

La igualdad de género en el Derecho Constitucional costarricense

1. Antecedentes del cuerpo jurídico constitucional y el principio de igualdad

En la finca "La Lucha", en la cordillera central costarricense, el día 12 de marzo de 1948, don José Figueres Ferrer se levantó en armas contra el gobierno del Lic. Teodoro Picado. La Guerra Civil había comenzado. Aunque no vamos a entrar en el detalle de esa lucha, es importante mencionarla, porque ella causó un rompimiento del orden constitucional cuando el 8 de mayo, de ese mismo año, el victorioso José Figueres, Presidente de la Junta de Gobierno, derogó, excepto en los capítulos referentes a las garantías sociales, nacionales e individuales, la Constitución de 1871¹ y convocó a una Asamblea Constituyente.

Menos de un año más tarde, se aprobó la Constitución Política de Costa Rica, vigente en la actualidad. Aunque constituciones anteriores contemplaban la igualdad de todos los costarricenses, esta nueva norma fundamental incorpora cambios esenciales en la estructura estatal y las relaciones entre sus habitantes, cambios que transformaron profundamente el contenido de esa igualdad.

Veamos:

- a) Se da la abolición del ejército y se prohíbe utilizar rangos castrenses, lo que hace desaparecer los privilegios del fuero militar. Esta disposición ha

tenido impacto positivo en la estabilidad política del país, el mejoramiento del sistema democrático y la inversión de recursos, tradicionalmente asignados al ejército, para la salud, educación y desarrollo general de los habitantes. Respecto de la igualdad de género, elimina una de las instituciones pilares del patriarcado que ha sido utilizada para reprimir y violentar los derechos de las mujeres.

- b) Se crea el Tribunal Supremo de Elecciones como un órgano constitucional. Este se establece como un "cuarto" poder de la república, que da pie al desarrollo de una legislación electoral dirigida a garantizar la pureza del sufragio. Se convierte en una instancia de administración de justicia electoral en el país, paso inicial fundamental para asegurar la igualdad en la participación política.
- c) Se nacionalizan las cuentas corrientes bancarias, lo que permite la creación de una banca de desarrollo que incide directamente en la distribución de la riqueza y la igualdad de oportunidades al acceso de recursos financieros.
- d) Se reconoce la igualdad de derechos entre los hijos que nacen de una unión matrimonial y aquellos que nacen fuera de esta.
- e) Después de casi cuatro décadas de lucha del movimiento sufragista costarricense, por fin, en la nueva Constitución Política de 1949, se otorga la condición de ciudadana a las mujeres costarricenses y con ello el derecho a votar y ser electas.

1. La primera C.P. de Costa Rica fue promulgada en 1821, a la que le siguieron la de 1844, 1847, 1848, 1859, 1869 y la de 1871 que es la de mayor longevidad y que marcó el desarrollo constitucional hasta la C.P. de 1949, vigente en la actualidad.

Estos cambios repercutieron en reformas legales y promulgación de nuevos códigos, como el de familia y el laboral, así como en algunas leyes especiales dirigidas a ajustarse a los nuevos principios constitucionales, produciéndose así un lento mejoramiento en el estatus jurídico-formal de las mujeres. Sin embargo, este mejoramiento no ha estado exento de altibajos. Tal vez porque el contenido que el Derecho Constitucional costarricense le ha dado a la igualdad entre hombres y mujeres siempre ha estado plagado de inconsistencias, arbitrariedades o francas contradicciones. Por ejemplo, es importante recordar que la igualdad jurídica ya estaba contemplada en constituciones anteriores a la de 1949², y aunque antes de la Constitución de 1848³ no se estipulaba expresamente que solo los varones pudiesen votar y ser electos, las constituciones posteriores a la reformada de 1848, claramente excluyeron a las mujeres del derecho al sufragio. Es decir, antes de 1949 el derecho constitucional costarricense proclamaba la igualdad de hombres y mujeres, al mismo tiempo que establecía que las mujeres no eran ciudadanas.

Casi cuarenta años después, en 1989, una reforma del artículo 48 de la C.P. y la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, establecen en este país el sistema concentrado de administración de justicia constitucional. Esto tiene un impacto importante en la conceptualización de la igualdad entre hombres y mujeres, ya que la Sala Constitucional empieza a desarrollar jurisprudencia sobre el tema. De nuevo, este impacto no ha sido consistente ni exento de contradicciones en cuanto al contenido que se le ha dado a la igualdad entre los géneros.

Para entender este impacto hay que tener en cuenta que el artículo 7 de la C. P.⁴ establece que los tratados internacionales son superiores a las leyes y

que el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional⁵ otorga una igualdad jerárquica a los tratados internacionales en derechos humanos y la Constitución Política. Esto abre nuevas posibilidades al Derecho Constitucional costarricense, convirtiendo al juez constitucional en un aplicador real de normas internacionales de derechos humanos en su jurisdicción.

La nueva concepción de la jerarquía de las normas jurídicas costarricenses se ve reforzada con el voto de la Sala Constitucional número 3435-92 y su aclaración 5759-93, que otorga una fuerza normativa supraconstitucional a las normas del Derecho Internacional que impliquen mejoras para la protección y goce de los derechos humanos⁶. Es más, según el voto 282 de la Sala Constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos no solo es supraconstitucional sino que es de aplicación inmediata⁷, ya sea porque deroga una norma que compromete un derecho humano o porque contiene normas que son ejecutables:

"La ley de Jurisdicción Constitucional faculta a los interesados a plantear acción de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales que se opongan a los tratados internacionales, considerando que al hacerlo violan la jerarquía de las normativa superior del segundo de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política, ello no obsta a que, cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deben tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior de los tratados."

Aún más, el voto de la Sala Constitucional número 2313 incide en el desarrollo del Derecho Cons-

2. Por ejemplo, la C.P. de 1844 estipula en su artículo 16: "Todos los costarricenses son iguales ante la ley, cualquiera que sea su estado y diferencia de fuerzas físicas o morales."
3. La C.P. reformada de 1848 establece expresamente que "art. 9: Son ciudadanos los Costarricenses que reúnan las cualidades siguientes: 1. Haber cumplido la edad de 21 años. 2. Ser dueño de bienes raíces en Costa Rica, que alcancen el valor libre de 30 pesos, o tener una renta anual de 150 pesos y pagar las contribuciones establecidas por ley. 3. Saber leer y escribir, pero esta calidad sólo se exigirá desde 1853 en adelante."
4. Art. 7: "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación a desde el día que ellos designen autoridad superior a las leyes".
5. Ley aprobada en 1989 que establece una Sala Constitucional. Elimina el sistema difuso de control de constitucionalidad de la ley donde cada juez(a) resolvía casuísticamente las demandas de defensa constitucional en el caso concreto. Los fallos de estos jueces(zas) no tenían carácter de erga omnes y únicamente se aplicaban al caso concreto. Al instaurar un sistema concentrado ejercido por la Sala Constitucional se crea un ente especializado en la temática donde sus fallos tienen fuerza erga omnes con excepción de la misma sala.
6. "Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución que tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución."
7. Otros países de la región que siguen el sistema supraconstitucional son: Guatemala, Nicaragua, Colombia, Brasil y Chile.

titucional costarricense al reconocer el valor vinculante de una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

"... si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico como algunos han entendido..."

En este sentido, podemos decir que varios instrumentos internacionales dirigidos a garantizar la igualdad de género son parte del bloque de constitucionalidad costarricense. Algunos ejemplos de ellos son: la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, Ley número 1273 del 13 de marzo de 1951; la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, misma ley anterior; Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, Ley 3877 del 3 de junio de 1967; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Ley 6969 de 2 de octubre de 1984; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Ley 7499 del 2 de mayo de 1995, etc.

Además, la nueva jerarquía otorgada a los tratados internacionales de derechos humanos y las responsabilidades adquiridas por el Estado internacionalmente, conllevaron a reformas legislativas, como por ejemplo la promulgación de la Ley de Promoción Social de la Mujer, la Ley de Hostigamiento Sexual, la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, la Ley de Lactancia Materna, etc., así como a reformas en los códigos Penal, Laboral, de Familia, etc.

2. Primeros pasos de la reconceptualización del principio de igualdad basado en el Derecho Internacional de los derechos humanos

Si los tratados internacionales de derechos humanos tienen una jerarquía supraconstitucional en cuanto impliquen mejoras para la protección y goce de los mismos, la igualdad de género en el Derecho Constitucional costarricense debe partir de la definición del artículo 1 de la Convención sobre la elimina-

ción de todas las formas de discriminación contra la mujer, conocida como CEDAW, porque es el tratado internacional que desarrolla específicamente el derecho humano a la igualdad entre hombres y mujeres. Y aunque esta definición no determina expresamente qué es esa igualdad, sí define qué debe entenderse por discriminación contra la mujer y establece que es precisamente la discriminación la que no permite a las mujeres gozar, en igualdad con los hombres, de los derechos humanos... Veamos:

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

Conforme a esta definición, el acto discriminatorio podrá surgir de una acción u omisión que tenga por objeto discriminar, pero también puede surgir como resultado de una acción o inacción que se haya dado sin la intención de discriminar. Además, este nuevo concepto de igualdad establece que ese acto discriminatorio puede darse en todas las esferas de la vida y convivencia humanas, con lo que también se tutelan las acciones u omisiones que se presentan en el ámbito privado de la familia, la vida y cuerpo de las mujeres. Estos dos aspectos abren las puertas a la regulación de una serie de situaciones que antes de la existencia de la CEDAW no eran consideradas discriminantes.

Esta regulación normativa del principio de igualdad, desde una perspectiva de género, parece simple, pero su aplicación no ha sido fácil. Más bien se podría decir que, dadas las influencias del sistema patriarcal en las personas que administran justicia constitucional, el desarrollo del principio de igualdad entre mujeres y hombres ha sido consistente en su inconsistencia: las mujeres son iguales a los hombres, pero no tanto y no siempre. Es así que en el desarrollo constitucional costarricense hay decisiones que reflejan un concepto de igualdad basado en una idea de la humanidad como diversa y que, por ende, no se trata de declarar a las mujeres iguales a los hombres sino de tomar medidas para que hombres y mujeres gocen de sus derechos humanos; y hay otros

que parten de una igualdad basada en que el hombre-varón es la medida, prototipo o modelo de la humanidad, y que, por consiguiente, lo que hay que hacer es eliminar las barreras que impiden a las mujeres ser como los hombres.

Un caso que refleja este último concepto es el voto de la Sala Constitucional 3435-92, en el que se interpone un recurso de amparo contra una acción basada en el artículo 14, inciso 5) de la Constitución Política que establece que costarricenses por naturalización son: *"La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad, o manifieste su deseo de ser costarricense"* (sic).

La Sala, por medio de una interpretación hermenéutica del Derecho, utiliza el Derecho Internacional de los derechos humanos para acoger el recurso y determina la existencia de discriminación por razones de sexo. Dicho así, pareciera que la resolución de la Sala no contiene rasgos sexistas. Pero ahondando en el voto se puede determinar lo siguiente:

- a) Los magistrados consideran que el artículo es contradictorio con las disposiciones de derechos humanos, porque se discrimina al hombre extranjero casado con mujer costarricense. En ningún momento señalan que la disposición es el reflejo de una sociedad sexista que discrimina a la mujer costarricense, al no permitirle otorgar a su compañero la facilidad para optar por la nacionalidad costarricense y convivir con su pareja en su país, que sí la tienen los hombres costarricenses. Es obvio que la razón de este texto normativo es la creencia patriarcal de que la mujer debe seguir al hombre donde él fije su residencia.
- b) Fundamenta el voto jurídicamente en los siguientes instrumentos internacionales de derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7), Declaración Americana de los Derechos del Hombre (artículo II), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 3 y 26) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1 y 24), ignorando totalmente la CEDAW como un instrumento internacional de fundamentación. Probablemente no se utilizó la CEDAW porque

no se consideró que existiese discriminación contra las mujeres.

- c) Considera que la disposición, tal y como se ha interpretado, atenta contra la unidad matrimonial, con lo que, al no hablar siquiera de la discriminación contra las mujeres, eleva esta unidad por sobre el derecho a la igualdad de las mujeres. Es más, resalta el valor que el ordenamiento interno e internacional le da al matrimonio, pero no amplía el beneficio a las personas que se encuentran en unión de hecho.

Y lo peor de todo,

- d) Dispone que: "...cuando en la legislación se utilicen los términos 'hombre' o 'mujer', deberán entenderse como sinónimos del vocablo 'persona' y con ello eliminar toda posible discriminación 'legal' por razones de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos..."⁸

Es importante recalcar que las resoluciones de la Sala Constitucional tienen un efecto *erga omnes* de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional.

Con esta resolución, la Sala refuerza el concepto de igualdad formal, basado en un paradigma de igualdad que parte del hombre-varón. No contempla las consecuencias hasta absurdas que podría tener su disposición de borrar toda referencia a "mujer" u "hombre" en los textos legales, rompiendo así el principio de que todos somos igualmente diferentes⁹.

Pero una resolución peor se da en el voto 4410-93. En este caso, una atleta interpone un recurso de amparo contra el reglamento de la carrera deportiva de la municipalidad de Heredia, que establecía diferencias en los premios recibidos por los varones (30.000.00 colones) con respecto al que recibían las mujeres (10.000.00 colones). El recurso se fundamentó en el artículo 33 de la Constitución Política que establece que "toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana"¹⁰, el artículo 1 de la CEDAW y un decreto ejecutivo que establecía la obligación de premiar por igual a hombres y mujeres en competencias de atletismo.

8. Voto 3435 de la Sala Constitucional.

9. Voto 716-98, Sala Constitucional "... tanto hombres como mujeres pueden ser 'igualmente diferentes' y que deben ser considerados igualmente valiosos..."

10. Este artículo constitucional fue reformado agregándose la segunda frase en mayo de 1968.

La Sala determina:

"...No se da precisamente una discriminación de la mujer atleta, respecto al varón. Hay, sí es cierto una premiación especial para las "damas" con una asignación menor que la reservada a la categoría "mayor". Pero si bien esto por sí mismo, no constituye trato discriminatorio en tanto que solamente reconoce que si una dama no obtiene el primer lugar en dicha categoría mayor, sí tendrá garantizado un premio especial al llegar a la meta en la categoría especial. Por otra parte aunque queda abierta la posibilidad de que la categoría mayor sea ganada por una mujer, lo cierto es que en tal previsión se reconoce que el varón tiene mayor resistencia para este tipo de competencia y que, por ello aunque no sea premio dedicado exclusivamente a él, de ordinario lo obtiene..."

Esta vez la Sala no solo desconoce el principio de que todos somos igualmente diferentes pero no por ello tendrán unos más derechos que otras, sino que hace aparecer una disposición absolutamente discriminatoria –premios menores para las mujeres– como una medida "especial" (casi como una medida correctiva o acción afirmativa) para ayudar a las mujeres que no pueden competir con los hombres en cuestiones de este tipo de resistencia.

En apartados posteriores veremos como la Sala va modificando su conceptualización de igualdad, ajustándose más a la CEDAW y al Derecho Internacional de los derechos humanos.

3. Las medidas correctivas y el principio de igualdad en el Derecho Constitucional costarricense

Las medidas correctivas son normas transitorias para supuestos particulares, a fin de acreditar una desigualdad de hecho en forma fehaciente y objetiva. Son consideradas por la sociedad como negativas y se producen en contextos especialmente escasos (listas electorales, acceso a trabajo, accesos a educación, etc.). Por lo general, perjudican a los sectores privilegiados por las estructuras de poder y, por ende, son especialmente polémicas.

El patriarcado ha desarrollado una serie de argumentos en contra de promulgar normas que establezcan medidas correctivas. Estos se señalarán a continuación, seguidos de las objeciones pertinentes:

- 1- *Violan el principio de igualdad ya que crean tratos diferenciados entre diferentes grupos sociales.*

No existe neutralidad e igualdad. La realidad fáctica es la desigualdad. La igualdad entre desiguales es un instrumento de conservación del *status quo* y por tanto beneficia a aquellos que por las estructuras sociales cuentan con más poder y oportunidades.

- 2- *Crea diferencias normativas no razonables al favorecer a un sector de la población beneficiada que no necesita de la acción afirmativa para poseerse en una situación de igualdad de oportunidades.*

La realidad es que aunque se pueden beneficiar unas pocas personas, el beneficio mayor recae en la colectividad.

- 3- *Quienes obtienen un puesto laboral por una norma de discriminación positiva, en realidad no compiten en igualdad de condiciones con aquellos que tienen mayores capacidades o méritos para obtenerlo.*

Los méritos y capacidades se miden con un criterio androcéntrico, relativizado por los valores patriarcales. Las mujeres que obtienen puestos por acciones afirmativas cuentan con méritos y capacidades semejantes y con algunos que han sido socialmente invisibilizados.

- 4- *Tienen un resultado contrario al fin que buscan, porque refuerzan la ideología de la desigualdad e introducen elementos proteccionistas que fortalecen las discriminaciones existentes.*

Para contar con una real y verdadera igualdad de oportunidades, es fundamental valorar las diferencias y reconceptualizar el principio de igualdad. El discurso patriarcal se queda en el texto y en el ámbito formal sin ajustarse a la realidad.

- 5- *Son injustas, ya que impactan a víctimas inocentes en situaciones de discriminación mayor que la de los(as) miembros(as) de la colectividad que se benefician de las acciones.*

Puesto que lo que se pretende es beneficiar al colectivo, se da un sacrificio de la individualidad. Pero si las normas abarcan todas las diferencias que causan desigualdad, el número de víctimas desaparecería.

- 6- *La generalización de cuotas para todos los grupos sociales: mujeres, personas adultas mayores, personas con discapacidad, población emigrante, etc., crea una segmentación social.*

Es importante recalcar el hecho de que las acciones afirmativas buscan establecer la igualdad eliminando las desigualdades de hecho. Si así fuese el caso, en hora buena que la sociedad valore las diferencias y busque eliminar los sesgos discriminantes contra cualquier población. La práctica en el área docente ha determinado que la proporcionalidad de las cuotas de representación se determina respecto de su representatividad, lo cual crea una unidad de la diversidad social.

- 7- *Las reivindicaciones sociales y políticas de poblaciones determinadas responden a procesos que deben agotar etapas. La creación de normas de discriminación positiva rompe este proceso.*

La exigencia de derechos por medio de la organización política de los sectores sociales es fundamental para conquistarlos y mantenerlos. Una posición de espera viene a promover la cultura del aguante hasta tanto la sociedad no esté preparada para otorgarlos. En nuestra sociedad androcéntrica, las mujeres tendrían que esperar siglos para gozar de una verdadera igualdad de oportunidades, y mientras tanto se benefician quienes gozan de privilegios en la actualidad.

- 8- *Se da una inconsistencia de la idea, ya que se culpabiliza a los hombres, los blancos o los sectores beneficiados, y se les pone a pagar por actos no cometidos por ellos.*

Las medidas correctivas no son compensaciones históricas. Vienen a suprimir privilegios, no a eliminar derechos. Están dirigidas a crear sociedades más justas y pacíficas y, por ende, benefician a todos(as) los(as) miembros(as) de la humanidad (sic).

Esta posición activa en contra de la discriminación ha empezado a desarrollarse gracias al artículo 4 de la CEDAW:

"La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considera discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y trato."

Este artículo da pie a que se desarrolle en la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, número 7142 del 2 de marzo de 1990, y en el Código Electoral¹¹ lo que se denominan acciones afirmativas o medidas correctivas, mal llamadas discriminación positiva¹². Tanto la Sala Constitucional como el Tribunal Supremo de Elecciones han conocido casos dirigidos a hacer valer las medidas correctivas.

En lo que respecta a la Sala Constitucional, vamos a encontrarnos, otra vez, con la característica de las contradicciones en la aplicación de las medidas correctivas. Por ejemplo, en el voto 716-98, la Sala claramente justifica la aplicación de las mismas de la siguiente forma:

"De allí que tanto a nivel internacional como nacional existan regulaciones específicas tendentes a abolir determinadas formas de discriminación, aún cuando deberían serlo en virtud del principio general de igualdad. Pero tanto la Comunidad Internacional como los legisladores nacionales han considerado que, en determinados casos –como el de la mujer– se hacen necesarios instrumentos más específicos para lograr una igualdad real entre las oportunidades –de diferente índole– que socialmente se le dan a determinadas colectividades. Así, en el caso específico de la mujer –que es el que aquí interesa– dada la discriminación que his-

11. El numeral 5 de la Ley de Promoción Social de la Mujer ordena a los partidos políticos incorporar en sus estatutos mecanismos eficaces que promuevan y aseguren la participación efectiva de las mujeres en los procesos electorales. De los artículos 58, inciso n) y 60 del Código Electoral se deriva la obligación que tienen los partidos políticos de incluir en sus estatutos el mecanismo que asegure esa participación en porcentaje del 40% en la estructura partidaria.

12. Discriminación positiva y acción afirmativa son términos que crean confusión. Al hablar de acción afirmativa pareciera que se otorgan las medidas como un beneficio cuando en realidad son medidas compensatorias con respecto a la desigualdad real en que se encuentran los grupos discriminados. Discriminación positiva es un término aún más incorrecto, pues pareciera que se está aceptando la discriminación de un grupo para favorecer a otro. Las medidas correctivas no discriminan a ningún grupo, su propósito es eliminar privilegios que puedan gozar algunos grupos en razón de su sexo, color, clase, etc.

tóricamente ha sufrido y el peso cultural que esto implica, se ha hecho necesario la promulgación de normas internacionales y nacionales para reforzar el principio de igualdad y lograr que tal principio llegue a ser una realidad, de modo que haya igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en especial en cuanto al acceso a los cargos públicos de decisión política se refiere. Como ejemplo de dichos instrumentos están la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, a nivel internacional, y la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, N° 7142, a nivel interno. La existencia de regulaciones en concreto para erradicar la discriminación contra la mujer hace patente que ello es un problema real y de tal magnitud que obliga a regulaciones específicas, ya que las generales son insuficientes, aún cuando, en definitiva, aquéllas no son más que una derivación y explicitación del contenido de las últimas. Es por ello que, entratándose de la discriminación contra la mujer, el análisis debe plantearse desde otra perspectiva, dado lo sutil que muchas veces resulta tal violación al principio de igualdad y al hecho de que, en no pocas ocasiones, forma parte del status quo socialmente aceptado. En este orden de ideas, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que tal discriminación no sólo se produce por una actuación positiva del Estado, sino que muchas veces es producto de una omisión, como lo es el denegar el acceso a cargos públicos a la mujer."

Como vemos, la Sala declara con lugar el recurso de amparo interpuesto estableciendo que la administración pública violó la normativa internacional y nacional al presentar solo a hombres en la elección de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Es decir, establece que las medidas correctivas en el ámbito público no son inconstitucionales, abriéndose así las puertas a la efectiva aplicación de las medidas correctivas en el ámbito político y electoral. Con la obligatoriedad que tienen los votos de la Sala por ser *erga omnes*, establece que la administración pública debe promover el nombramiento de mujeres en equilibrio con el de los hombres en cargos públicos.

Sin embargo, en otras situaciones similares no existe una posición clara de la Sala respecto de estos mismos principios. Un ejemplo de esta discrepancia

jurisprudencial es el caso de unas educadoras afiliadas al Sindicato de Trabajadores de la Educación Costarricense, quienes en tal condición fueron nombradas como delegadas por la Confederación de Trabajadores Rerum Novarum para participar en la Sesión Plenaria de la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular que se celebró el 1° de agosto de 1998. En ella se nombrarían los representantes ante la Junta Directiva Nacional y los integrantes del Directorio Nacional de la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular y de Desarrollo Comunal. Al momento de llevarse a cabo la elección no salió electa ninguna mujer para ocupar cargos en el Directorio ni en la Junta Directiva.

Fundamentadas en la Ley de Promoción Social de la Mujer y en el voto 716-98, las trabajadoras interpusieron recurso de amparo contra la Asamblea General del Banco Popular y de Desarrollo Comunal por actos discriminatorios en la elección de la junta directiva (folio 1). Para ello se basaron en una moción presentada por la Comisión de la Mujer en la sesión plenaria número 24 de la Asamblea de Trabajadores, realizada el 7 de marzo de 1998, la cual contó con el apoyo plenario de la Asamblea, que resolvió aplicarla en el momento en que fuera preciso. Dicha moción buscaba asegurar que en los puestos de elección se respetaría y aplicaría la cuota mínima de participación por sexo, fijada por ley en un cuarenta por ciento.

Sin embargo, señalan ellas, tal acuerdo fue incumplido por los órganos de dirección del Banco Popular en la Asamblea celebrada el primero de agosto. Añaden que la Asamblea de Trabajadores de ese banco aprobó un reglamento electoral que fijó el procedimiento para la elección de la Junta Directiva Nacional y el Directorio Nacional. Tal reglamento otorga dos posibilidades de elección: en forma nominal o por papeleta. La Asamblea optó por utilizar este último sistema, y la papeleta quedó integrada solo por hombres, discriminando de esa forma a las mujeres y desconociendo el acuerdo anterior, así como la normativa legal nacional e internacional sobre discriminación por razón de sexo. En consecuencia, consideran violado en su perjuicio el artículo 33 de la Constitución Política y la CEDAW, ratificada por Costa Rica mediante Ley número 6968 del 2 de octubre de 1984¹³.

13. Voto 2166-99, Sala Constitucional de Costa Rica.

Los recurridos solicitan declarar sin lugar el recurso, con base en las siguientes argumentaciones:

- 1) La Confederación de Trabajadores Rerum Novarum remitió el 13 de julio de 1998 la lista de delegados propietarios y suplentes que la representarían en la Asamblea Nacional de Trabajadores y en ella figuran las recurrentes.
- 2) Del total de 290 delegados que integran la Asamblea General, las organizaciones de trabajadores que la conforman nombraron en conjunto a 50 mujeres, por lo que los mismos sectores, incluyendo el de las amparadas, no respetaron el 40% de la representación femenina que reclaman las actoras.
- 3) A la totalidad de los 290 delegados de la Asamblea de Trabajadores les asiste el derecho absoluto de elegir y ser electos en los puestos de dirección del Banco Popular, por lo que, mediante sufragio, la mayoría de delegados presentes acordó, para la Asamblea del 1º de agosto de 1998, utilizar el procedimiento de elección por papeleta. Fue la Asamblea de Delegados y no la Asamblea Nacional de Trabajadores, la que decidió utilizar dicho sistema y el modo de su conformación.
- 4) La mesa principal solicitó a todos los delegados que presentaran las respectivas papeletas para elegir, primero, al Directorio Nacional de la Asamblea de Trabajadores, y, después, a los cuatro miembros propietarios y suplentes de la Junta Directiva Nacional. La totalidad de los delegados presentes definió presentar solo dos papeletas para cada una de las votaciones, y solo participaron mujeres (en número de dos) en una de las dos papeletas presentadas para la elección: la que resultó perdedora.
- 5) Lo acordado en la XXIV Sesión Plenaria de la Asamblea de Trabajadores, celebrada el 6 de marzo de 1998, fue instar a las organizaciones que conforman cada uno de los sectores representados en la Asamblea Nacional de Trabajadores, para que, al momento de nombrar a sus delegados, lo hicieran garantizando la participación femenina en un cuarenta por ciento, considerando que si no atendieron esa solicitud, la responsabilidad es de ellos y no de su representado.

Los(as) magistrados(as) de la Sala Constitucional, con voto salvado de dos de ellos, después de determinar que las delegadas no habían sufrido discriminación y no se les había lesionado "derecho fundamental alguno", afirmaron:

"No pueden pretender las recurrentes que esta Sala anule la elección de los miembros de la Junta Directiva Nacional y Directorio Nacional, si la misma se llevó a cabo a través de un procedimiento previamente establecido y donde todos los delegados, sean hombres o mujeres, tuvieron la misma posibilidad de formar papeletas y así resultar electas. En consecuencia, el recurso debe ser declarado sin lugar".

Es obvio que esta sentencia de la Sala Constitucional costarricense se fundamenta en un concepto ya superado de la igualdad, cual es la igualdad formal y por ello rechaza la acción. En sus considerandos determinan que las mujeres gozaron de las mismas oportunidades de ser electas que sus compañeros varones, sin referirse a que en la elección solo hubo una candidata mujer, con lo cual numéricamente no tenían las mismas oportunidades de ser electas, e invisibilizando las condiciones diferentes por razones de género y las desigualdades entre hombres y mujeres que sí reconocen las normas jurídicas en que se basan las accionantes para interponer el amparo.

En cuanto al Tribunal Supremo de Elecciones, la resolución 1863 se basa en una solicitud presentada por la Directora del Instituto de la Condición de la Mujer, en la que pide se revise lo acordado por el tribunal en relación con las cuotas de participación de las mujeres en las papeletas diputadiles y municipales y en las designaciones de las asambleas de partidos políticos. El tribunal determina que la accionante no tiene legitimación para solicitar la revisión, pero que de oficio el tribunal decide resolver.

En el considerando, la Magistrada León Feoli hilvana, en forma excelente, toda una argumentación jurídica basada en normativa constitucional, tratados internacionales de derechos humanos y legislación ordinaria. Revoca el acuerdo en revisión y establece:

"El cuarenta por ciento de participación de las mujeres en las papeletas para la elección de diputados, regidores y síndicos debe ser en puestos elegibles..."

El Registro Civil no inscribirá las nóminas de estos candidatos cuando no se ajusten a estos parámetros. Tampoco acreditará las reformas estatutarias ni las actas de las asambleas, cuando de éstas o del informe de los delegados de este tribunal se determine que no se cumplió con lo establecido."

Esta resolución del Tribunal Supremo de Elecciones definitivamente hace historia en los derechos políticos de las mujeres y, por ende, en el Derecho Constitucional costarricense, al dar un paso más hacia la igualdad real en el ámbito de participación política.

El tribunal reitera dicha posición en la resolución 2837, donde se solicita adición y aclaración de la resolución 1863. Determinando:

"La cuota del cuarenta por ciento de representación femenina en puestos elegibles es un mínimo que, como tal, puede aumentar a su favor, incrementando esa representación pero no a la inversa."

Propone la resolución varios mecanismos para lograr su efectividad como son el de listas alternas en la conformación de papeletas, o el método histórico promedio de los resultados obtenidos en contiendas electorales en las que han participado. En el por tanto de dicha resolución, determinan que se debe entender por puesto elegible:

"aquél que se asigna a una persona con posibilidades reales de ser electa y ello debe ser considerado individualmente en la conformación de las papeletas de cada provincia."

Vemos, entonces, que estas resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones, como el voto 716-98 de la Sala Constitucional, dan pasos sólidos para la reconceptualización de la igualdad de género basada en la CEDAW, es decir, en una igualdad sustantiva real y no en una igualdad formal ficticia. Sin embargo, la jurisprudencia contradictoria de la Sala y de los Tribunales de Justicia nos demuestra que la igualdad sustantiva todavía no ha sido completamente aceptada por el Derecho Constitucional de este país y probablemente tampoco por todos(as) los y las costarricenses.

4. Aplicación del principio de igualdad en el ámbito laboral

Las estructuras laborales, en Costa Rica, parten de un modelo de trabajo definido por la experiencia e intereses de los hombres. Para tener acceso a puestos de trabajo, mantenerlos, lograr ascensos y reconocimientos, las mujeres deben hacer todos los esfuerzos para integrarse al esquema masculino de esta estructura. El patriarcado ha creado una serie de mecanis-

mos que obstaculizan a las trabajadoras la exigencia y demanda de necesidades y deseos propios. Este androcentrismo de las estructuras de trabajo trae como consecuencia la discriminación y segregación laboral, que se manifiesta en dos vías, las cuales tienen un impacto directo en el salario de las mujeres y, por consiguiente, en la cantidad de poder de que gozan:

- 1- La discriminación horizontal, donde las reclusiones femeninas en el ámbito privado, basadas en la construcción de roles y estereotipos sociales, estructuran la división sexual del trabajo. (De esta forma se asignan, por sexo, labores tradicionales: por ejemplo, docencia, enfermería, trabajo doméstico a las mujeres; mecánica, medicina, ingeniería a los hombres).
- 2- La discriminación vertical, que coloca a las mujeres en posiciones de subordinación y sumisión con respecto a los hombres, y desvaloriza las responsabilidades que se les asignan.

Como ya hemos señalado, el reconocimiento del principio de igualdad es el primer paso dado por el Derecho Constitucional costarricense para combatir la discriminación. El artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica es un ejemplo claro de esto, en tanto afirma que *"toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana"*.

El artículo 11 de la CEDAW reafirma el principio de no discriminación en la esfera laboral y es reforzado y complementado por los artículos 1 y 5 del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) acerca de la discriminación en el empleo y la ocupación, el cual fue ratificado por el Estado costarricense.

Por ende, podemos afirmar que existe suficiente normativa constitucional para asegurar el cumplimiento del principio de igualdad de género en el ámbito laboral. Sin embargo, cuando se examinan los votos de la Sala Constitucional referentes al tema vamos a encontrarnos con la misma constante citada con anterioridad. Tenemos sentencias claramente sexistas por parte de la Sala, como aquellas que incorporan la perspectiva de género y el principio de la igualdad sustantiva.

Por ejemplo, el voto 3150-94 declara sin lugar una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 104 del Código de Trabajo, por violar el artículo 33

referente al principio de igualdad, y los artículos 58 y 59 de la C.P. que establecen una jornada de ocho horas diarias y cuarenta y ocho a la semana y un día de descanso después de seis días consecutivos de trabajo, y el Convenio 111 de la OIT. El artículo cuestionado establece una jornada de doce horas diarias y medio día de descanso semanal para el servicio doméstico. Los señores magistrados declaran sin lugar la acción argumentando:

"La normativa cuestionada no introduce una arbitraria distinción o una desigualdad contraria a la dignidad humana, pues como se ha dicho, el servicio doméstico es una situación excepcional que como tal no puede ser igualada a otros casos como la agricultura, la industria u otros servicios, pues obviamente no se está en igualdad de circunstancias, ni existe una igualdad en el criterio de comparación, el que es un requisito esencial para poder establecer la posibilidad de circunstancias distintas."

Obviamente, esta sentencia es un ejemplo claro de la dificultad que todavía tienen algunos magistrados para entender la naturaleza de la discriminación horizontal que sufren las mujeres en el ámbito laboral. Y decimos algunos porque como se desprende del voto salvado que transcribimos a continuación, no todos los magistrados conciben la igualdad de similar manera. Veamos:

"Ha de entenderse que este tratamiento "excepcional" a que se hace referencia no puede ser arbitrario y no debe, bajo ninguna circunstancia, lesionar los derechos fundamentales de los trabajadores. En primer término debemos recalcar un hecho que es evidente e indiscutible: en nuestro país un altísimo porcentaje de los llamados servidores domésticos, es decir, de aquellas personas que se dedican en forma habitual y continua a labores de aseo, cocina, asistencia y demás propias de un hogar, residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono, según lo define el Código de Trabajo, son mujeres. En nuestra cultura, el trabajo doméstico, remunerado o no, ha sido y es considerado "labor de mujeres". Ahora bien, no estimamos que la naturaleza de la labor desempeñada por las servidoras domésticas sea uno de esos casos de excepción muy calificado, que amerite que se limiten sus derechos laborales. Por el contrario, parece que las disposiciones del Código de Trabajo que se refieren a las empleadas domésticas son una reacción del legislador, a tono con las percepciones de una cultura que subordina a la mujer, que se fundamenta

en una concepción devaluada del trabajo doméstico que suele hacer la mujer, sea como esposa, ama de casa, empleada doméstica, etc. Es decir, se parte, en última instancia, del hecho de que la mujer que trabaja en la casa, realizando labores domésticas, realmente no trabaja, de allí que la labor que realiza no tiene por qué remunerarse. Al desvalorizarse el trabajo doméstico, realizado casi en forma exclusiva por mujeres, el legislador se creyó "legitimado" para hacer excepciones que no se justifican en una sociedad moderna, propiciándose así una doble discriminación: en razón del género y en relación con los demás trabajadores. De allí que las excepciones contenidas en los incisos c), d) y e) del artículo 104 cuestionado, son discriminatorias y violan tanto el principio de igualdad del artículo 33 de la Constitución, como el derecho a la jornada ordinaria de trabajo diurno de ocho horas diarias y el derecho al día de descanso semanal, contenidos, respectivamente, en los artículos 58 y 59 de la Constitución. Al considerar que las "excepciones" dispuestas en el artículo 104 cuestionado, lo son en razón del género de quienes desempeñan el trabajo doméstico, resultan también violatorias de lo establecido en los artículos 2 incisos d), f) y g), 4, 5 inciso a) y 11, principalmente, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por ley número 6969 del dos de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.

... La discriminación apuntada resulta más evidente si examinamos el artículo 143 del Código de Trabajo, que establece cuáles trabajadores quedan excluidos de la limitación de la jornada de trabajo. Estos son: los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza, los agentes comisionistas y los empleados similares que no cumplen su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñen funciones discontinuas o que requieran de su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornadas de trabajo. Se trata, ya sea de trabajadores que ocupan puestos de alta jerarquía, y cuentan, por ello, con beneficios que compensan la ampliación de la jornada, o de personas a las que, por la naturaleza misma de las labores que desempeñan, no les resulta necesario estar sometidas a la jornada laboral de ocho horas, por lo que sus derechos laborales no son lesionados con esta norma y en todo caso, se establece una jornada máxima de doce horas diarias, con un descanso mínimo de una hora y media. Por el contrario, para las trabajadoras domés-

ticas, la jornada laboral regular es de doce horas, con tan sólo una hora de descanso y tal excepción no corresponde a ninguno de los supuestos del artículo 143 citado. Por el contrario, diversos factores como la fatiga misma del trabajo que desempeñan, los bajos salarios que reciben, y la tendencia social a desvalorizar el trabajo doméstico, ameritan que el legislador, en lugar de disminuir sus derechos laborales, aumentando la jornada laboral y disminuyendo el tiempo de descanso, los fortalezca y proteja a las trabajadoras domésticas de cualquier forma de discriminación."

Consistentes con su inconsistencia, nos vamos a encontrar sentencias donde claramente se incorpora la perspectiva de género y la igualdad real, como es el caso de los votos 4666-96 y 2648-94.

En el voto 4666-96 un grupo de policías interponen un recurso de amparo en contra de la Escuela Nacional de Policía por excluir a las mujeres en cursos de capacitación, argumentando que esta exclusión incide en las expectativas de mejoras laborales de las accionantes.

La dirección de la Escuela Nacional de Policía alega que la exclusión se debe a que no cuentan con instalaciones adecuadas para recibir a las alumnas, lo que sí sucede con respecto a los compañeros varones.

La Sala determina al respecto:

"...la discriminación alcanza a la esfera de derechos laborales de las recurrentes, pues es evidente que la exclusión que se les ha impuesto las coloca en una posición de desventaja con respecto a las oportunidades laborales de los funcionarios incorporados a los cursos: lo que ocurre es que de esta manera el sistema tiende a reproducir la desigualdad por razón del género, que la Constitución enérgicamente proscribe (así, en la cláusula general de igualdad del artículo 33)."

Otro caso es la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 49 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social. Se argumentaba que violaba el derecho a la igualdad al establecer: a) condiciones diferentes a la conviviente que se le ha muerto su compañero respecto a la viuda, b) diferencias a la mujer conviviente que no ha procreado hijos con respecto a la que sí, y c) el derecho de pensión se otorga únicamente a la mujer conviviente y no al hombre.

El voto 1569-91 de la Sala Constitucional determinó, respecto de la diferente regulación entre la viuda y la conviviente, lo siguiente:

"Así, el requisito que se exige a la conviviente que se solicita el beneficio de pensión en el sentido de que para ser beneficiaria debe haber dependido económicamente del asegurado fallecido -lo que no se exige a la viuda- es discriminatorio pues no tiene ningún fundamento racional, por lo que es contrario a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política y debe ser anulado del ordenamiento jurídico. En consecuencia, se anula, del párrafo primero del artículo 49 del Reglamento del Seguro de Invalidez."

Esta sentencia viene a reforzar el desarrollo normativo que reconoce iguales derechos a la unión de hecho con respecto al matrimonio, a pesar de que persisten resistencias sociales que niegan esta igualdad.

En cuanto a las diferencias que se plantean entre la conviviente que ha procreado y la que no, la Sala determinó:

"Así, el requisito de convivir cinco años en caso de no tener descendencia para ser beneficiaria de una pensión es una diferenciación que no tiene fundamento racional alguno y, por ende, resulta contrario al principio de igualdad que establece el artículo 33 de la Constitución Política."

De nuevo la sentencia desvirtúa el reglamento, que parte de una valoración de la procreación como el fin primordial de la unión de una pareja, pronunciándose a favor del socorro y ayuda mutua de la pareja como el argumento fundamental para gozar del derecho de pensión.

Por último, en lo que respecta a que el derecho únicamente se otorga a la mujer conviviente y no al hombre, la Sala determinó:

"El hecho de que esa norma no otorgue el mismo derecho al conviviente que el que otorga a la conviviente la torna inconstitucional, ya que establece una diferenciación irracional en el trato que se da a uno y otro, sin que esta Sala encuentre alguna justificación para ello. Debe entonces, entenderse que los derechos que la norma cuestionada otorga a la compañera del asegurado, también los otorga al compañero de la asegurada."

Es evidente que la Sala todavía no ha entendido que este tipo de discriminaciones también se dan contra las mujeres al no permitirles brindar a sus compañeros los mismos beneficios que otorgan los hombres a sus compañeras. Es muy posible que la razón de dicho reglamento no se deba a un afán de discriminar contra los hombres, sino más bien, a que la mujer no aporta económicamente a la institución en la misma medida que el hombre, debido a la discriminación salarial y, por ende, no se le quiera conferir derechos iguales a los de estos.

5. Aplicación del principio de igualdad en el ámbito de la salud reproductiva

En definitiva, el derecho a la igualdad en el ámbito de la sexualidad y la salud reproductiva es uno de los temas más controversiales en las sociedades tradicionalmente católicas. Peor aun si la religión del Estado, establecida constitucionalmente, es la religión Católica, Apostólica, Romana, como lo establece el artículo 75¹⁴ de la Constitución Política de Costa Rica. No es de extrañar que las mujeres costarricenses hayan encontrado múltiples obstáculos para el goce de sus derechos reproductivos.

Sin embargo, a pesar de estos obstáculos, el movimiento por los derechos humanos de las mujeres ha dado una lucha incansable para lograr el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en todos los ámbitos, incluido el ámbito constitucional. Veamos unos ejemplos:

En el año 1992, miembros del movimiento presentan una acción de inconstitucionalidad contra la interpretación de los artículos 5 y 12 del Decreto Ejecutivo número 18080-S que realiza el Comité de Reproducción Humana del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, en cuanto exige a la mujer el consentimiento del esposo para ser esterilizada:

"Interpretar ese artículo de la forma que se alega se ha venido haciendo, sin duda alguna resulta lesivo de los principios de igualdad y no discriminación, libertad, igualdad en el matrimonio, y en tal razón contrario a los principios inspiradores de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre Derechos Hu-

manos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales —estos últimos en los artículos relativos a la igualdad de la mujer—, y la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer. Esa interpretación equivale, igualmente, a considerar la maternidad como una obligación de la mujer, superior a su derecho a la salud o a la vida misma."

Es de suma importancia resaltar la prioridad que da la sentencia al derecho a la salud y a la vida misma de la mujer respecto de la maternidad. Sienta de esa manera un precedente en lo que respecta a la salud reproductiva de las mujeres y la igualdad en este aspecto. Sin embargo, se mantiene el reglamento que exige la autorización del Comité de Reproducción Humana a cualquier persona que desea una esterilización. Formalmente no hay discriminación, pero es obvio que las mujeres no pueden gozar del derecho a la esterilización en igualdad con los hombres, ya que estos, por razones biológicas, pueden hacerse la esterilización en la oficina de un doctor, mientras que las mujeres deben hacérsela en un hospital. De hecho, los hombres no necesitaban la autorización del comité, mientras que las mujeres sí.

Por eso, algunos años después, un nuevo decreto ejecutivo en cuanto a esterilizaciones, deja a libertad de las personas la decisión de esterilizarse o no, sin necesidad de autorización de una entidad pública o una asignada por el Estado. Pero en un Estado católico patriarcal, no falta quien se oponga a la igualdad y libertad en este ámbito. Así, de nuevo se interpone una acción de inconstitucionalidad, esta vez contra el decreto que deja a libertad de las personas la decisión de esterilizarse.

El accionante argumentó que el decreto era inconstitucional porque violaba los derechos a la integridad física, a la reproducción y a la vida.

La Sala, en voto 11015-00, determinó la constitucionalidad del decreto al no violar ningún derecho de los alegados por el accionante.

No se puede hablar de igualdad y salud reproductiva sin mencionar el voto de la Sala N° 2000-02306, referente a una acción de inconstitucionalidad contra el decreto 24029-S en cuanto a fecundación in

14. Artículo 75, Constitución Política de Costa Rica: "La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres."

vitro y transferencia de embriones. El accionante arguye la violación de los artículos 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵, el 6.1 de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 21 de la Constitución Política¹⁶. La técnica regulada en dicho decreto implica una elevada pérdida de embriones, por lo que la pregunta será: ¿cuándo comienza la vida humana?

La Sala Constitucional responde de la siguiente forma:

"¿Cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto—célula sexual o germinal—llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal—se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva—primer esbozo del sistema nervioso—; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa

entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable."

La Sala Constitucional decide:

"Se declara con lugar la acción. Se anula por inconstitucional, el Decreto Ejecutivo N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995. Esta declaratoria es retroactiva a la fecha de vigencia de la norma impugnada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe..."

Con esta sentencia se prohíbe en Costa Rica la fecundación in vitro y transferencia de embriones.

Esta interpretación es contraria al derecho que tienen las mujeres de disponer de su propio cuerpo y hace más difícil el reconocimiento del derecho al aborto, incluso en situaciones tan graves como cuando la vida de la mujer está en riesgo o cuando es víctima de un embarazo no deseado producto de una violación.

Dos de los magistrados de la Sala Constitucional, en un voto salvado, disienten respecto a que realmente se viole el derecho a la vida:

"La Técnica de Fecundación In Vitro, en los términos en que se regula en el Decreto Ejecutivo N°24029-S, no es incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad humana, sino que por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concedido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad, a nuestro juicio, debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad,

15. "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

16. Art. 21: "La vida humana es inviolable."

por lo que debe ser atendida dentro de este contexto, a los efectos preventivos, diagnósticos y terapéuticos."

6. Conclusión

En definitiva, la incorporación del Derecho Internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional costarricense, como normas supra-constitucionales, ha venido a reconceptualizar el principio de igualdad en el ordenamiento jurídico en sentido positivo. Estos instrumentos jurídicos han permitido sustentar recursos o acciones en la administración de justicia constitucional, dando pie a un análisis más real del principio de igualdad en diversos campos del quehacer social costarricense. Esto nos lleva a concluir que las defensoras de los derechos humanos de las mujeres cuentan con fuentes de aplicación jurídica suficientes para una buena argumentación en defensa del principio de igualdad. Quizá las principales lagunas jurídicas para hacer efectiva la igualdad de género se dan en el ámbito de la salud reproductiva, que requiere aun de mayor desarrollo y reconocimiento.

En algunos de los casos, los avances para la igualdad real en las relaciones de género han sido importantísimos, como es el caso de la aplicación de las cuotas en el ámbito político electoral, que abre las puertas a una mayor participación de las mujeres en la toma de decisiones del Estado. Por otro lado, tenemos el efecto adverso de las decisiones de la Sala, como es el caso del voto 2306-00 con respecto a la fecundación in vitro y transferencia de embriones, en el cual la jurisprudencia, de un plumazo, trata de borrar los avances logrados por la ciencia y da pasos hacia atrás en lo que respecta al derecho de las mujeres a disponer de su propio cuerpo.

Luego de 10 años de haberse realizado las últimas reformas fundamentales del Derecho Constitucional costarricense y de constatar que, a pesar de los avances también hay retrocesos, es recomendable que el movimiento de los derechos humanos de las mujeres, así como los órganos encargados de promover la igualdad entre mujeres y hombres, replanteen sus acciones, al menos en las siguientes áreas:

- 1- Divulgar el concepto de igualdad basado en la CEDAW y en la creencia de que todos los seres humanos somos igualmente diferentes en la sociedad en general.
- 2- Desarrollar esfuerzos encaminados a facilitarle a las mujeres el exigir sus derechos constitucionales en la administración de justicia.
- 3- Concientizar y capacitar a las personas encargadas de administrar justicia constitucional en la aplicación de los derechos humanos de las mujeres.
- 4- Desarrollar estrategias para la conquista de posiciones en las instancias de la administración de justicia constitucional¹⁷.
- 5- Promover reformas constitucionales que refuercen la igualdad de género.
- 6- Diseñar propuestas curriculares para el estudio del Derecho Constitucional, con una perspectiva de género, en las facultades de Derecho, escuelas judiciales y en cualquier otro recinto educativo que enseñe Derecho Constitucional.
- 7- Popularizar el Derecho Constitucional costarricense, incluyendo las sentencias de la Sala Constitucional, para que todas las personas se apropien de sus derechos y obligaciones y así puedan tomar las actitudes y acciones necesarias para fortalecer una democracia basada en el respeto por los derechos humanos de todas y todos.

17. Es interesante analizar la participación de la única mujer perteneciente a la Sala Constitucional con respecto a sus compañeros.