamos ante dos esferas

normativas diferentes, cada una de las cuales por aparte le asigna consecuencias disímiles a un mismo evento: una pareja homosexual se une en matrimonio. Frente a ese supuesto, la respuesta normativa atinente a la esfera religiosa del amparado en este asunto es desconocer tal pretensión y negar el matrimonio, pues no reúne los requisitos para un matrimonio religioso (que sea entre hombre y mujer). Frente a ese mismo supuesto de hecho, el Estado puede reconocer tal matrimonio en caso de que cumpla las demás exigencias normativas, toda vez que el Estado tiene la potestad de determinar los requisitos normativos para el matrimonio civil. En otras palabras, cuando una pareja homosexual pretende su unión, la norma religiosa le prescribiría a la autoridad religiosa encargada “*No celebre un matrimonio religioso, pues no cumple los requisitos*”; mientras que la ley civil le indicaría a la autoridad civil “*Celebre el matrimonio civil porque cumple los requisitos legales*”. Ambas respuestas conviven sin colisión entre ellas: un matrimonio civil, sin reconocimiento religioso.

En palabras más sencillas, la única forma de aceptar este tipo de objeción de conciencia sería que el credo religioso de la persona le prohibiera al Estado regular el matrimonio civil (“*Mi religión prohíbe que el Estado regule el matrimonio entre personas del mismo sexo*”), lo que tendría que ser rechazado debido al imperio de ley en un régimen civilista, como en la actualidad es propio del Estado Democrático de Derecho.

Es evidente que se trata de **dos institutos del todo diferentes**. Por este motivo, el matrimonio religioso (sin reconocimiento civil) no puede exigir un tratamiento igual al matrimonio civil. El matrimonio religioso no puede acudir a tribunales a discutir gananciales, derechos sucesorios, constituir patrimonio familiar, derechos alimentarios, etc. Tales efectos pueden surgir únicamente si el Estado decide concederlos, pero no por decisión de la autoridad religiosa,

sino porque el Estado así lo regula. De otro lado, un matrimonio civil no podría exigir alguna clase de reconocimiento o efecto religioso: no podría ser considerado un sacramento, imponer los votos religiosos, reclamar una posición ante los ojos de determinada iglesia, etc.

Esta confusión entre el matrimonio civil y el religioso se pone de manifiesto, porque -como ha ocurrido en muchos países- la oposición religiosa cede cuando el instituto civil tiene una denominación diferente a “matrimonio”, verbigracia llamándosele “unión civil”, “sociedad civil”, etc.

El desconocimiento de estos dos órdenes normativos, de estos dos institutos diferentes, se nota en la sentencia de mayoría cuando, de manera completamente inconsecuente, indica que la objeción de conciencia no podría darse en el caso de un divorcio: *“Ha sostenido la doctrina que no es posible la objeción de conciencia de un Juez penal que alegase que su conciencia no le permite establecer castigos. Lo mismo puede afirmarse en el caso de un Juez de familia que objete el divorcio. En todos estos supuestos -además hay que tener presente que él cuando optó por el cargo asumió voluntariamente todas sus funciones-, consecuentemente, estaríamos quebrantando una regla elemental de buena fe si luego pretendiese ejercer el derecho a la objeción de conciencia.”* (El subrayado es agregado) ¿Acaso todas las religiones aceptan el divorcio? La respuesta es claramente negativa o bien lo hacen de manera mucho más restrictiva que en lo civil. Entonces, ¿por qué se impide ejercer la objeción de conciencia para el divorcio? Sencillamente, porque el divorcio es civil, no es uno religioso. El divorcio civil carece de efectos en la esfera religiosa, de la misma manera que el matrimonio civil tampoco los tiene.

Podría argüirse, como lo hace la mayoría, que la persona nombrada en el cargo de juez asumió de manera voluntaria que debía ejecutar divorcios, figura que ya estaba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Sin

embargo, ¿qué sucederá cuando surja una nueva causal de divorcio, como la incompatibilidad de caracteres (expediente legislativo n.º 20.406)? En la tesis de mayoría, los jueces podrán alegar que tal causal no existía al momento de asumir el cargo y negarse a aplicarla argumentando una objeción de conciencia. En nuestra tesis, el divorcio solo afecta al matrimonio civil, por lo que carece de consecuencias en la esfera religiosa (en caso de existir concomitantemente un matrimonio religioso, esa unión permanecería incólume).

Otro caso es la reciente modificación al numeral 35 del Código de Familia. Originalmente, esa norma regulaba que el “...*marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia...*”. En la actualidad, esa obligación recae en ambos cónyuges. ¿Podría un juez negarse a aplicar esa norma porque su religión (o su creencia ética) se basa en el patriarcado y el deber del hombre de ser el proveedor del hogar? Al respecto, debe negarse tal posibilidad, pues se trata de una consecuencia del matrimonio civil.

Advertimos que en esta exposición se hace referencia a la objeción de conciencia con marcado énfasis en el aspecto religioso. Esto responde al agravio formulado por el reclamante. Empero, está claro que tal elucidación procede de idéntico modo, cuando la objeción de conciencia se vincula a una razón ética.

Por último, cabe precisar que en el juicio de concordancia práctica en que está de por medio la objeción de conciencia resulta fundamental tomar en consideración el tipo de bien constitucional contrapuesto. En tal sentido, evidentemente, cuando está involucrada “la vida”, pesa con particular fuerza una cualidad relevante de este bien constitucional: es una condición *sine qua non* para el disfrute de los derechos fundamentales por parte del ser humano, individualmente considerado. Tal característica no se observa en el *sub iudice*,

donde la ponderación solo concierne a la libertad religiosa en relación con otros derechos, como la igualdad y el acceso a la justicia.

3.- Con respecto a la discriminación. En torno a este punto, la sentencia señaló:

“La mayoría del Tribunal considera que el hecho de que un Juez que plantee una objeción de conciencia en un tema que, desde el punto de vista religioso, resulta de la mayor envergadura, no significa que esté discriminando a una persona determinada, se trata de una justificación objetiva y razonable. Lo que sucede es que tiene una visión diferente sobre una institución social y religiosa a la que pueden tener los contrayentes y, por consiguiente, el obligarlo a celebrar el acto de matrimonio lacera sus convicciones religiosas más profundas, y deja sin contenido esencial el derecho fundamental del juzgador. En segundo término, es un hecho público y notorio que un país donde hay varios jueces notariales, bien puede la Administración de Justicia aceptar la objeción de conciencia, la que, como se expresó supra, debe de cumplir todos los requisitos para que se pueda ejercer este derecho fundamental, y encargar a los jueces no objetantes la realización de los matrimonios entre las personas del mismo sexo e, incluso, en un Estado garante de todos los derechos fundamentales de las personas, establecer un sistema que permita tener siempre a disposición jueces que sí están dispuestos a brindar el servicio a las personas del mismo sexo en condiciones de igualdad que a otros usuarios del servicio. Vista así las cosas, no hay tal acto de discriminación, toda vez que siempre habrá jueces y juezas que realizarán el acto de matrimonio, con lo cual se satisface los derechos de las personas contrayentes.”

Según la mayoría, no habría discriminación porque el matrimonio civil entre personas del mismo sexo podría ser efectuado por otros jueces (no objetantes) o bien, a los efectos de tal matrimonio, el Estado podría diseñar un “sistema” para tener a disposición jueces que brindasen ese servicio.

El 1º de diciembre de 1955, Rosa Parks se negó a sentarse en la parte del bus que estaba reservada para “personas de color”. No se le estaba negando el servicio de transporte; incluso, tenía una “sección especial” para ella. Empero, hoy en día resultaría insostenible afirmar que aquel trato diferenciado no constituía un odioso acto discriminatorio.

En la solución de la mayoría, las parejas homosexuales tendrán un “sistema especial” para que se conozca su matrimonio. Así, según razona la mayoría, no se les estaría negando el servicio de los tribunales de justicia; más bien, tendrían un sistema particularmente dirigido a ellas ¿No significa esto un acto discriminatorio violatorio del orden constitucional y promovido, ni más ni menos, por el propio Tribunal llamado a combatir el trato desigual?

El problema en el razonamiento de la mayoría radica en que desconoce que la objeción de conciencia no puede oponerse, cuando de ella deriva una violación grave a la dignidad humana, esto es, a su núcleo esencial o *Kernbereich*; en este caso, a través de una discriminación contraria al orden constitucional y convencional.

La situación no mejora si se efectúa una supuesta concordancia práctica, como pretende la mayoría. No dejaría de ser discriminación si el conductor del bus se hubiese negado a transportar a Rosa Parks aludiendo a sus más firmes creencias; tampoco si el Estado hubiese instaurado un sistema de buses particularmente dirigido a los afrodescendientes a fin de “tutelar” las creencias de los conductores “objetores”.

En el caso hipotético de una religión que negara –con fundamento en su más arraigado credo- la unión entre personas de diferentes etnias (el mal llamado matrimonio interracial), de otras religiones, etc. ¿debería aceptarse la objeción de conciencia del juez? Absolutamente, no. Tal objeción debe rechazarse de manera contundente, pues se justifica a través de una lesión a la dignidad humana, con independencia del momento en que el funcionario fuese nombrado en el puesto.

Este límite a la objeción de conciencia también tiene fundamento normativo y jurisprudencial.

En primer plano tenemos que la Constitución Política garantiza el libre ejercicio de otros cultos (diferentes a la religión católica), siempre y cuando “...no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos sigue esta misma línea al salvaguardar la libertad de conciencia y de religión con el siguiente límite: “3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.” (Ordinal 12).

La situación no es diferente en el ámbito europeo. El artículo 9, empleado por el TEDH para reconocer la objeción de conciencia, estatuye: “2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

En el *sub examine*, si se llegara a asumir que existe una objeción de conciencia basada en un conflicto verdadero (lo que rechazamos, según se

explicó en el punto anterior), entonces tal objeción sería limitada por la moral pública y los derechos de los demás.

Del lado de la jurisprudencia, este Tribunal ha afirmado numerosas veces que no se puede discriminar a una persona con base en su orientación sexual. En casos, verbigracia, donde se niega el servicio o la entrada a un local público (bar, restaurante, etc.) por ese motivo, la Sala ha sido contundente en rechazar tal posibilidad:

“VI.- Este Tribunal, en la sentencia No. 2014-012703 de las 11:51 hrs. de 1º de agosto de dos mil 2014, estimó, en lo que interesa, lo siguiente:

“...IV.- SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL. Tradicionalmente, las personas que conforman la población LGTB (siglas que designan, colectivamente, a lesbianas, gais, bisexuales y transexuales) han sido sujetos de acciones discriminatorias, sea, por acción u omisión por parte de autoridades públicas como por parte de terceros. Lo anterior, pese a que conforme nuestro ordenamiento jurídico, toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona resulta contraria a la dignidad humana y al principio de igualdad. La orientación sexual es un aspecto esencial de la identidad de la persona, cuya protección se ha ido reconociendo a partir de la interpretación de las disposiciones de diferentes instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, las cuales prohíben la discriminación basada en el sexo. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26 establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda

discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”; de igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, establece que ‘todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley’ (artículo 24). No obstante, en el sistema universal de protección de las Naciones Unidas, existe una declaratoria específica conocida como los Principios de Yogyakarta, cuya denominación completa es Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, presentado en el 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra. El documento contiene una serie de principios que pretenden marcar estándares básicos para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas que conforman la población LGBT. En su principio 2 se establecen los derechos a la igualdad y a la no discriminación, según los cuales “todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.”. Una proclama como esta visibiliza la necesidad de tutelar la libre orientación sexual y la identidad de género dadas las violaciones de derechos humanos, marginación, estigmatización y prejuicios que sufre esta población. Este Tribunal, en su función

protectora de derechos fundamentales, ha tutelado la orientación sexual de las personas como parte del respeto a la dignidad humana y al principio de igualdad. Así, en la sentencia No. 2007-018660 de las 11:17 horas de 21 de diciembre de 2007 y en otras posteriores, este Tribunal ha reconocido “(...) como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es 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" (el énfasis es agregado). Aun cuando en este contexto jurídico, la realidad de la población LGTB se ha hecho más visible, todavía subsisten resistencias sociales y culturales que se proyectan más allá de los ámbitos y espacios privados y se plasman en actuaciones administrativas e incluso, en normas jurídicas que restringen los derechos de estas personas. Por lo anterior, la diversidad sexual y sus manifestaciones concretas en la vida social exigen un reconocimiento jurídico que no puede eludirse en un Estado que tiene como pilar fundamental el respeto a la dignidad humana (...)".

VII.- 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 (ver sentencia No. 2007-018660 de las 11:17 hrs. de 21 de diciembre de 2007)." (Sentencia n.º 2018-10289 de las 14:36 horas del 26 de junio de 2018. El subrayado es agregado).

En esta sentencia, la Sala en forma explícita reconoció que la discriminación por motivo de la orientación sexual constituía una lesión al ordenamiento jurídico y un acto contrario a la dignidad humana.

Imagínense el caso de un restaurante familiar, cuyo dueño se oponga al matrimonio civil entre personas homosexuales alegando creencias religiosas. En la solución de la mayoría sería válido que el matrimonio fuera a otro restaurante que brinde igual servicio o que, en el propio negocio involucrado se instalara una "sección especial" para tales matrimonios, donde fueran atendidos por personas diferentes al propietario, pues, como resulta de la argumentación de la mayoría, de esta manera se "tutelan" los "derechos" del dueño del establecimiento y los del matrimonio homosexual. Esta aberrante

situación demuestra que en este caso subyace una discriminación y una lesión a la dignidad humana, pues se impone la objeción de conciencia a contrapelo no solo de los derechos y libertades de terceros, sino de la moral pública, dado que tal clase de trato discriminatorio siempre será incompatible con aquella.

No es ocioso mencionar que la orientación sexual es una categoría resguardada por el Pacto de San José, tal como ha consignado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias resoluciones (*Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *Duque vs. Colombia* y la opinión consultiva OC-24/17).

Recordemos que muchos grupos poblacionales han visto reconocidos sus derechos merced a las luchas libradas por las generaciones que precedieron, y que ese reconocimiento no ha estado libre de opositores. Las mujeres, las personas afrodescendientes o indígenas, las personas nacidas fuera del matrimonio, con discapacidad, adultas mayores y homosexuales, incluso quienes profesan determinada religión minoritaria, por mencionar algunos ejemplos, son sectores de la población que histórica- y culturalmente han sido marginados en diverso grado. El matrimonio entre personas del mismo sexo es un paso a favor de ese tipo de minoría, que merece y debe ser protegida por este Tribunal.

Por los motivos expuestos, salvamos el voto y declaramos sin lugar el recurso.



Paul Rueda L.



Marta Esquivel R.