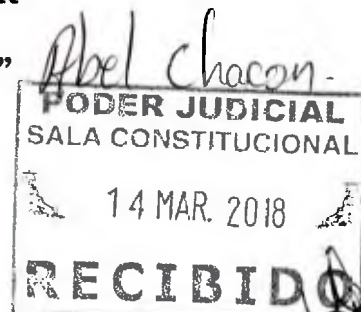


**CONSULTA FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD**  
**PROMOVIDA POR VARIOS DIPUTADOS RESPECTO DEL**  
**PROYECTO DE LEY NUMERO 19628 DENOMINADO:**  
**“LEY DE ACCIONES AFIRMATIVAS A FAVOR**  
**DE LAS PERSONAS AFRODESCENDIENTES”**

Exp: 18-4242.



Señores Magistrados y Magistradas de la Sala Constitucional

Corte Suprema de Justicia:

5.DIREC14MAR1810:0101

**Margarita Matarrita R.**

Los firmantes del presente documento, todos diputados de la Asamblea Legislativa en el período constitucional de 2014 al 2018, en uso de las atribuciones constitucionales y legales vigentes, formulamos a esta Sala la presente CONSULTA FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD, respecto del proyecto de ley número 19628 denominado “LEY DE ACCIONES AFIRMATIVAS A FAVOR DE LAS PERSONAS AFRODESCENDIENTES”, la cual solicitamos el trámite de rigor. Lo anterior con base en el fundamento legal que de seguido señalamos.

## I. IDENTIFICACION DEL PROYECTO DE LEY CONSULTADO

Sometemos a su consideración El Proyecto de ley número 19628, el cual se denomina “LEY DE ACCIONES AFIRMATIVAS A FAVOR DE LAS PERSONAS AFRODESCENDIENTES”. El mismo ingresó a la corriente legislativa el 18 de junio del 2015, presentado por la diputada Maureen Clarke Clarke y asignado el 9 de julio del mismo año para su estudio por la Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos y recibiendo dictamen de comisión el 30 de noviembre del 2016. A partir del 21 de noviembre del presente año se encuentra delegado a la Comisión Plena Tercera, recibiendo votación de primer debate el 29 del mismo mes.

## II. FUNDAMENTO LEGAL DE LA CONSULTA FACULTATIVA

Los suscritos diputados consultantes de este Proyecto, concurrimos a la Sala Constitucional con ocasión de la presente consulta, fundados en el artículo 10 de la Constitución Política que en lo que interesa, señala:

“Artículo 10. Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. (...) Le corresponderá además:

a)...

b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la Ley”.

Es esta disposición constitucional la que abre la posibilidad de que un proyecto como el que nos ocupa, sea llevado a su análisis y resolución, determinándose la constitucionalidad del mismo.

Por su parte la Ley de la Jurisdicción Constitucional Número 7135 es la que en su artículo 4 indica que la jurisdicción constitucional se ejerce a través de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, siendo la única competente para tal determinación. Finalmente es el artículo 96 inciso b del mismo cuerpo legal establece:

“Artículo 96. Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos:

a) ...

b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados.”

Así, con base en las disposiciones señaladas, es que se determina dicha responsabilidad a la Sala Constitucional, para que sea esta la que determine, previo a que el proyecto se convierta en ley de la República. si el mismo entraña alguna norma que roce con la Constitución, o en su defecto, se consigne que no tiene ningún alcance con violación a la misma y que al contrario, es conforme a esta. Es con base en lo anterior, que por estimarlo pertinente para un orden jurídico con apego a la constitucionalidad, que remitimos a su consideración el proyecto de marras. Es por creer que ningún acto legislativo ni proyecto de ley en especial, pueden estar por encima de la Carta Política ni de norma internacional vinculante, que remitimos para su análisis el Proyecto de ley Número 19628 el cual se denomina "LEY DE ACCIONES AFIRMATIVAS A FAVOR DE LAS PERSONAS AFRODESCENDIENTES".

### III. RESUMEN DEL PROYECTO

El Proyecto de Ley 19628, conocido como "LEY DE ACCIONES AFIRMATIVAS A FAVOR DE LAS PERSONAS AFRODESCENDIENTES", es de un articulado relativamente pequeño (7), pero que a la sazón, suficiente para mostrar claramente su pretensión. Es un proyecto que busca mediante acciones afirmativas, establecer mecanismos para dar un trato diferenciado a esta población, beneficiando a las personas que forman al grupo afrodescendiente en nuestro país. Para ello, el mismo determina en lo fundamental, acciones afirmativas en el empleo, en la educación. De

manera complementaria, el proyecto conlleva acciones afirmativas sobre participación política, autonomía económica, y acceso a la salud respecto de mujeres afrodescendientes.

#### IV. CONSIDERACIONES PREVIAS

El tema de las acciones afirmativas se ha planteado en variadas temáticas. A nivel internacional se conocen de variada legislación emitida en países como los latinoamericanos, referentes a temas como el que aquí nos ocupa.

Esta propuesta al establecer una diferenciación respecto de un grupo determinado de personas, busca implícitamente privilegiar a esa población en áreas o campos determinados, lo cual ha sido objeto de análisis por la Sala Constitucional Costarricense, especial cuando entra a analizar su vinculación con principios tan arraigados en nuestra normativa como lo es el principio de igualdad. Obviamente que han resaltado muchas resoluciones al respecto, tanto para dar alcances concretos al principio de igualdad, especial con ocasión a tratar iguales como iguales y desiguales como desiguales.

Solo para ilustrar, destacamos en lo que interesa, el voto de la Sala Constitucional Número 1372-1992 que afirmó:

*“La jurisprudencia constitucional a través de varios pronunciamientos ha logrado decantar el contenido del principio de igualdad establecido en el artículo 33 de la Constitución, señalando que por medio de él, se prohíbe hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, **sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales**, se acuerda, en principio, un trato igual a situaciones iguales y se posibilita un trato diferente a situaciones y categorías personales diferentes. Pero la exigencia de igualdad no legitima cualquier desigualdad para autorizar un trato diferenciado, para determinar si realmente se **justifica una discriminación, hay que analizar si el motivo que la produce es razonable**, es decir, si atendiendo a las circunstancias particulares del caso se justifica un tratamiento diverso.”*

Este voto nos ilustra respecto del principio de igualdad, su contenido, así como los alcances de la misma desigualdad y el carácter **razonable** que permita atender a las circunstancias concretas del caso a efectos de ser aceptables para tratos diferenciados. Con mayor claridad quizás, la sentencia de la Sala Constitucional Número 1045-94 de las 11:51 horas del dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, indicó:

"El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, implica que en todos los casos, se deba dar un trato 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 esta Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que 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 ocurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva."

En resumen, estamos frente a un caso que vincula al principio constitucional de la igualdad, y su relación con otros importantes principios del mismo nivel como la razonabilidad, en donde se pretenden incorporar plenamente a la vida nacional, a un colectivo tan particular como lo es el afrodescendiente. Es decir, se trata de valorar la constitucionalidad de las normas legales planteadas en el proyecto, en donde pretende establecer un trato diferenciado y privilegiado a esta población, para lo cual vincula este principio con otros derechos como el trabajo para el sector público, la educación y la cultura desde las

instituciones públicas, y la autonomía de las instituciones descentralizadas y territoriales.

## V. FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA CONSULTA

La presente consulta de constitucionalidad sobre el proyecto de ley Número 19628, se establece sobre los siguientes razonamientos, relacionando los artículos del proyecto, con los temas constitucionales que consideramos generan posible roce. Estos fundan el sustento de la misma.

### **1. Consulta de Constitucionalidad sobre el artículo 1 y 3 del Proyecto de Ley y los principios de legalidad, seguridad jurídica.**

Esta disposición hace una declaración de interés nacional, sobre la elaboración, implementación y divulgación de acciones afirmativas en beneficio de las personas que integran el colectivo étnico afrodescendiente en Costa Rica.

Al respecto, el proyecto pretende beneficiar al colectivo étnico afrodescendiente, pero careciendo de precisión en la determinación de los integrantes del mismo. Creemos que se trata de un concepto poco exacto que bien podría atraer confusión a la hora de determinarse la procedencia o no de un eventual derecho, con ocasión de un reclamo concreto a una de las acciones afirmativas.



Ya conocemos que existen muchos afrodescendientes que por sus rasgos personales, no lo parecen y en consecuencia podrían beneficiarse de una condición que no les haya afectado positiva ni negativamente y otros que pareciéndolo, no lo fueren por la cantidad de cruces existentes en nuestra población desde tiempos lejanos. De tal manera que con ocasión de tal imprecisión en la determinación de los beneficiarios concretos a esta alternativa legal, es que consideramos un eventual roce constitucional respecto del principio de legalidad y seguridad jurídica, que obliga a la Administración a actuar conforme a una previsión concreta que haga la ley y nunca dejando márgenes de indefinición o de discrecionalidad no autorizadas por la misma ley. Con lo anterior, se dejaría en manos del operador administrativo del derecho, resolver situaciones que la norma no las precisó, afectándose dicho principio de seguridad jurídica y el de legalidad. Ello es recogido en forma resumida en resolución de la Sala Constitucional al afirmar lo siguiente:

“El principio de legalidad significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar sometidos a la ley, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídico, es lo que se conoce como el principio de juridicidad de la Administración, sea que las instituciones públicas solo pueden actuar en la medida en la que se encuentre apoderadas para hacerlo por el mismo ordenamiento y normalmente a texto expreso, en consecuencia solo le es permitido lo que esté constitucionalmente y legalmente autorizado en forma

expresa y todo lo que no les esté autorizado, les está vedado”.

(Sentencia No. 962-12)

Por su parte el artículo 3 del Proyecto obliga a toda Institución Pública a destinar al menos el siete por ciento de las vacantes que hubieren al año, para ser ocupadas por la población afrodescendiente. Esta afirmación del proyecto, no excluye institución alguna; al contrario, señala de manera concreta que todas las instituciones públicas tienen esa obligación. Lo anterior, no clarifica a qué parte del aparato estatal se refiere la norma; será en el concepto de Administración Pública –Estado y sus entes-, o solo los tres Poderes y las instituciones descentralizadas? En fin, con ello nos permitimos consultar la posibilidad o no de roce con la Constitución de ambos artículos, especialmente en cuanto se refiere al principio de legalidad y de seguridad jurídica bien reconocidos en múltiples resoluciones de esta Sala.

**2. Consulta de Constitucionalidad sobre el artículo 4, 5 y 7 del Proyecto de Ley y la autonomía constitucionalmente reconocida a entes autónomos.**

Igualmente planteamos la consulta respecto de estos artículos, en su roce con el Título XII y Título XIV del Régimen Municipal y de las Instituciones Autónomas, ambas con un adecuado régimen de autonomías ampliamente valorado y ponderado por la misma Sala

en sus múltiples votos. Lo anterior lo señalamos por cuanto el Proyecto de Ley sí que se mete en el régimen de empleo de las mismas, tanto las Instituciones autónomas como en las municipalidades, -pues no hace distinción alguna-obligándolas a atender en un porcentaje determinado (7%), el ingreso de personal afrodescendiente. Además, que las obliga a un procedimiento particular en el caso de que se nombrasen a no afrodescendientes. Si los objetivos institucionales de otras instituciones autónomas, o municipalidades, se dirigen a un tipo particular de eventual personal vacante a contratar, con particularidades en su formación e idoneidad, podrían verse afectadas si el Proyecto de Ley establece esa preferencia o trato diferenciado. En este punto es necesario destacar también el artículo 4 de la propuesta legislativa, cuando de manera específica obliga al Instituto Nacional de Aprendizaje, también a destinar de sus vacantes, un siete (7%) para que participe de manera concreta la población afrodescendiente, salvo que no tuvieren la idoneidad establecida o no se presentaren a los concursos correspondientes. Como Institución Autónoma, este Instituto encarna una autonomía derivada de los artículos 188,189 y 190 cuya posible inconstitucionalidad estimamos necesario hacerla saber y por esta vía consultarla de manera puntual. Con relación a esta Institución aplica también lo señalado anteriormente en cuanto se limita la autonomía respecto de las posibilidades de contratación de personal, dando una igual oportunidad a afrodescendientes como

los demás, siendo que con esta propuesta, contando todos con los requisitos legales, es lo cierto que la ley obliga a escoger -por ese porcentaje establecido- exclusivamente al afrodescendiente. Igual razonamiento aplica respecto del Instituto Nacional de las Mujeres, y la afectación de la autonomía constitucional a dicha entidad.

En la misma línea de pensamiento, encontramos el artículo 5 del Proyecto de ley que responsabiliza al Consejo Superior de Educación, órgano de rango constitucional, establecido en el Artículo 81 de la Carta Política, para llevar adelante la “dirección general de la enseñanza oficial”. Es decir, que el constituyente valoró responsabilizar a un órgano constitucional denominado Consejo Superior, para que bajo la presidencia del mismo Ministro del ramo, determine y lleve adelante los procesos de enseñanza pública en el país, es decir, lleve adelante la dirección general de la enseñanza oficial. Congruentes con lo anterior, nos asalta la duda de si este rango constitucional dado al Consejo Superior, para que dirija la enseñanza oficial (Artículo 81 constitucional), viene a ser vulnerada por el artículo 5 del proyecto en mención, el cual más bien le establece una obligación al mismo para que haga cumplir con la acción afirmativa que contiene el mismo artículo en cuanto a “programas educativos” tanto en primaria como en secundaria, en los cuales deben agregarse en sus temarios el estudio sobre el legado de las personas afrodescendientes en Costa Rica en la conformación de la Nación en sus expresiones culturales, en un enfoque histórico

comprensivo y realista que promueva la investigación sobre la esclavitud y estigmatización que ha sido objeto esta población. Realmente la propuesta sí viene a intervenir de manera determinante en los programas educativos tanto para estudiantes de primaria como de secundaria, que debe llevar adelante el Consejo Superior de Educación. Al respecto terminamos por preguntarnos lo que ocurrirá si el ente constitucionalmente establecido para llevar adelante la dirección general de la enseñanza oficial, no estuviere de acuerdo con uno o varios de los contenidos del artículo 5 del Proyecto de ley una vez convertido en tal?

**3. Consulta de Constitucionalidad sobre el artículo 3 y 4 del Proyecto de Ley y los principios de igualdad y el derecho al trabajo y empleo público.**

También es nuestro deseo poner en consideración de la Sala Constitucional el eventual roce que justifica también esta consulta facultativa, del artículo 3 del Proyecto de ley -ya expuesto- pero ahora en relación con el artículo 33 y 56 de la Constitución Política. Hacemos esta consideración en virtud de que estas acciones afirmativas en beneficio de una determinada población, implican un trato diferenciado y privilegiado, para con el empleo con afectación del derecho del trabajo. El principio de igualdad nos lleva a aplicar un trato desigual para igualar situaciones o condiciones desiguales;

sin embargo, lo anterior debe analizarse "...si el motivo que la produce es razonable, es decir, si atendiendo a las circunstancias particulares del caso se justifica un tratamiento diverso." (Vcto de Sala Constitucional No.1372.1992).

Aún más, la misma Sala ha clarificado así:

"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 ocurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso." (Voto 1045-94).

Ahora bien, el derecho al trabajo es de alcance constitucional y obliga al Estado para que garantice el derecho de libre elección de trabajo (Artículo 56 de la Constitución Política). Por su parte la misma Constitución garantiza que los funcionarios públicos serán nombrados por idoneidad debidamente comprobada, pero en el presente caso las instituciones públicas están obligadas a destinar por año un siete por ciento para la población afrodescendiente. De ahí que mostremos preocupación con la propuesta legal en tanto que -a pesar de que el oferente cumpla con los requisitos legales y constitucionales, sea con la idoneidad comprobada- es lo cierto que

la propuesta legal además de afectar la libre elección del trabajo, no pareciera razonable que para arribar a una situación de igualdad de lo que es desigual, se tenga que utilizar el mismo mecanismo de desigualdad, afectando de manera directa el mismo derecho al trabajo y la garantía del Estado a la libre elección del mismo a los costarricenses u oferentes por igual. Es decir, como entender la constitucionalidad de este proyecto de ley, cuando frente a un derecho de alcance general como lo es el trabajo, de igual potencial derecho para cada oferente que tenga idoneidad, se establezca un porcentaje de exclusividad solo para un colectivo denominado de afrodescendiente. De otra manera, que frente a la igualdad de acceso para todos, con base en la idoneidad, se establece una desigualdad establecida por la misma ley, para que el 7% de las vacantes se otorguen a una población determinada. Será que por esta vía, podría el legislador establecer otros tratos de privilegio para otros grupos sociales, o étnicos que por razones determinadas, consideraran en un momento histórico y político, que lo ameritan, que es de justicia porque estuvieran considerados también como colectivos poblacionales relegados y llegar así a que la contratación en las Instituciones Públicas tenga porcentajes establecidos para grupos específicos, y que el derecho de y para todos, quede disminuido a otro porcentaje menor? Estamos frente a una propuesta que pretende ser inclusiva para con la población afrodescendiente, dándole un trato diferenciado y privilegiado a la misma, pero para

ello ni más ni menos que afectando o discriminando el mismo derecho de todos los demás. Cómo llegar a un posible equilibrio o supuesta igualdad, utilizando vías igualmente desiguales, discriminatorias en franco roce con las mismas disposiciones de la Constitución aquí señaladas.?

En otro voto de la misma Sala, se indica al respecto lo siguiente:

“Por ello, es válido que el legislador establezca determinados requisitos en tanto estos respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente previstos. La Sala ha considerado que la “idoneidad” a la cual alude la Constitución Política no se refiere solamente a las condiciones “académicas” o “físicas”, sino que se trata de un conjunto de elementos o factores de distinta naturaleza que en su conjunto provocan que una persona sea la más idónea para ocupar un cargo determinado. Si la Constitución Política dispone que la “idoneidad comprobada” es el requisito primordial a observar para acceder al **empleo público** y constituyendo aquella ley superior a cuyas disposiciones y principios se subordinan en el plano jurídico las personas y los poderes públicos, las normas inferiores necesariamente deberán respetar ese núcleo esencial por ella dispuesto...” (**Sentencias 14624-11, 17690-11**)

Es esta manifestación directa de la Sala al decir que la idoneidad no solo son condiciones académicas o físicas, sino también el conjunto de elementos o factores de distinta naturaleza que en su totalidad,



hacen que una persona oferente, sea más indicado para un tipo de puesto o trabajo en cualquier institución pública. Esto no puede ser tomado en cuenta en el proyecto de ley, que simplemente ante cumplimiento de requisitos legales y constitucionales, se debe escoger la oferta afrodescendiente. Pero esta disposición no está atendiendo el anterior contenido constitucional dado a la idoneidad, con lo cual estimamos surge la vulneración del mandato constitucional a la igualdad para con vacantes laborales en instituciones públicas, y a que se debe nombrar "...a base de idoneidad comprobada...", siguiendo la norma constitucional (Artículos 191 y 192) "Ahí descansa nuestra mayor duda sobre la constitucionalidad de esta propuesta legislativa, que ponemos a su consideración con esta consulta facultativa.

#### VI. PETITORIA

En razón del fundamento constitucional, legal y jurisprudencial expuesto, solicitamos respetuosamente a este Tribunal Constitucional, para que estime la presente Consulta Facultativa planteada, y valore si lo aquí señalado sobre EL PROYECTO DE LEY NUMERO 19628, violenta la Constitución Política según se formula y desarrollo en esta consulta y emita los razonamientos correspondientes.

VII. NOTIFICACIONES:

Las atenderemos en la oficina de la suscrita diputada Natalia Díaz Quintana, en la Asamblea Legislativa, Casa Rosada.

Suscribimos la presente CONSULTA FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD, los siguientes diputados:

| Nombre                              | Firma                               |
|-------------------------------------|-------------------------------------|
| <u>Natalia Díaz Quintana</u>        | <u>Natalia Díaz</u>                 |
| <u>Ligia Elena Falles Rodríguez</u> | <u>Ligia Elena Falles Rodríguez</u> |
| <u>Jorge Céspedes Mora</u>          | <u>Jorge Céspedes Mora</u>          |
| <u>José Antonio Ramírez Galarza</u> | <u>José Antonio Ramírez Galarza</u> |
| <u>José Luis Cruz</u>               | <u>José Luis Cruz</u>               |
| <u>Guillermo Vargas Vailla</u>      | <u>Guillermo Vargas Vailla</u>      |
| <u>Jorge Ángel de la Cruz</u>       | <u>Jorge Ángel de la Cruz</u>       |
| <u>Jorge Rodríguez</u>              | <u>Jorge Rodríguez</u>              |
| <u>Carlos Hernández Álvarez</u>     | <u>Carlos Hernández Álvarez</u>     |
| <u>Alfonso López</u>                | <u>Alfonso López</u>                |
| <u>Samuel González Torres</u>       | <u>Samuel González Torres</u>       |
| <u>Otto Guevara Butti</u>           | <u>Otto Guevara Butti</u>           |
| <u>Reuben Román Machuca</u>         | <u>Reuben Román Machuca</u>         |