

Santiago de Cali, 2 de Febrero de 2017

Señor secretario
PEDRO SAAVEDRA ALESSANDRI
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José de Costa Rica

Ref. CDH-0C-24/144

Saludo de paz y bien,

Estimado Señor secretario damos respuesta a su cordial invitación para presentar una opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta en relación con la Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica, a continuación encontrará nuestros argumentos en relación con las tres preguntas formuladas¹.

Fraternalmente,



ALBA LILIANA SILVA DE ROA Mg.
Decana
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de San Buenaventura Cali

¹ Estas opiniones escritas fueron elaboradas bajo la dirección de la profesora Diana Marcela Bustamante Arango Mg., líder del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política (GIPCODEP), adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura Cali, con la colaboración de la monitora de investigación señorita Luz Angélica López Marín.

1. Las obligaciones de un Estado en relación con la protección que brinda el artículo 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (CADH) al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una.

Todos los derechos consagrados en la Convención Americana tienen como parámetro el valor de la dignidad humana, basamento axiológico de una sociedad, que en la historia de la cultura se ha expresado en un núcleo de valores como la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad (Peces-Barba, 1991). Dicha vocación moral humana está asociada desde Kant con la imposibilidad de instrumentalizar al ser humano, por tanto en la necesidad de ser reconocido como un fin en sí mismo y nunca como un medio.

Ahora bien, el artículo 11.2 convencional, consagra la Protección de la Honra y de la Dignidad en los siguientes términos: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”; si bien la dignidad humana es ante todo un valor moral, como lo señalabamos *supra*, en razón a su carácter prescriptivo es también entendida como un principio que tiene como fundamento la ética, pues se corresponde con la condición de humanos, de quienes compartimos una existencia común, de quienes tenemos una vida humana que vivir. Así que *lo importante es ser humano*, no hombre ni mujer, no blanco o mestizo, no católico o musulmán, no liberal o conservador, niño o adulto, [homosexual o heterosexual] solo *ser humano* (Gallego: 2005).

La dignidad humana es reconocimiento, es el reclamo de pertenencia a una condición humana compartida, que se caracteriza por unas circunstancias tanto objetivas como subjetivas que nos determinan como especie (2005). Lo anterior se conecta directamente con una idea de justicia en tanto que orienta la justicia política, la cual deberá acondicionar la sociedad política y en este sentido perfilar los fines del Estado, orientar los límites del poder político así como el reconocimiento de derechos individuales (2005) sobre la base del principio normativo de igualdad. Por lo tanto, la noción de derechos humanos está vinculada al principio de la dignidad humana, y estos derechos a su vez, reconocen pretensiones basadas en necesidades catalogadas en otros valores morales como la vida, la libertad y la igualdad.

El problema que ha generado la desigualdad entre congéneres comienza con el no-reconocimiento, como precisa la profesora Gallego, cuando una parcela de seres humanos excluye del respeto a la otra parcela (2005). Es decir, cuando un grupo de humanos no reconoce los fines de otro (s) grupo (s) y, en este sentido, los discrimina; en otras palabras, cuando su comportamiento se caracteriza por realizar una conducta objetiva que distingue, excluye o restringe el goce de derechos a otro (s).

La desigualdad en el trato no ha sido un asunto exclusivo entre varones y mujeres, ha sido la expresión del poder y la dominación de un grupo sobre otro, en el que se han resaltado y desvalorizado las diferencias de diversa índole, raciales, religiosas, políticas, de género, entre otras. La afirmación o la negación de las diferencias no solamente viola el principio de igualdad sino que inicialmente desconoce el principio de dignidad humana, desde el que se presupone el reconocimiento de la condición humana, que requiere tanto de la subjetividad como de la institucionalidad para su garantía- en calidad de obligaciones estatales- y justo de este último

aspecto deviene la vocación jurídica de la dignidad humana, al ser la base para el reconocimiento de los derechos humanos y por lo tanto axial en la configuración de una sociedad incluyente.

Al ser la dignidad humana un valor moral, político y jurídico, debe contener prácticas morales de respeto y reconocimiento, por lo tanto, no presupone un sentimiento de amor a la humanidad, sino una actitud de solidaridad, esto es, comprender que todos los seres humanos, incluso los que están situados a remotas distancias de nosotros y a quienes nunca veremos, se nos parecen y tenemos con ellos múltiples similitudes (una misma existencia humana con la dificultad básica que nos plantea) y, por ello, merecen nuestra comprensión y respeto. El respeto es una especie de “confraternidad” sin proximidad ni intimidad; es una consideración hacia cada ser humano desde la distancia que pone entre nosotros el espacio del mundo, y esta consideración es independiente de las cualidades que admiremos o de los logros que estimemos altamente” (Gallego, 2005: 264).

Toda persona con base en el principio de dignidad es titular de derechos básicos, como los derechos de libertad, de igualdad o los sociales. El fundamento ético y jurídico es que “debe haber un conjunto de pretensiones –basadas en ciertos bienes, necesidades o intereses básicos o indispensables– reconocidas en beneficio de todo ser humano y protegidas por el orden jurídico como derechos básicos” (Gallego, 2005: p. 268), como por ejemplo en el caso objeto de estudio, el derecho a la vida prida, el derecho a no ser objeto de injerencias de terceros. Así las cosas, indagar por el derecho de toda persona a tener un nombre, en razón a su identidad de género, se convierte uno de los retos que el derecho contemporáneo debe asumir, tomando como punto de partida el valor de la dignidad humana, esto es, admitir que cada persona en primer lugar es un ser único e irrepetible, lo cual significa que su individualidad se expresa en la definición de unos fines propios que se diseñan en razón a sus expectativas como humano. En este sentido, el principio de dignidad humana prescribe que “se puede admitir que las manifestaciones de voluntad de la gente están condicionadas por su ubicación social, sus tendencias psicológicas o sus procesos fisiológicos y, sin embargo, adherir a la idea de que los hombres deben ser tratados según esas manifestaciones de voluntad en tanto y en cuanto ellas sean constitutivas de su plan de vida, cualquiera que éste sea” (Nino: p.287) y nada debe interferir en que sus planes se realicen, será entonces obligación de los Estados adecuar su legislación para las personas bajo su jurisdicción puedan encontrar caminos expeditos para acercarse cada vez más al valor de la dignidad humana, y que en virtud de este principio, las instuciones estén adecuadas para el cumplimiento de los fines de cada humano, sin que interfiera ningún tipo de discriminación. Este principio impone la obligación de no discriminar a ninguna persona y en consecuencia ser valorada por lo que es, por sus decisiones o por sus creencias, sin que ninguna otra valoración impida su autorrealización.

El artículo 11.2 incluye también como núcleo de protección el derecho a la vida privada, esto es aquél escenario íntimo de cada persona, que exige, en principio, una obligación negativa del Estado, esto es de no interferencia frente al goce del derecho.

El derecho a la vida privada es en sí mismo un derecho del campo de las libertades, en la medida que implica la posibilidad de autodeterminarse en su esfera íntima, “sin injerencias” de terceros. Sin embargo, en segundo lugar, este derecho, como todos los derechos de libertad, también requieren obligaciones positivas a cargo del Estado, con la finalidad de que las personas titulares puedan ejercerlos o materializarlos.

En consecuencia, dentro de la garantía positiva se requiere, por parte del Estado, la protección constitucional, así como medidas legislativas encaminadas a reglamentar el derecho, a imponer límites a las autoridades, además de rutas de acción que permitan el disfrute del derecho, como mecanismo para acercarnos al valor de la dignidad humana.

Ahora bien, en concreto, sobre el vínculo entre la vida privada y la sexualidad en una reciente decisión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina* (2011), ha afirmado que el ámbito de la privacidad se caracteriza por ser ajeno a las disposiciones arbitrarias de terceros y dentro de ella, se resaltan, tomar decisiones libremente sobre diversas áreas de la propia vida, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la divulgación de información personal hacia el público.

Ahora bien, como ya se anunciaba, el núcleo de esta discusión se centra en el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24, la máxima de igualdad es un valor que orienta el ordenamiento convencional desde el preámbulo, es un principio en la medida en que comporta un mandato de optimización, de ahí su ámbito deontológico y es un derecho, en la medida en que insta una norma de conducta.

En sentido especial la igualdad contiene el derecho de igualdad frente a la ley; la igualdad jurídica; la igualdad de oportunidades; la igualdad de hecho. En el caso específico bajo estudio, el derecho especial de igualdad que interesa es el de igualdad frente a la ley, que debe entenderse “como la exclusión de toda discriminación arbitraria, ya sea de parte del juez, ya del legislador, siempre que por “discriminación arbitraria” se entienda una discriminación introducida o no eliminada sin justificación, más brevemente, una discriminación no justificada (y en este sentido injusta)” (Bobbio: 74).

En la Convención son dos normas las que se refieren al principio de igualdad. La primera es el artículo 1.1 que expresa el compromiso de los Estados Partes a respetar los derechos y libertades reconocidos y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona en sus jurisdicciones, “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. La segunda es la igualdad como derecho, el en el artículo 24, que se circunscribe a la igualdad ante la ley.

El artículo 1.1 según lo expresa Uprimy y Sánchez (2014) contiene una cláusula subordinada de igualdad, es decir que la obligación general de respetar y garantizar los derechos se articula con otros derechos y que como tal esta norma no es susceptible de una violación propiamente dicha, sino que aquella disposición acompaña a otros derechos como criterio orientador en su interpretación y aplicación, en tanto que el artículo 24 constituye una cláusula autónoma, genera obligaciones específicas de protección por parte de los Estados.

La Corte se refirió a la relación entre los dos artículos en cuestión. Respecto al artículo 1.1 la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó en la Opinión Consultiva 4, de 1984, relativa a la Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización,

párrafo. 53, “el artículo 1.1 de la Convención, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna”. En tanto que referente al artículo 24 de la Convención Americana, el Tribunal en el párrafo 54 del mismo instrumento enuncia que:

Dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la CADH, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.

Hay que agregar que “la diferencia entre los dos artículos radica en su alcance, más que en su contenido. Así, mientras la prohibición de discriminación del artículo 1.1 se restringe a los derechos consagrados en la misma Convención, el artículo 24 extiende esta prohibición a todas las disposiciones de derecho interno de los Estados Parte al condenar todo trato discriminatorio de origen legal” (Uprimy y Sánchez, 2014, 584).

Asimismo, conforme lo expresan Uprimny y Sánchez (2014) el artículo 24 contiene dos nociones de igualdad. La primera parte del artículo alude a la igualdad ante la ley, tiene una conexión con el principio de legalidad, mientras que la segunda se refiere a la igual protección de la ley sin discriminación, la cual protege especialmente a los grupos que históricamente han sido objeto de exclusión o restricción de disfrutar de ciertos derechos como las minorías étnicas, las mujeres, los refugiados, los niños, niñas y adolescentes, la población LGBT, entre otros.

De hecho, la Corte IDH ha manifestado en la planteada propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización que: “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad” (OC-4/84, párr. 55),.

Por otro lado, Uprimny y Sánchez (2014) resaltan dos importantes criterios judiciales como lo son: el aportado por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos humanos y acogido por la Corte Interamericana, y el establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, el primero configura un text de igualdad, este instrumento analítico, somete al análisis judicial escalonado ya sea para establecer las distinciones entre grupos o personas que estén en situaciones similares o también para evaluar cuando no se otorga un trato distinto a personas que lo requieren por estar en situaciones diferentes que exigen medidas diferenciadoras, respecto al segundo criterio judicial.

Sin embargo, Uprimny y Sánchez (2014) expresan que si bien ciertas distinciones atentan los derechos antes mencionados, no todas las distinciones de trato vulneran el derecho a la igualdad, para que se presente una violación del derecho a la igualdad debe haber tratos arbitrarios e injustificados.

La Corte Interamericana también ha señalado que el sentido de la expresión discriminación que menciona el artículo 24 debe ser interpretado a la luz de lo que menciona el artículo 1.1. es decir, que el concepto de discriminación contenido en el artículo 24 incluye los criterios prohibidos de distinción previstos en el artículo 1.1 los cuales son: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Caso Atala vs. Chile).

Estos criterios prohibidos tienen al menos cuatro características “la primera es que tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona y no simplemente tangencial, tal como sucede, por ejemplo, con la raza, la convicción religiosa, el sexo o la orientación sexual. La segunda es que están asociados con prácticas históricas de discriminación y subordinación. La tercera es que identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad para hacer valer sus demandas en los órganos de representación. Y la cuarta es que no corresponden a un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad” (Uprimny & Sánchez, 2014: p. 601). Por lo tanto, los Estados deben tener en cuenta dentro de sus políticas la valoración de esos criterios prohibidos para que su conducta no coincida con uno de ellos y viole la obligación internacional de protección por acción o por omisión.

Para facilitar este ejercicio hermenéutico, consideramos importante resaltar que varios instrumentos del orden universal² han establecido la discriminación como toda *distinción, exclusión o restricción* basada en el sexo, la raza, origen nacional, la etnia, entre otros, o, como en el caso que nos ocupa, la identidad de género, que tenga como objeto o como resultado menoscabar o anular el reconocimiento o goce de un determinado derecho.

La distinción puede entenderse como una práctica que aplica un trato diferenciado entre sujetos a situaciones valoradas como iguales; la exclusión, es cuando simplemente no hay un reconocimiento del derecho y, la restricción, refiere a que si bien se reconoce un derecho, éste tiene limitaciones en su goce, por lo tanto, no hay un disfrute efectivo.

Ejemplo de una distinción, una persona de sexo femenino y otra de sexo masculino que realizan el mismo trabajo con la misma intensidad y bajo los mismos parámetros, sin embargo, la mujer recibe como salario un 25% menos que lo recibe el varón. Lo anterior es una distinción injustificada aplicada por un tercero, que no tiene más soporte que su diferencia sexual. El siguiente criterio es la exclusión, un buen ejemplo es el no reconocimiento del derecho a contraer matrimonio en algunos países, a parejas del mismo sexo, bajo un argumento moral pero que no soporta un juicio ético y, por ello, debe ser resuelto en el campo de lo político. El último criterio, es de la restricción, un ejemplo de este tipo de discriminación puede ser en aquellos casos de segregación racial en Sudáfrica o en Estados Unidos, en los que si bien en el pasado, las personas de todas las razas tenían derecho a estudiar, la elección

² La Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965) o la CEDAW 1978.

de la institución educativa dependía de su color de piel, en este caso se configura la restricción a elegir el plantel en el que se quiere realizar el ejercicio de formación, así se limita el goce del derecho.

De conformidad con estos presupuestos, la Corte Interamericana se refirió en el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile* (2012), sobre las categorías protegidas por la Convención, la identidad de género y la orientación sexual, las cuales se encuentran inmersas en diversos instrumentos internacionales como declaraciones y resoluciones, entre otros.

En particular, en el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile* (2012), la Corte señala que las autoridades deben ser guardianes de los derechos humanos y más aun cuando se está tratando sobre asuntos concernientes a la identidad de género u orientación sexual de una persona. Si se presenta que las autoridades actúan por fuera de las categorías de protección, se presumirá la discriminación, las autoridades están obligadas a demostrar que el trato distintivo es el único modo de satisfacer un fin que no sólo debe ser legítimo, sino imperioso. En este mismo caso se indica que si se determina la diferencia de trato se presenta por la violación de alguno de los criterios de protección, es el Estado quien debe probar que la distinción tiene una finalidad tanto legítima como imperiosa, ésta además debe ser adecuada y necesaria para lograr esa finalidad, con estricta proporcionalidad.

Conviene resaltar que, las obligaciones de los Estados frente a grupos históricamente discriminados, se ciñe sobre la protección que deben tener para evitar distinciones arbitrarias, así como la de establecer tratos diferenciados cuando estos resulten necesarios para evitar la profundización o la generación de desigualdades (Uprimny y Sánchez, 2014).

De igual modo, en el sistema universal, el Comité de Derechos Humanos (1989), afirma que el principio de la igualdad, exige en ciertas ocasiones a los Estados Partes tomar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que puedan originar o facilitar la perpetuación de la discriminación prohibida por el Pacto. Lo anterior se traduce en la adopción de mecanismos eficaces para la protección de los derechos y de manera concreta en la existencia de mecanismos efectivos para su tutela.

Por otra parte, en cuanto al artículo 18 que consagra el Derecho al Nombre “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

Lo anterior significa, que el derecho al nombre “es un derecho inalienable como inherente a la personalidad, del que nadie puede renunciar a su goce y ejercicio porque, precisamente, ese goce y ejercicio constituyen la personalidad” (Beloff, 2014, 429). “Es un derecho que no está subordinado a lo que disponga el derecho interno. Existe por sí, de forma autónoma. La ley sólo está llamada a reglamentar la forma de asegurarlo a toda persona, mediante nombres supuestos de ser necesario” (Beloff, 2014, 431).

En concreto, Llambias (citado por Beloff, 2003) distingue el derecho moderno, por un lado, el nombre patronímico, nombre de familia o apellido que indica al grupo al que pertenece y puede adquirirse de forma originaria o derivada, la primera se refiere cuando se vincula a la filiación del individuo, la segunda alude cuando tiene lugar por el cambio de estado del mismo, y por otro lado, el nombre individual, prenombre o nombre de pila, es el nombre con el que se individualiza a una persona luego

de su nacimiento y que se adquiere con su inscripción en el registro correspondiente. De esta forma, la sola expresión nombre significa la palabra exterior que individualiza a cada individuo y sirve para distinguirlo de las demás personas en la vida social.

Por lo tanto el derecho al nombre está ligado con el derecho a la identidad y éste “es un derecho humano, fundamental para el desarrollo de toda persona y de toda sociedad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación y, por consiguiente, el Estado está obligado a garantizarlo mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo. Del derecho a la identidad personal se destaca una característica propia de los derechos humanos, esta es, su interdependencia: el menoscabo de este derecho conlleva la vulneración de otros derechos fundamentales, especialmente de los derechos políticos” (Beloff, 2014, 439). Además, “es un derecho autónomo sin embargo está vinculado con otros derechos, sobre todo con el derecho a la identidad. El nombre se encuentra tutelado expresamente por varios instrumentos internacionales y regionales de protección de derechos humanos, así como por derivación de otros derechos fundamentales, como el derecho al honor y a la dignidad, a la intimidad personal y familiar y a la reputación” (Beloff, 2014, 444).

Después de hacer una breve referencia de la normatividad que aborda el caso concreto del reconocimiento del cambio de nombre de las personas en el ordenamiento interamericano, de acuerdo con la identidad de género de cada una, es preciso recurrir a los Principios de Yogyakarta (2007) los cuales aportan claridad sobre algunos conceptos como lo son las diferencias entre: Identidad de género y orientación sexual.

La identidad de género “es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género incluyendo la vestimenta el modo de hablar y los modales” (Principios de Yogyakarta, 2006, pág. 6, nota al pie 2). Un concepto que va relacionado con el anterior es el de *personas trans* puesto que precisamente si una persona vive su identidad de género en una situación de no correspondencia con su sexo asignado al momento del nacimiento, puede decidir una modificación de su apariencia o de su función corporal; si bien “la identidad de género no la determinan las transformaciones corporales, las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos médicos, estos sin embargo puede ser necesarios para la construcción de la identidad de género de algunas *persons trans*” (CIDH, 200X: p. 32) y esta decisión conlleva a su interés por modificar su nombre.

Por lo tanto, el alcance de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1.1 de la CADH que se extiende al artículo 24 de la misma, implica la obligación internacional de los Estados Parte de adecuar toda su normatividad interna con la finalidad de no introducir o mantener disposiciones que generen un trato discriminatorio de origen legal, en este sentido la obligación de respeto implica la no interferencia frente al goce del derecho, es decir no generar restricciones, y la obligación de garantía implica la adecuación normativa para garantizar el ejercicio del derecho, lo cual puede

lograrse a través de la institucionalización de mecanismos legales expeditos que permitan la tutela efectiva para el disfrute de los derechos contenidos en la Convención.

Dicho lo anterior, en el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, se estipuló “que todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto”. Este artículo permite inferir que dicho país no tiene en cuenta los conceptos que antes fueron objeto de referencia, por las razones que se expondrán a continuación.

Consideramos que un excelente argumento de doctrina constitucional regional, es el aportado por la Corte constitucional colombiana con la sentencia T-099 de 20/15, la cual manifiesta que no se puede desconocer que la población transexual, enfrenta diversas barreras entre las que están las sociales y legales, las cuales los marginaliza, esto es ocasionado por la concepción de géneros que concebimos: hombre y mujer, lo que dificulta la identificación de las personas transgénero, por lo que el Estado omite proteger sus derechos.

Actualmente, las personas transexuales en el Estado de Costa Rica son sometidas a acudir a un proceso judicial para acceder a la identidad de género con la cual se sienten cómodos, estos deben esperar a que se profiera la sentencia judicial para ser reconocidos según su identidad de género y no su sexo biológico, mientras que sucede aquello están sometidos a la discriminación y a la carencia de protección por parte del Estado.

Se añade que, segururamnete el servicio de salud que requieren las personas transexuales también será deficiente, pues si se omite una condición mínima como ser identificado mucho menos se les prestarán los servicios especiales sanitarios que requieren como lo son cambio de sexo, suministro de hormonas, entre otros. Además, sus ingresos laborales también pueden sufrir un impacto negativo ya que si no cuenta con un nombre que corresponda a su identidad de género mucho menos podrá acceder a ser contratado(a). El derecho a la educación también puede verse afectado pues las personas trans sufren innumerables formas de discriminación por lo que desertan de las instituciones educativas impidiéndoles una mejor calidad de vida.

Por lo anterior, el Estado de Costa Rica obstaculiza a la población trans a gozar de los derechos 11.2, 18 y 24 de la CADH; en consecuencia, el Estado debe asumir medidas diferenciales para realizar un procedimiento más expedito, sin obstáculos procesales, ya que no se tiene en cuenta que las personas trans se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación, por su condición. Por lo tanto, es imperioso establecer tratos diferenciados para evitar la profundización de desigualdades.

Las autoridades estatales deben facilitar la forma para que las personas trans cambien de nombre para que así no se les vulnere su derecho a la identidad de género, el cual tiene conexión con el derecho a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, es necesario que se cree un procedimiento legislativo que permita a la población lgbt, tener en el menor tiempo posible un procedimiento adecuado para su cambio de nombre de acuerdo con su identidad de género. Se recuerda que uno de los mayores obstáculos para la exigibilidad de derechos es la falta de mecanismo judiciales para su tutela, el artículo 25.1 convencional establece la obligación de los Estados Partes a ofrecer un recurso judicial efectivo para proteger los derechos fundamentales, si bien el Estado de

Costa Rica tiene un recurso judicial al que pueden acceder las personas interesadas en cambiar su nombre, este no es efectivo, en el Caso Duque vs. Colombia esta corporación señaló que “para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectiva en los términos del mismo, es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la Ley. Lo anterior implica que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente... Asimismo, la Corte ha determinado que para que un recurso sea efectivo, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla” (párrs. 148-149).

En este caso en particular si bien existe un mecanismo judicial para el cambio del nombre en Costa Rica, consideramos que éste no es idóneo puesto que la situación objeto de discusión no requiere de un proceso judicial para autorizar a una *persona trans* a cambiar su nombre por uno que se adecue a su identidad de género, ésta es una decisión personal que no afecta a terceros, sino que involucra el respeto por la vida privada, en tránsito a realizar el valor de la dignidad humana para esa persona con el cambio de nombre, en razón a que se adecua con sus fines, sin discriminación; se pueden tomar de referente el Estado de Argentina o el de Colombia, los cuales remediaron la situación de interferencia con el derecho al nombre, en el primer caso se aprobó la ley No. 26.743 de Identidad de Género para *personas trans* y en el segundo caso se promulgó el decreto 1227 de 2015 relacionado con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil.

2. La compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley N° 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención.

Para resolver a esta pregunta tomamos como parámetro de referencia el text de igualdad que se encuentra dentro del artículo 24 de la CADH de modo implícito, fue creado por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos humanos y acogido por la Corte Interamericana, este instrumento analítico somete al análisis judicial escalonado “ya sea para establecer las distinciones entre grupos o personas que estén en situaciones similares o también para evaluar cuando no se otorga un trato distinto a personas que lo requieren por estar en situaciones diferentes que exigen medidas diferenciadoras, las personas trans de Costa Rica se enmarcan dentro de aquellos que necesitan un trato distinto y, por lo tanto, se les deben proporcionar medidas diferenciadoras. En efecto, procedemos a examinar y descomponer el estudio de la objetividad y razonabilidad de la medida para establecer si la finalidad es legítima o no, si la finalidad es legítima, se analiza la proporcionalidad entre el fin buscado y los medios utilizados para obtenerlo. Si ocurre que el primer paso no es superado, y se prueba la arbitrariedad del trato distintivo, ya no será necesario pasar al segundo punto antes mencionado” (Yepes y Sánchez, 2014).

Para empezar, la norma que será objeto de análisis es el artículo 54 que consagra que “todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto”.

Como se ha dicho, el primer paso que se debe determinar es el fin perseguido por la medida y si éste es legítimo, del examen del artículo 54 del Código Civil se puede deducir que el fin perseguido con esta norma es indicar cuál es el procedimiento al que deben acudir las personas que desean realizar el cambio de nombre, para que así puedan gozar plenamente de este derecho que es propio de la personalidad y, por consiguiente, puedan ser identificados en la sociedad permitiéndoles ejercer a cabalidad todos los derechos y libertades.

A pesar de que, el fin mencionado es legítimo, no se tienen en cuenta las necesidades especiales que pueden tener algunas personas como por ejemplo las personas tran, a quienes se les impone una carga adicional para estar registrados con el nombre que corresponda a su identidad de género, ya que se les obliga a acudir a un proceso judicial, el cual se puede tardar un tiempo relativamente largo hasta llegar a que se profiera una sentencia de tipo declarativo para acceder al cambio de nombre de acuerdo con el género con el que se identifican; mientras que se dicta decisión judicial son objeto de discriminación y desprotección estatal, al no considerárseles sus condiciones especiales en la prestación de servicios de salud y al ser invisibilidades en diversos campos como lo son el laboral y el educativo por ser objeto de todo tipo de agresiones físicas y psicológicas.

Además, Bertoni y Zelada (2014) profundizan en el derecho de protección a la honra y a la dignidad de la CADH, en donde se encuentra incluido el derecho la vida privada y el respeto al libre desarrollo de la personalidad, el Estado entorpece la autodeterminación de la persona trans en su identidad de género, ya que si bien el individuo tiene interiorizado un género en especial y se autofirma según ese género, no ocurre lo mismo para quienes desempeñan labores públicas, a los cuales se les dificulta identificarlo, entre tanto no se profiera el cambio de nombre.

Por lo tanto, se puede concluir que los perjuicios sufridos por las personas transexuales como consecuencia de la normatividad estudiada, en relación con el fin perseguido son mayúsculos y es imperioso tomar medidas eficaces para garantizar el goce de sus derechos.

Es por lo anterior, que se han indicado supra como antecedentes la ley No. 26.743 de Identidad de Género para personas trans que se concibió en Argentina, así como el Decreto 1227 de 2015 relacionado con el trámite para corregir el “componente sexo” en el Registro del Estado Civil que se promulgó en Colombia, los cuales suprimieron que las personas trans acudieran a un proceso judicial por un trámite relativamente sencillo.

Por lo tanto, se considera que la disposición vigente en el Estado de Costa Rica es incompatible con las obligaciones de la CADH, en la medida en que si bien existe un procedimiento legal para que las personas interesadas puedan obtener el cambio de nombre, éste no cumple con el estándar de eficacia en razón a que la exigencia de un proceso judicial de tipo declarativo para obtener la autorización judicial, configura un obstáculo en el goce de sus derechos y, en consecuencia, un injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada y al nombre.

3. La protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

Respecto el artículo 11 de la CADH que consagra la protección de la honra y de la dignidad y en su numeral 2. “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

En primer lugar, Bertoni y Zeladase (2014) resaltan el vínculo entre la vida privada y la sexualidad, en donde la Corte Interamericana ha mencionado que existe un derecho a decidir libremente con quien tener relaciones sexuales. Lo anterior, ha permitido que el tribunal exprese que dentro del área de la vida privada se encuentra el reconocimiento por la libertad para elegir la orientación sexual. En consonancia, la Corte Interamericana en el caso *Atala Riffo e Hijas vs. Chile* sentó que la identidad de género y la orientación sexual son categorías protegidas por la CADH, por ende no es permitido que se restrinjan los derechos de una persona por su orientación sexual.

Otro artículo a tratar, es el 24 de la CADH que consagra “la igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Para aclarar, los tratados internacionales de derechos humanos no estipulan el principio de igualdad y no discriminación de un único modo. Al contrario, la igualdad puede ser planteada de modo accesoria a la violación de un derecho sustantivo, se conoce como cláusula subordinada de igualdad o también se puede esbozar como un derecho independiente que no necesita de otro para que sea garantizado Bayefsky, citado por (Uprimny y Sánchez,) 2014., conocida como cláusula autónoma.

En particular, el artículo 1.1 contiene una cláusula subordinada de igualdad, mientras que el artículo 24 constituye una cláusula autónoma. A su vez, la diferencia entre los dos artículos radica en su alcance, más que en su contenido. En efecto, mientras la prohibición de discriminación del artículo 1.1 solo aplica para los derechos consagrados en la misma Convención, el artículo 24 amplía esta prohibición a todas las disposiciones de derecho interno de los Estados Parte al condenar todo trato discriminatorio de origen legal (Rodrigo y Sánchez, 2014).

Se subraya que, como lo ha dicho la Corte IDH la no discriminación confluye con la igualdad en sus dos acepciones, es así por un lado, la igualdad ante la ley y, por el otro, la protección en beneficio de todas las personas, son parte de un todo que es el amparo a los derechos humanos.

Tal como se precisó en la primera respuesta la Corte interamericana en la Opinión Consultiva OC-4/84, considera que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, es decir, una distinción que no cuenta de justificación objetiva y razonable. De manera reciente en el caso *Duque vs Colombia* la Corte IDH se pronunció de manera específica sobre el reconocimiento de derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, y consideró que el Estado colombiano establecía una diferencia de trato en las uniones maritales de hecho entre personas de diferente sexo y las uniones maritales de hecho entre personas del mismo sexo respecto al régimen patrimonial, más precisamente el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social. En este caso, la Corte condenó al Estado porque consideró que éste no dio razones suficientes para argumentar cuál era la finalidad de la normatividad que establecía la diferencia de trato, y mucho menos dio explicaciones sobre si era proporcional la medida con los fines perseguidos. En otras palabras el Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, la Corte

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

En sentido similar el Comité de Derechos Humanos, en el caso *Edward Young vs Australia*, “ha resuelto que la distinción entre las parejas del mismo sexo que son excluidas del derecho a la pensión, y las parejas de hecho compuestas por personas de distintos sexos que sí reciben el beneficio de la pensión, no es razonable ni objetiva y no existen factores que justifiquen la existencia de la distinción, por lo que constituyen una discriminación con base en la orientación sexual de las personas” (p10.4)

Finalmente se considera relevante comentar tres fallos de la Corte constitucional colombiana en referencia a este mismo patrón fáctico y verificar su cambio de jurisprudencia; el primero es la sentencia C-098 de 1996, en la cual aparece un criterio anterior de la Corte. En efecto, la Corte Constitucional abordó la relación con el derecho de las parejas homosexuales a contar con un régimen de protección patrimonial como el previsto para las parejas de compañeros permanentes heterosexuales. En un primer momento la Corte Constitucional negó el reclamo fundado en la violación del derecho a la igualdad, bajo la perspectiva de que los dos tipos de parejas no se encontraban en una situación asimilable. Según la Corte, las parejas heterosexuales conformaban una familia según la definición constitucional y además tenían la capacidad natural de procrear, lo cual las diferenciaba de las parejas homosexuales que de conformidad con su criterio no encajaban en el concepto constitucional de familia, ni tampoco podían reproducirse. No obstante, años después la Corte cambió su línea jurisprudencial en la sentencia C-075 de 2007 y determinó que, por razones de igualdad, el régimen de protección patrimonial previsto para las uniones heterosexuales debía extenderse a las uniones homosexuales pues la orientación sexual de las personas no era un criterio relevante para determinar cuáles parejas ameritaban o no ser beneficiadas de ese régimen de protección patrimonial.

De acuerdo con todo lo anterior, la sentencia C-029 de 2009 permite concluir que se reconocen los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo, que la orientación sexual no es un criterio que impida gozar de este derecho, menos aún cuando cuenta con protección de la CADH, la pareja homoparental cuenta con algunas similitudes a la pareja heterosexual como lo son: tener un proyecto de vida en común, vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, es así que se encuentran en situaciones asimilables en relación con las normas que establecían un régimen de protección civil, por esto al no reconocerse el imperativo superior que expresa que en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe estimar un mínimo de protección para ciertos sujetos, si éste no es cumplido pueden verse vulnerados principios y derechos superiores, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad. De acuerdo con esta perspectiva, la Corte posteriormente amplió a las parejas homosexuales múltiples derechos reconocidos inicialmente sólo a las parejas heterosexuales.

Referencias bibliográficas

- Bayefsky, A. (Uprimny, R & Sánchez, L. M) 2014. Pp 582. Igualdad ante la Ley. Convención Americana de Derechos Humanos comentada. Recuperada de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-1-30.pdf?140922172843
- Beloff, M. (2014). Derecho al Nombre. Convención Americana de Derechos Humanos comentada. Recuperada de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-1-30.pdf?140922172843
- Bertoni, E & Zelada, J. C. (2014). Protección de la Honra y de la Dignidad. Convención Americana de Derechos Humanos comentada. Recuperada de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-1-30.pdf?140922172843
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Paidós: Barcelona. Traducción de Pedro Aragón Rincón.
- Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 10.
- Comité de Derechos Humanos, caso Edward Young v. Australia, Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003), párr. 10.4
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-098 de 1996, Sala Plena, Magistrado Sustanciador: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075 de 2007, Sala Plena, Magistrado Sustanciador: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-029 de 2009, Sala Plena, Magistrado Sustanciador: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional colombiana, T-099/15, Sala Quinta de Revisión, Magistrada Sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte IDH. Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile.
- Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas.
- Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia.
- Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, párr. 53.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84; Corte IDH. Condición Jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002; y Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

Gallego, G. (2005) Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana En Derecho penal liberal y dignidad humana: Libro homenaje al doctor Hernando Londoño Jiménez. Bogotá: Temis.

Llambias, (Beloff) 2014. Derecho al Nombre. Convención Americana de Derechos Humanos comentada. Recuperada de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-1-30.pdf?140922172843

Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona, España: Editorial Ariel, S.A.

Peces-Barba, G. (1994). La universalidad de los derechos humanos. *Doxa*, 15 (16), 613-633.

_____ (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid, España: Dykinson.

República de Costa Rica. Ley N° 63 del 28 de setiembre de 1887, artículo 54 del código civil de Costa Rica.

Uprimny, R & Sánchez, L. M. (2014). 584. Igualdad ante la Ley. Convención Americana de Derechos Humanos comentada. Recuperada de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-1-30.pdf?140922172843

Uprimny, R & Sánchez, L. M. (2014). Pp 587. Igualdad ante la Ley. Convención Americana de Derechos Humanos comentada. Recuperada de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-1-30.pdf?140922172843