

La Defensoría presenta estas observaciones en virtud del mandato legal que le ha sido confiado de defender los derechos e intereses de los habitantes de la República, y de velar porque las actuaciones del sector público se ajusten a la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.²

Como institución nacional de derechos humanos (INDH), la Defensoría ha sido acreditada con estatus A según los Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (Principios de París), por la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI³). Según esos Principios, en tanto INDH, la DHR cooperará con los órganos regionales de derechos humanos en la protección y promoción de los derechos humanos y presentará dictámenes o informes en el marco del respeto a su independencia.

La Defensoría de los Habitantes, a partir de su ley 7319 cuenta con independencia funcional, administrativa y de criterio. En concordancia con los Principios de París, la Defensoría tiene la facultad de elaborar informes sobre la situación nacional en materia de derecho humanos en general o sobre asuntos específicos.⁴

Por lo tanto, en consonancia con su función de cooperación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Defensoría, en cumplimiento de su mandato de protección y promoción, presenta las siguientes observaciones en calidad de Amiga del Tribunal (Amicus Curiae), y a título independiente de los agentes del Estado costarricense.

La institución presenta estas observaciones para aportar elementos sobre la situación jurídica del país, la contextualización de las normas cuya interpretación se solicita a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado y sobre la realidad política y social que enfrenta el país con respecto al reconocimiento de los derechos de las poblaciones concernidas en la consulta.

Se procede a fundamentar esta presentación de la siguiente forma. En la primera sección se realiza un breve encuadre conceptual en relación con la orientación sexual y la identidad y expresión de género. En la segunda sección se explica acerca de la protección que brindan los artículos 11.2, 18, 24 y 25 en relación con el artículo 1º de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una. En la tercera sección el análisis refiere a la protección que brindan los artículos 11.2, 17 y 24 en relación con el artículo 1º de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo. Luego se ofrece una breve conclusión en la cual se alude a la obligación del Estado costarricense de adoptar acciones decididas para la eliminación de las diversas formas de discriminación de sectores de la población que históricamente han enfrentado la discriminación estructural.

I. Orientación sexual e identidad de género.

Los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género -en adelante Principios de Yogyakarta⁵- definen la identidad de género en su Preámbulo como *"la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la*

² Ley 7319 del 17 de noviembre de 1993, art. 1.

³ Anteriormente conocido como Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.

⁴ Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos. Apartado A, artículo 3, inciso iii.

⁵ Los Principios de Yogyakarta fueron presentados como una carta global para los derechos LGBTI, el 26 de marzo de 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra.

Mesa 6

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"

Los Principios de Yogyakarta⁶- también definen la orientación sexual como: *"la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas."*

El Derecho históricamente ha asumido la asignación de la identidad género de las personas como un aspecto biológico. A partir de esta asignación, social y legalmente, se construye una identidad y, de esta forma, se asigna una conducta esperada de la persona y la imposición de un proyecto de vida conforme a ésta. Frente a esta realidad, la disconformidad que algunas personas presentan con el sexo designado al momento de su nacimiento, se constituye en la negación de sus derechos y se traduce en la imposición de una identidad desde el poder del Estado.

El concepto de heteronormatividad refiere a la existencia de relaciones de poder en el ámbito social, cultural e institucional por medio de las cuales se reglamenta y se impone una visión única sobre lo que se considera la vivencia normal de la sexualidad y se equipara ésta con la condición de ser humano. Ésta reduce el mundo de la sexualidad a la apariencia física de los genitales y a partir de ésta, establece en principio, un formato binario masculino/femenino que niega la diversidad sexual del ser humano.

II. Sobre la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1º de la CADH, al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una.

En sus resoluciones *Atala Riffo e Hijas vs. Chile*,⁷ *Duque vs. Colombia*⁸ y *Flor Freire vs. Ecuador*⁹, la Honorable Corte Interamericana ha reconocido la orientación e identidad y expresión de género como situaciones cubiertas por lo dispuesto en el artículo 1.1 de la CADH, referente a la obligación de los Estados de respetar los derechos contenidos en la Convención para todas las personas sujetas a su jurisdicción sin discriminación alguna.

De esta forma, reconoce estas categorías como elementos vinculados a la integralidad de la naturaleza del ser humano y, en consecuencia, a su dignidad. Respecto de las situaciones en las que se manifiesta la discriminación por estos motivos, reconoce la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.¹⁰

⁶ *Ibíd.*

⁷ Corte I.D.H. Caso *Atala Riffo e Hijas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie 239 C. Párrafos 78-80. Caso *Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie 310-C. Párrafos 104-105.

⁸ Corte I.D.H. Caso *Atala Riffo e hijas*, Párrafo 80. *Op Cit.*

⁹ Corte IDH. Caso *Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

¹⁰ En párrafo 102 de la Opinión Consultiva sobre los derechos Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, la Corte Indicó:

"(...) los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de

M. S. B.

El desarrollo jurisprudencial para el reconocimiento de la orientación sexual, la identidad y expresión de género, se sustenta en la interpretación evolutiva que debe darse a la CADH, reconociéndola como un instrumento vivo que acompaña la evolución de los tiempos y el surgimiento de nuevas condiciones sociales, de conformidad con los criterios de interpretación contenidos en el artículo 29 de la CADH y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹¹ Para este fin, la Corte reconoce la evolución que se ha presentado tanto a nivel del sistema regional de protección de derechos humanos como en el sistema universal, a favor del reconocimiento de los derechos de la población LGBTI. Asimismo, acude a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -en adelante TEDH- para incorporar los estándares establecidos por éste en relación con la afectación de los derechos humanos en razón de la orientación sexual, la identidad y expresión de género.¹²

Las consideraciones realizadas por la Honorable Corte en dichas sentencias, reconoce la indivisibilidad, universalidad e interdependencia como características de los Derechos Humanos. De esta forma se califica a la discriminación tanto como una violación a los derechos humanos en sí misma, pero también como la antesala a formas de violación sistemáticas que impiden el disfrute de todos los derechos reconocidos por la CADH. Desde esta perspectiva, aún y cuando la solicitud de opinión consultiva presentada por el Estado costarricense refiere únicamente a los efectos de la discriminación con respecto de un derecho específico -la identidad-; esta INDH considera necesario que la Corte, en su opinión, también refleje las implicaciones que esta violación de los derechos humanos tiene respecto de todos los derechos tutelados en la Convención.

Si bien el derecho a la identidad no se contempla como un derecho independiente¹³ en la CADH, en su desarrollo jurisprudencial la Corte lo conceptualiza como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona frente a la sociedad y al Estado. En consecuencia, reconoce que este derecho impacta a su vez, el ejercicio de otros que sí se encuentran expresamente contemplados en la Convención.¹⁴

En el caso del artículo 11 de la CADH, cuya posible vulneración es consultada por el Estado, este Alto Tribunal ha reconocido que el derecho tutelado en dicho numeral incluye la protección de la vida privada de las personas frente a posibles actos de injerencia por parte del Estado o terceros¹⁵. Siguiendo la jurisprudencia del TEDH, se ha incluido como parte de éste, la vida sexual de las personas y la capacidad de establecer y desarrollar relaciones sociales.¹⁶ Dentro de la jurisprudencia europea citada por la Corte, tiene especial relevancia el caso Dudgeon contra el Reino Unido, en el cual se determina la legislación

protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias." Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. También reiterado en *Atala Riffo e hijas vs. Chile* Op Cit. Párrafo 80.

¹¹ Caso *Atala Riffo e Hijas*. Op Cit. Párrafos 83-85. Corte I.D.H. Caso *Masacre Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de setiembre de 2005. Serie C No. 134. Párrafo 106.

¹² *Atala Riffo*. Op Cit. Párrafos 83-91. Esto se da en consonancia con las fuentes interpretativas del derecho internacional de los derechos humanos que abarca las sentencias de los tribunales internacionales a partir del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹³ Corte I.D.H. Caso *Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 31 de agosto de 2011. Serie C, 232. Párr. 112.

¹⁴ Corte I.D.H. Caso *Gelman vs Uruguay*. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Fondo y reparaciones. Serie C, 221. Párr. 122.

¹⁵ Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 193; Caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 55, y Caso *Escher y otros vs Brasil*. párr. 114.

¹⁶ Corte I.D.H. Caso *Rosendo Catú y otras vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216. Párr. 119.

Mad G

existente en Irlanda del Norte para la penalización de la homosexualidad como un supuesto de injerencia arbitraria en la vida íntima de las personas.¹⁷ La incorporación de esta jurisprudencia, más allá del tema de la penalización, refleja que la jurisprudencia de la Corte ha valorado la libertad y determinación de las personas sobre su propia sexualidad, como elementos consustanciales al derecho a la intimidad, incluyendo la autodefinición de la propia sexualidad más allá de los parámetros socialmente impuestos.

Los alcances del derecho contenido en el artículo 11 en relación con las obligaciones dispuestas en el artículo 1.1 de la CADH, ponen de manifiesto que las acciones que los Estados deben ejecutar para su cumplimiento no pueden traducirse únicamente en la adopción de acciones tendientes a la no intervención de sus agentes o de terceros con respecto al ejercicio de los derechos. Por el contrario, también implica el cumplimiento de obligaciones de contenido positivo destinadas a garantizar el respeto al derecho a la vida privada, incluyendo la identidad, reconociéndolo como un elemento que se vincula con el ejercicio de la libertad y la capacidad que subyace en todo ser humano para auto determinarse y escoger su proyecto de vida según sus convicciones y opciones. Desde esta perspectiva, las obligaciones del Estado exceden el ámbito privado y obligan al reconocimiento de la identidad de las personas como una realidad social que influye en todos los ámbitos de su vida.¹⁸

Como parte de los derechos vinculados al derecho a la identidad, se encuentra el derecho contenido en el artículo 18 de la CADH, así como en otros instrumentos internacionales de derecho humanos. En este caso, la Corte ha señalado que el reconocimiento de este derecho es un elemento básico e indispensable de la identidad, en el tanto éste permite a la persona ser reconocida como ser individual frente a la sociedad y el Estado.¹⁹ En el mismo sentido, el TEDH ha resaltado el vínculo del derecho al nombre con la vida privada y familiar de las personas, así como su función como mecanismo de identificación ante la sociedad y su conexión con la posibilidad de ejercer y defender sus derechos.²⁰

Tal y como lo señala el Comité Jurídico Interamericano en su Opinión "*Sobre el alcance del derecho a la identidad*", el contenido del derecho a la identidad también conlleva el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica y el derecho a la igualdad en el ejercicio de los derechos frente al Estado y a la sociedad.²¹ Para este fin, una función esencial de los Estados es el generar un sistema de registro de los nacimientos que, de forma accesible y gratuita, otorgue a las personas documentos de identidad conforme con las características del derecho a la identidad y que les permitan el pleno ejercicio de sus derechos políticos, sociales, económicos y culturales en condiciones de igualdad.²²

De conformidad con el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño,²³ el registro de las personas debe realizarse desde su nacimiento. Por esta razón, los datos que recoge el registro de nacimientos se establecen a partir de los criterios que determinan las personas agentes del Estado y los padres o madres. Dentro de la estructura institucional prevista en el ordenamiento jurídico costarricense,

¹⁷ TEDH. Case of Dudgeon v. the United Kingdom, Sentencia de 22 Octubre 1981. Aplicación N° 7525/76. Párrafo 41.

¹⁸ Atala Riffo. Op cit. Párrafos 135 y 136.

¹⁹ Corte I.D.H. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de setiembre de 2005.

²⁰ TEDH. Caso Stjerna vs Finlandia, Sentencia del 25 de noviembre de 1994, Serie A, n. 299-A, p. 60, párr. 37; Caso Burghartz vs Suiza, Sentencia del 22 de febrero de 1994, Serie A, n. 280-B, p. 28, párr. 24. Citado por el Juez A. A. Cañado Trindade en Voto Disidente Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Sentencia del 1 de marzo de 2005. Serie C 120. Párr. 24.

²¹ Comité Jurídico Interamericano, Opinión "Sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007. Párrs. 11.2 y 18.3.3, ratificada mediante resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2010. Párr. 14.3

²² Comité Jurídico Interamericano, Opinión "Sobre el alcance del derecho a la identidad", *ibíd.* párr. 14.4

²³ Vigente en Costa Rica a partir del 09 de agosto de 1990, por medio de la Ley N° 7184 del 18 de julio de ese mismo año.

Handwritten signature

la función del registro del nacimiento y la determinación de la identidad de las personas recaen en el Registro Civil, como órgano del Tribunal Supremo de Elecciones. Como parte de los requisitos que exige la legislación para la inscripción de los nacimientos, el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil²⁴ obliga a la declaración del sexo de la persona recién nacida. A partir de este dato y siguiendo las pautas de la heteronormatividad y los patrones binarios de género, desde el Estado y con el acto oficial del registro del nacimiento, se presenta una imposición con respecto a elementos que son propios del derecho a la identidad, al fijarse una concepción de lo que debe ser la sexualidad de cada persona, así como sus implicaciones en su vida personal y social.

En el caso de las personas que presentan una disconformidad entre su sexo biológico y su identidad de género -como se analizará al momento de desarrollar lo correspondiente a los procedimientos en la legislación costarricense- la imposibilidad actual de modificar el registro de su nacimiento y con ello, su documento de identidad, implica la exposición permanente al cuestionamiento social sobre su identidad, afectando el ejercicio y defensa de sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.²⁵ En criterio de esta Defensoría y en aplicación a lo dispuesto en el artículo 1.1 de la CADH, la falta de adopción o carencia de acciones por parte del Estado para la modificación de los datos registrales de las personas transgénero, implicaría por parte de éste la perpetuación y reproducción de la discriminación estructural que han sufrido las personas en razón de su identidad y expresión de género.²⁶

²⁴ Ley N° 3504 del 10 de mayo de 1965, la cual puede ser ubicada en <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/leyorganicaTSE.pdf>.

²⁵ De conformidad con el artículo 95 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones, la presentación del documento de identidad es obligatoria para la realización de los siguientes actos:

- a) Emitir el voto;
- b) Todo acto o contrato notarial;
- c) Iniciar gestiones o acciones administrativas o judiciales;
- d) Firmar las actas matrimoniales, ya sean civiles o católicas;
- e) Ser nombrado funcionario o empleado del Estado, sus instituciones y Municipalidades;
- f) Formalizar contratos de trabajo;
- g) Firmar obligaciones a favor de instituciones autónomas, semiautónomas o de las Juntas Rurales de Crédito y Oficinas de Ayuda al Agricultor;
- h) Obtener pasaporte;
- i) Formalizar el Seguro Social, sin que esta disposición pueda amparar al patrono de las consecuencias que la ley y Reglamento de la Caja Costarricense de Seguro Social le imponen;
- j) Recibir giros del Estado, Municipalidades e Instituciones Autónomas o Semiautónomas;
- k) Matricular los padres o encargados a sus hijos o pupilos en escuelas y colegios, públicos o privados;
- l) Obtener o renovar la licencia de conductor de vehículos; y
- m) Cualquier otra diligencia u operación en que sea del caso justificar la identidad personal.

En las actuaciones de las personas jurídicas se presentará la cédula del respectivo personero.

En las escrituras públicas, en los contratos privados, en los expedientes administrativos y judiciales, pagarés y certificados de prenda, deberá consignarse el número de la cédula de las partes.

En los Tribunales de Justicia, los litigantes gozarán de dos meses para presentar su cédula, y vencido ese término sin que hayan observado este requisito, o logrado una prórroga del plazo, no se les atenderán sus posteriores gestiones. No producirá nulidad de actuaciones la sola circunstancia de falta de presentación oportuna de la cédula. Los Tribunales de Justicia, en casos muy calificados, y tomando en cuenta los motivos de impedimento aducidos por el litigante, quedan facultados para prorrogar el plazo de dos meses arriba indicado, con el fin de evitar denegatoria de justicia a quien esté imposibilitado para exhibir su cédula.

²⁶ Atala Riffo, *ibid.* párr. 92 y En relación con la modificación de los datos registrales en el caso de las personas trans, en el Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la Discriminación y Violencia a las personas



En Costa Rica no existen datos estadísticos que permitan visibilizar a las personas que tienen una identidad de género distinta a su sexo registral, lo que impide reflejar oficialmente la realidad que viven y las diversas formas en las que sus derechos son violados. No obstante la Defensoría de los Habitantes, en el ejercicio de sus funciones, sí ha tenido conocimiento sobre esta realidad, en especial de las personas trans femeninas. Se trata de personas que por el no reconocimiento de su identidad sufren una expulsión temprana de sus hogares y presentan niveles bajos de escolaridad, ya sea por la carencia de apoyo familiar o bien, por la violencia que sufren en los centros educativos. Las denuncias que ha recibido la Institución por parte de esta población reflejan claramente la situación de vulnerabilidad y exclusión social a las que se encuentran expuestas. Un número importante de ellas recurren al comercio sexual como única actividad que les permite obtener los recursos económicos para satisfacer sus necesidades básicas. Ante esta realidad, la mayoría de las denuncias que ha conocido la Defensoría refieren a situaciones de abuso y violencia por parte de las autoridades policiales, jugando un papel esencial su mayor exposición a ésta por la disconformidad que se presenta en sus documentos de identidad. Asimismo, sufren la humillación y negación de los servicios públicos y privados vinculados a la satisfacción de sus derechos humanos, como es el caso de la atención en materia de Salud o en el sistema bancario.²⁷ Esta realidad, aunque no pueda ser respaldada por datos estadísticos, concuerda con la realidad que tanto a nivel regional como mundial, enfrentan este grupo de la población.²⁸

La posible tensión que existe entre la modificación de los datos registrales para el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans y el interés público en la integridad de la información registral y de la seguridad jurídica, constituye uno de los elementos que gravitan alrededor de la solicitud de opinión consultiva presentada por el Estado costarricense y requiere de un especial pronunciamiento. Con respecto a este punto, no existe una declaratoria específica por parte de la Corte I.D.H., pero sí un importante desarrollo jurisprudencial por parte del TEDH que, en criterio de esta INDH, debe ser considerado al momento de emitir la opinión consultiva.

por motivo de la orientación sexual e identidad de género presentado ante el Consejo el 14 de mayo de 2015, en su párrafo 69 refiere a la afectación de los derechos de estas personas a partir de la imposibilidad de modificación de los datos registrales para modificar su nombre y sexo para ajustarlo a su identidad. Consejo de Derechos Humanos. 29º Periodo de Sesiones Ordinarias. A/HRC/29/23.

²⁷ A este respecto se puede profundizar sobre el contenido de estas denuncias en el Informe Anual de Labores de la Defensoría de los Habitantes 2015-2016 págs. 260 y 271 e Informe de Labores del período 2014-2015 pág. 175.

²⁸ En este sentido, resulta revelador la afirmación que realiza la organización Human Rights Watch en su ensayo Derecho en Transición: Hacer del reconocimiento legal de las personas transgénero una prioridad global, cuando señala:

"El reconocimiento legal de género es también un elemento esencial de los demás derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a no ser objeto de detención arbitraria y los derechos relacionados con el empleo, la educación, la salud, la seguridad, el acceso a la justicia y la capacidad de desplazarse libremente.

Una sentencia del Tribunal Supremo de Delhi en octubre de 2015 expuso el vínculo intrínseco entre el derecho al reconocimiento legal de género y otros derechos. Al ratificar el derecho de un hombre transgénero de 19 años de edad a recurrir contra el acoso por parte de sus padres y la policía, el juez Siddharth Mridul escribió:

La identidad de género y la orientación sexual son fundamentales para el derecho a la libre determinación, la dignidad y la libertad. Estas libertades están en el corazón de la autonomía personal y la libertad de los individuos. El sentido de una [persona] transgénero o su experiencia de género es parte integral del núcleo de su personalidad y su sentido de ser. En tanto, entiendo así la ley, todas las personas tienen el derecho fundamental a ser reconocidas por su género elegido."



En un primer momento, el TEDH mantuvo una posición que negaba la posibilidad de modificar los datos registrales de las personas trans atendiendo a las consecuencias y afectación al registro de nacimiento que tendría, tanto en el ámbito administrativo como frente a la sociedad. Por lo anterior, negó la existencia de una afectación del derecho a la vida privada, contenido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.²⁹ Asimismo, aún y cuando fue reconocida posteriormente la afectación del derecho a la vida privada, el TEDH proporcionó un amplio margen de discrecionalidad a los Estados, en virtud de la inexistencia de un consenso en la comunidad científica y en la legislación de los países europeos.³⁰ La línea jurisprudencial se modificó en el año 2002, a través del caso Christine Goodwin contra el Reino Unido, en el cual el TEDH reconoció no sólo la afectación del derecho a la vida privada de la persona denunciante, sino que también ordenó al Reino Unido la modificación del registro de nacimiento, considerando que frente al interés público en mantener la integridad de este sistema, prevalece el derecho de las personas a vivir dignamente y de conformidad con su identidad.

III. Marco jurídico costarricense en relación con el derecho al nombre y los procedimientos para la modificación del registro de nacimientos. Conformidad con las disposiciones de los artículos 11.2, 18, 24 y 25 de la CADH.

El ordenamiento jurídico costarricense no tutela el derecho al nombre como un derecho de rango constitucional, sino que su regulación se realiza a través del Código Civil. En su Libro Primero, Título II, Capítulo II, el Código reconoce el derecho al nombre como un derecho de la personalidad, al señalar en el artículo 49: *"Toda persona tiene el derecho y la obligación de tener un nombre que la identifique, el cual estará formado por una o a lo sumo dos palabras usadas como nombre de pila, seguida del primer apellido del padre y del primer apellido de la madre, en ese orden"*³¹. La jurisprudencia constitucional ha reconocido este derecho como elemento del derecho a la identidad³² y como parte del derecho a la personalidad jurídica, el cual se caracteriza por ser inalienable, obligatorio, imprescriptible, inmutable, indivisible y transmisible. En cuanto a su inmutabilidad, se reconoce la posibilidad de modificación en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 del Código³³ únicamente en cuando al nombre de pila, no así sobre los otros elementos que conforman el nombre.³⁴ Asimismo, no se tutela expresamente el supuesto de cambio en razón de la identidad de género.

Previo del análisis de la disposición contenida en el artículo 54 del Código Civil y la jurisdicción voluntaria, es importante informar a la Honorable Corte sobre los procedimientos que contiene la legislación costarricense respecto de la posibilidad de modificar el nombre y los asientos registrales del registro de nacimientos.

²⁹ TEDH. Caso Rees v. the United Kingdom. Aplicación N° 9532/81. Sentencia del 17 de octubre de 1986. Posición que fue reiterada en Cossey v. the United Kingdom. Aplicación N° 10843/84. Sentencia del 17 de setiembre de 1990.

³⁰ TEDH Caso B. v. France. Aplicación no. 13343/87. Sentencia del 25 de marzo de 1992. Párr. 44, 45 y 48.

³¹ Ley 63 del 28 de setiembre de 1887.

³² Sala Constitucional. Resolución 1093-2014 las quince horas y cuarenta minutos del cuatro de diciembre de dos mil catorce. Considerando VII. Ubicable en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=621198&strTipM=T&Resultado=0&pgn=&pgrt=¶m2=1&nTermino=&nTesoro=&tem1=&tem4=&strLib=&spe=&strTem=&strDirTe=

³³ *"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."*

³⁴ Sala Constitucional. Resolución 2011-015345 de a las catorce horas y cuarenta y seis minutos del nueve de noviembre del dos mil once.



La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, prevé en su artículo 65³⁵ la posibilidad de modificación en sede administrativa de los asientos registrales. En este caso y a partir de la aplicación del artículo 45³⁶ del Reglamento del Registro del Estado Civil,³⁷ en la práctica administrativa se considera que la modificación registral de los asientos y en especial del nombre por la vía del ocurso, sólo procede en sede administrativa en el caso de errores ortográficos o en la grafía. En casos de modificación total de éste, las personas están obligadas a acudir a lo dispuesto en el artículo 54 del Código Civil.

La actividad jurisdiccional no contenciosa regulada en los artículos 819 y siguientes del Código Procesal Civil,³⁸ está prevista para aquellas situaciones en las cuales sin existir un conflicto, la decisión voluntaria de las personas entraña potencialmente una afectación a los derechos de otras personas³⁹ y, por esta

³⁵ "Las enmiendas o modificaciones en las inscripciones del Departamento del Estado Civil, se harán en virtud de sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Elecciones en vía de ocurso o por sentencia dictada por los Tribunales Civiles en juicio ordinario.

No obstante el Registrador General rectificará mediante resolución los errores puramente materiales o de copia en los asientos, cuando en el despacho exista el documento original que demuestre el error, pero la rectificación podrá ser revocada a su vez, si parte interesada demuestra al Registrador motivo justo.

Igualmente el Registrador General rectificará, a petición de parte interesada, los asuntos referentes a ésta, a sus causantes o a quienes represente legalmente, siempre que se trate de simples errores ortográficos, o de errores en los nombres, apellidos o sexo, si de las alegaciones que se le hicieren o documentos que se le presentaren fuere evidente que se trata de una simple equivocación. La rectificación deberá ordenarse por resolución que se publicará en el Diario Oficial; podrá revocarse en cualquier momento, si parte interesada se opusiere a ella, y en ningún caso perjudicará a tercero, cualquiera que sea el tiempo transcurrido. La rectificación se hará constar al margen del asiento respectivo, con indicación de la resolución que la ordenó."

³⁶ "Le corresponde a la Sección de Actos Jurídicos tramitar las solicitudes de rectificación, modificación o cancelación de asientos, así como la inscripción de actos tales como el reconocimiento, la legitimación, separación judicial, divorcio, nulidad de matrimonio, adopción, acciones de filiación, cambio de nombre, interdicción, opción y cancelación de nacionalidad y otros que afecten el estado civil de las personas.

Asimismo modificará, aun de oficio, todos los errores que contengan las inscripciones y que se desprendan de los propios documentos que las hayan sustentado."

³⁷ Reglamento N° 06-2011 del 14 de agosto de 2011, el cual se puede consultar en <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/registrodelestadocivil.pdf>

³⁸ Ley N° 7130 del 16 de agosto de 1989. Si bien el Código fue derogado por la Ley N° 9342 del 3 de febrero de 2016 y entrará en vigencia treinta meses después de su publicación, por disposición de su transitorio IV, los aspectos referidos a la jurisdicción no contenciosa se mantiene vigentes hasta la emisión de una nueva normativa. Para consultarlo, ver en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=12443&nValor3=75676&strTipM=TC

³⁹ En este sentido, basta la lectura de las disposiciones contenidas en el artículo 819 que, sin ser exhaustivo con respecto a los procedimientos propios de la jurisdicción no contenciosa, señala:

"Casos que comprende: Se sujetarán al procedimiento establecido para la actividad judicial no contenciosa los siguientes casos:

- 1) El depósito de personas.
- 2) Oposiciones al matrimonio.
- 3) Divorcio y separación por mutuo consentimiento.
- 4) Salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad.
- 5) Tutela.
- 6) Ausencia y muerte presunta.



razón, se acude ante la autoridad jurisdiccional con el fin de que sea ésta la que declare el derecho en aplicación de la ley y no en virtud de la voluntad de la persona titular del derecho.⁴⁰

La Corte I.D.H. ha sido clara al reconocer como parte de la obligación de debida diligencia del Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la justicia, el prever para estos efectos en su ordenamiento jurídico los recursos judiciales y administrativos frente a situaciones de violación a los derechos, evitando un estado de indefensión. El Estado costarricense en su solicitud, no invoca el artículo 25.1 de la CADH y la doctrina generada por la Corte en relación con la existencia de un recurso efectivo. No obstante, es criterio de esta Defensoría que el procedimiento previsto en el artículo 54 debe evaluarse a la luz de dicha jurisprudencia.

La obligación del Estado de prever la existencia de recursos administrativos o judiciales no se agota en su enunciación formal sino que requiere que éstos sean adecuados, eficaces e idóneos, elementos cuyo cumplimiento refiere a la capacidad real que éstos tengan para tutelar los derechos de las personas y garantizar su restitución, así como su reparación integral.⁴¹ La idoneidad de un recurso exige a su vez que éste responda, por una parte, a la naturaleza del derecho y por otra, a las características específicas que éste adquiere con respecto a la persona o grupos de personas que son titulares de éste.⁴² La aplicación de estos principios en la situación objeto de consulta, implica que los procedimientos previstos por la legislación deben respetar el derecho a la identidad como proceso de autodefinición que, como tal, es personalísimo. En consecuencia, es esencial que sus disposiciones no legitimen la imposición por parte de terceros o del Estado sobre algunos de los elementos que lo conforman.

En cuanto a la capacidad que tiene el recurso ante la jurisdicción no contenciosa para la restitución del derecho de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo registrado al momento del nacimiento, éste presenta importantes deficiencias. No se trata de un procedimiento en el cual se

7) Enajenación, hipoteca o prenda de bienes de menores o de personas declaradas en estado de interdicción.

8) Extinción del usufructo, uso, habitación y servidumbre, salvo en cuanto a esta que se trate de la resolución del derecho de constituyente.

9) Deslinde y amojonamiento.

10) Pago por consignación.

11) Informaciones para perpetua memoria.

12) Sucesiones.

13) Cualesquiera otras que expresamente indique la ley."

⁴⁰ White Ward, Omar. *Teoría General del Proceso. Temas Introductorios para auxiliares judiciales*, págs. 27 y 28, tomado de www.poder-judicial.go.cr

⁴¹ En cuanto al vínculo existente entre el derecho a un recurso sencillo y efectivo y la obligación de reparación integral del daño, el Comité de los Derechos Humanos en su Observación General N° 31 señala en su párrafo 16: "El párrafo 3 del artículo 2 requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados. Si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple".

⁴² La Corte I.D.H. ha señalado en casos de la violación de los derechos de propiedad en perjuicio de pueblos indígenas cómo los recursos tradicionales previstos en el ordenamiento civil, no responden a la naturaleza colectiva que tiene este derecho para los pueblos ancestrales. Por ello, ha hecho manifiesta la necesidad de que "es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres". En especial, la Corte ha sostenido que, "para garantizar el derecho a la propiedad comunal de los integrantes de los pueblos indígenas, los Estados deben establecer 'un recurso efectivo con las garantías de debido proceso [...] que les permita reivindicar sus tierras tradicionales' (...)". Caso Comunidad Indígena Yakey Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, N° 125. Párrafo 96. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2007. Serie C N° 172. Párrafo 178.

1626

establezcan los requisitos que las personas deben cumplir para obtener una declaratoria favorable a su derecho. Por el contrario, reconoce un margen importante de discrecionalidad a la autoridad judicial para que sea ésta la que determine la procedencia o no del cambio en cada caso concreto.⁴³ Por otra parte, eventualmente sólo implicaría la modificación del nombre de la persona, no así el asiento registral correspondiente al sexo. Por esta razón, es ineficaz para el pleno reconocimiento del derecho a la identidad de género.

Como se señaló *supra*, el derecho a la identidad de las personas se vincula con el ejercicio de diversos derechos, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11 de la CADH. En este caso, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte en reiteradas resoluciones, un derecho sólo puede ser restringido en el tanto la injerencia del Estado no resulte abusiva o arbitraria. Para esto se ha establecido que toda limitación a un derecho debe cumplir con el principio de legalidad - estar prevista en una ley en sentido formal y material-, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.⁴⁴ El procedimiento previsto en el Código Civil y regulado en el Código Procesal Civil implica en sí mismo una limitación al ejercicio del derecho a la identidad y al nombre. En este caso, si bien se encuentra regulado por ley formal, considera esta Defensoría que se debe evaluar la proporcionalidad de la medida en relación con el presunto fin legítimo que se busca. A partir del análisis realizado de la evolución de la jurisprudencia del TEDH -ver *supra*-, es evidente que el fin que se persigue a partir de la delegación de la modificación del nombre por parte de autoridad jurisdiccional, es mantener la integridad del sistema nacional de registro de nacimientos y con éste, la seguridad jurídica. No obstante, la elección del recurso conlleva en sí misma la negación del derecho a la identidad y al nombre, en el tanto obliga a las personas a someter la definición de un derecho que forma parte de su espacio más íntimo y que le permite a partir de éste, su proyección frente al resto de la sociedad y el ejercicio de sus derechos. De esta forma, la aplicación de un procedimiento en sede jurisdiccional para el cambio de nombre de las personas conlleva una afectación desproporcionada de los derechos humanos.

La valoración de la modificación de los asientos registrales de las personas a partir del género autodefinido y sus consecuencia jurídicas por parte de la Corte, también debe comprender el análisis de lo dispuesto en el artículo 57 del Código Civil que en su texto dispone: *"El cambio o alteración del nombre no extingue ni modifica las obligaciones o responsabilidades contraídas por una persona bajo su nombre"*

⁴³ No existen pronunciamientos jurisprudenciales en el ámbito constitucional en relación con la modificación del nombre o el sexo registral debido a la identidad de género autodefinida, pero si existen pronunciamiento en relación con la modificación de los apellidos como elementos del nombre. En estos casos, la Sala ha señalado que: *"toda persona tiene derecho a un nombre, que estará formado por el nombre de pila o propio y uno o dos apellidos. A partir de ahí, el legislador puede regular ese derecho a su discreción. En nuestro caso, otorgó la potestad de autorizar o no el cambio de nombre a un Juez de la República y frente a esta autorización abierta, y una legislación tan escasa, el Juez ha hecho una interpretación restrictiva del concepto nombre y ha señalado que solamente se puede modificar el nombre de pila o nombre propio, pero no los apellidos. Ahora bien, esta interpretación no ha sido antojadiza sino debidamente justificada en razones de seguridad jurídica y la posible afectación de la filiación, las cuales el accionante no comparte. Sin embargo, son razonables absolutamente válidas frente a la escasa regulación del tema. Es claro que una interpretación en sentido contrario a la que han hecho los jueces, sin estar acompañada de la regulación correspondiente podría tener efectos negativos en nuestro ordenamiento jurídico."* Resolución 2011-015345. *Op Cit.*

⁴⁴ Corte IDH. La Expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6, Párrs. 35 y 37. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 257, párrafo 273. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 107, párr. 120. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C N°193, párr. 56 y Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, párr. 164.



anterior". Para la comprensión de esta disposición se debe señalar que en el caso de Costa Rica, como muchos de los países de la región, la identidad de las personas desde el punto de vista del Estado es determinada a partir de una cifra que refleja la anotación del nacimiento de las personas, la cual define en último término la identidad de las personas. Por esta razón, en criterio de esta INDH, el artículo 57 del Código Civil es en sí mismo suficiente para el resguardo de la seguridad jurídica a partir del cambio de la información registral distinta al número de cuenta cédular, por lo que no tiene cabida la alegación de posible afectación a la seguridad jurídica en el caso del reconocimiento del género autodefinido.

Esta Defensoría considera que actualmente la aplicación del recurso como recurso administrativo para la modificación de los asientos registrales, incluyendo el nombre y el sexo, no presenta limitaciones legales en el tanto las normas que lo regulan no diferencian en cuanto a los asientos del registro que pueden ser modificados a través de este procedimiento. No obstante, tal y como se ha constatado en reiteradas ocasiones, la negativa de su aplicación obedece a la interpretación de las normas por parte del Tribunal Supremo de Elecciones y la práctica administrativa que deriva de ella, la cual podría ser modificada a partir de una correcta integración de la norma doméstica con las disposiciones contenidas en la CADH y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, así como los pronunciamientos realizados por la Corte I.D.H.,⁴⁵ a partir de un correcto ejercicio del control convencionalidad.

En este sentido, la situación podría revertirse como se logró en el año 2009⁴⁶ cuando a las puertas de un proceso electoral, la Defensoría conoció las dificultades que tenían las personas cuyo género autodefinido no se correspondía con su sexo registral, al momento de solicitar el documento de identificación. A partir de una disposición que provenía de la década de los ochenta,⁴⁷ la fotografía de las personas debía corresponder con la apariencia esperada socialmente según su sexo registral. En este caso, y lejos de los argumentos que se presentan para defender la integridad del registro de nacimientos o la inmutabilidad de la información contenida en éste, se determinó que la verdadera afectación a la seguridad jurídica derivaba de la imposición desde el Estado de una identidad consignada al momento de nacer que ignora los procesos de autodefinición de las personas a lo largo de su vida. Resultado de las recomendaciones emitidas por la Defensoría, el TSE emitió el Reglamento de Fotografías para Cédulas de Identidad, Decreto No. 08-2010 publicado en La Gaceta No. 127 del 1º de julio de 2010, en el que se incorpora el reconocimiento a la identidad de género, y por lo tanto, a que la persona se tome una fotografía acorde con ella.⁴⁸ Estas disposiciones internas, sin embargo, no existen aún en el ámbito administrativo para efectos de garantizar que el documento de identidad refleje el nombre y el sexo, respetando la identidad de género autodefinida por la persona.

IV. LA PROTECCIÓN QUE BRINDAN LOS ARTÍCULOS 11.2, 17 Y 24 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1º DE LA CADH, AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DERIVADOS DE UN VÍNCULO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

⁴⁵ En este sentido es importante recordar que el artículo 27 del Convenio suscrito entre el Gobierno costarricense y la Corte Interamericana de Derechos Humanos para definición de la sede de esta última, dispone: "*Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses*"

⁴⁶ Oficio 12051-2009-DHR de 6 de noviembre de 2009. Correspondiente al expediente No 41007-2009-SI.

⁴⁷ Acuerdo del Tribunal Supremo de Elecciones, aprobado en la sección No. 8197, artículo cuarto, inciso b) del 7 de junio de 1985.

⁴⁸ Este reglamento fue reformado el 28 de marzo de 2016 y puede ser consultado en la página

<http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/fotografiascedulaidentidad.pdf>



La vigencia en una sociedad de una visión de la sexualidad desde la heteronormatividad y la imposición de un patrón binario de los roles de género, se refleja con mayor claridad en la resistencia que aún persiste en muchas sociedades, incluida la costarricense, de reconocer la relación afectiva que se establece entre personas del mismo sexo. La imposición heterodefinida de una vivencia de la sexualidad, implica la calificación de las relaciones homosexuales como relaciones contrarias a la naturaleza, estigmatizándolas y negando la posibilidad del reconocimiento del vínculo, exponiéndolas a la discriminación y a la violencia.⁴⁹

En relación con el reconocimiento de los derechos derivados de la unión entre personas del mismo sexo, el Estado costarricense no solicita un pronunciamiento respecto de sus obligaciones derivadas del artículo 1.1 en relación con la totalidad de los derechos contenidos en la CADH, incluido el derecho al matrimonio contemplado en su artículo 17. En su lugar, limita su pretensión al reconocimiento de los derechos patrimoniales que derivan de este vínculo. Si bien en la actualidad no existe consenso en la comunidad internacional sobre la existencia de una obligación de los Estados de reconocer el matrimonio entre las personas del mismo sexo, esta Defensoría considera que la jurisprudencia de la Corte reconoce la existencia de obligaciones de contenido positivo por parte de los Estados ante la violación a los derechos humanos en virtud de la ausencia de un reconocimiento al vínculo que establecen las personas que tienen una orientación sexual y afectiva hacia su mismo sexo. En este sentido, ha reconocido que la ausencia de un consenso al interior de los países con respecto a los derechos de las minorías sexuales, no puede ser utilizada por el Estado para negar o restringir los derechos humanos o perpetrar o reproducir la discriminación histórica y estructural que éstas han sufrido.⁵⁰ Por esta razón, debe quedar claro que limitar el reconocimiento del vínculo entre personas del mismo sexo a aspectos meramente patrimoniales implicaría legitimar la discriminación.

La incorporación de la orientación sexual de las personas como motivo prohibido de discriminación a la luz del artículo 1.1 de la Convención, obliga por sí misma a la interpretación de que todos los derechos contenidos en la CADH y en consecuencia, el tratamiento de cualquier naturaleza, que resulte discriminatorio con respecto de cualquiera de éstos, es *per se* incompatible con la Convención.⁵¹ En este sentido, respecto de las obligaciones generales de respetar, proteger y garantizar la efectividad de todos los derechos consignados en la Convención en toda circunstancia, la Corte ha señalado que de las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, derivan deberes especiales que se concretan a partir de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En consecuencia, en relación con la capacidad que tiene el Derecho Internacional en cuanto a la definición previa de las diversas formas y modalidades que pueden asumir los hechos violatorios, señala que estas no pueden ser consideradas *numerus clausus*, por lo que es necesario prestar atención a las particulares necesidades de protección del ser humano, como destinatario último de las normas convencionales. Por esta razón y tal y como se ha indicado a lo largo del presente documento, la Corte reconoce que las obligaciones generales que derivan de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, no pueden definirse en su alcance a partir de una visión centrada en la voluntad soberana de los Estados y de los efectos de las relaciones meramente

⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos humanos. Violencia contra las persona LGBTI. 2015. Párrafos 31. En <http://www.oas.org>

⁵⁰ Atala Riffo vs. Chile. Párr. 92. Duque vs. Colombia. Párr. 123.

⁵¹ Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 53. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 332. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 214.



interestatales. En su lugar, la valoración de los supuestos de incumplimiento debe determinarse en cada caso, en función de las necesidades de protección, para cada caso en particular.⁵²

La jurisprudencia emitida por la Corte en relación con la discriminación que sufren las personas en razón de su orientación sexual⁵³ se ha pronunciado sobre los efectos que esta tiene en el reconocimiento y disfrute de diversos derechos contemplados en la Convención, pero no ha tenido la posibilidad de pronunciarse expresamente sobre la naturaleza del vínculo que se establece y su relación con el derecho al matrimonio.

El artículo 17.2 de la Convención reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, pero también dispone que dichas leyes no deben afectar el principio de no discriminación establecido en esta Convención

En este punto, se deben realizar algunas observaciones respecto de la forma en que este derecho ha sido analizado a nivel del derecho comparado y las dificultades que en otras regiones se encuentran para el reconocimiento del matrimonio igualitario como derecho humano. En el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos –en adelante CEDH–, la norma que regula el derecho al matrimonio no contiene un reconocimiento particular en relación con el derecho a la no discriminación y en su lugar, regula únicamente el acceso a este derecho al señalar: *"A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho"*. La redacción de la norma permite comprender la interpretación sostenida por parte del TEDH,⁵⁴ cuando considera que los términos *hombre* y *mujer* en dicho artículo no son accidentales, sino que debido a esta diferenciación, inexistentes en el resto del artículo del CEDH, refieren a la existencia de una relación entre un hombre y una mujer en exclusividad, y no derechos separados de hombres y mujeres.

En el caso de la CADH su regulación sobre el derecho al matrimonio es más amplia, contemplando aspectos ausentes en la normativa europea y que se vinculan directamente con la forma en la cual se debe comprender la prohibición de discriminación en relación con el matrimonio. En su artículo 17,⁵⁵ concretamente en su inciso 4, regula el derecho al igualdad en el vínculo matrimonial, estableciendo la igualdad en los derechos y la equivalencia en las responsabilidades entre los conyugues, lo que excluye la posible interpretación de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo en análisis como referencia a una

⁵² Corte IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia 31 de enero de 2006. Serie C. No. 140. Párr. 111, 116 y 117.

⁵³ Corte IDH. Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile op cit, Duque Vs. Colombia Op cit y Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315

⁵⁴ TEDH. Caso Shalk & Kopf vs. Austria. Aplicación No. 3014/04- Sentencia del 24 de junio de 2010. Párr. 55. Chapin & Charpentier Vs. Francia. Aplicación No. 40183/07. Sentencia del 9 de junio de 2016. Párrs. 36-40.

⁵⁵ "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos."

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo."



obligación de igualdad entre los conyugues.⁵⁶ Lo anterior queda aún más claro al analizar los *travaux préparatoires* de la Convención. De las discusiones entre los Estados es posible determinar que el concepto de discriminación que se incluye en el inciso 17.2 se refiere a la discriminación en los términos del artículo 1.1. Por lo tanto, la frase "(...) en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención" del artículo 17.2, debe interpretarse con la misma amplitud con la que se interpreta la prohibición de la discriminación en relación con cualquier otro derecho consagrado en la Convención.

Especial análisis requiere por parte de la Corte, las disposiciones contenidas en el derecho interno con respecto de los requisitos para contraer matrimonio. El artículo 14 del Código de Familia, señala que es legalmente imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo.⁵⁷ En este caso, más que por la disposición contenida en el artículo 17.2 de la CAHD, es criterio de esta Defensoría que la convencionalidad de esta disposición debe ser analizada a partir de la naturaleza evolutiva de la Convención, en el contexto de las obligaciones generales del Estado que derivan de la prohibición de toda forma de discriminación y de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención y en especial, de la obligación de adecuación de la legislación o cualquier medida de otra naturaleza que sean necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en la CADH, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de ésta.

Con independencia de la figura que se utilice para el reconocimiento del vínculo, esta INDH considera importante que la Corte valore también los señalamientos que ha realizado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ante el Consejo de Derechos Humanos en los años 2011⁵⁸ y 2015.⁵⁹ Ante la persistente carencia de consenso entre los países y sus legislaciones respecto del reconocimiento del matrimonio igualitario, la eliminación de la discriminación que sufren las personas que

⁵⁶ En relación con el origen de la reiteración del principio de no discriminación en el caso del matrimonio, los documentos guardan silencio en relación al fundamento de esta decisión. La única observación directa a dicho inciso fue realizada por el Gobierno de República Dominicana en sus observaciones y comentarios al proyecto de convención, señalando: "El derecho al matrimonio es fundamental y no debe negarse mediante leyes arbitrarias nacionales o locales. En consecuencia, las "condiciones" requeridas o establecidas por la ley deben pasar la prueba de lo justo y equitativo. Sería mejor no repetir el principio de no discriminación aquí ni en ningún otro artículo específico no sea que su omisión se interprete en el sentido de debilitar su aplicación en artículos donde no se menciona." Documento 9. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf>

⁵⁷ Artículo 14.-Es legalmente imposible el matrimonio:

- 1) De la persona que esté ligada por un matrimonio anterior.
 - 2) Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad.
- El impedimento no desaparece con la disolución del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad.
- 3) Entre hermanos consanguíneos.
 - 4) Entre quien adopta y la persona adoptada y sus descendientes; hijos e hijas adoptivos de la misma persona; la persona adoptada y los hijos e hijas de quien adopta; la persona adoptada y el ex cónyuge de quien adopta, y la persona que adopta y el ex cónyuge de quien es adoptado.
 - 5) Entre el autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente.
 - 6) Entre personas del mismo sexo. (el subrayado no es del original)
 - 7) De la persona menor de dieciocho años.

Ley N° 5476 del 21 de diciembre de 1973. Esta normativa puede ser consultada en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&strTipM=TC

⁵⁸ Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual y orientación de género, de 17 de noviembre de 2011. A/HRC/19/41. Párr. 68, 69 y 70.

⁵⁹ Discriminación y violencia contra las personas por motivo de la orientación e identidad de género, de 4 de mayo de 2015. A/HRC/29/23. Párr. 67 y 68.



mantiene una relación *more uxorio* con una persona de su mismo sexo, implica el reconocimiento por parte de los Estados de los mismos derechos que se reconocen a las parejas heterosexuales en igual condición, de conformidad con el derecho a la no discriminación.⁶⁰

En el caso de la legislación costarricense, el Código de Familia regula la figura del matrimonio –tanto católico como civil- y las uniones de hecho como opciones para el reconocimiento y regulación del vínculo que se establece entre personas heterosexuales. En el caso del matrimonio, la legislación le reconoce su eficacia a partir de su celebración, ordenando su inscripción en el Registro Civil –Art. 33-.⁶¹ Con la inscripción registral, se realiza una modificación en el estado civil de las personas,⁶² reconociendo la oponibilidad del vínculo ante terceros, cuya existencia no admite prueba en contrario –*iure e iure*- y produce efectos jurídicos ante la sociedad y el Estado, tanto personales⁶³ como patrimoniales.⁶⁴

⁶⁰ En cuanto al principio de no discriminación, el Comité de los Derechos Humanos en su Observación General N° 18 señala en su párrafo 1º: "(...) La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

⁶¹ "El matrimonio surte efectos desde su celebración y debe ser inscrito en el Registro Civil."

⁶² Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones. Art. 43. Op Cit.

⁶³ "Artículo 34.- Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo, están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar salvo que motivos de conveniencia o de salud para alguno de ellos o de los hijos, justifique residencias distintas." Código de Familia. Op cit.

⁶⁴ "Artículo 41.- Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación. Los tribunales, de oficio o a solicitud de parte, dispondrán tanto la anotación de las demandas sobre gananciales en los Registros Públicos, al margen de la inscripción de los bienes registrados, como los inventarios que consideren pertinentes.

Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlo. Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación.

- 1) Los que fueren introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria;
- 2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales;
- 3) Aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio;
- 4) Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y
- 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.



Para las uniones de hecho, regulada en los artículos 242 y siguientes del Código de Familia,⁶⁵ no existe una disposición que garantice su oponibilidad ante terceros durante su existencia, por lo que su capacidad de generar efectos jurídicos requiere de una declaración por parte de una autoridad judicial, y procede sólo para efectos de la disolución del vínculo, reconociendo únicamente las consecuencias patrimoniales derivados del éste.⁶⁶

Junto con las disposiciones contenidas en el derecho de familia, existe desde la década de los noventa una línea jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que reconoce un concepto amplio de familia, comprendiendo dentro de éste la realidad de las parejas heterosexuales no unidas por vínculo matrimonial y que extiende a estas las obligaciones de protección por parte del Estado dispuestas en los artículos 51 -"La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido"-y 52-"El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges"- de la Constitución Política.⁶⁷

Frente a esta realidad y a pesar del carácter conservador de las disposiciones del Código de Familia para la regulación de la unión de hecho, se han ampliado los derechos reconocidos a las uniones entre personas heterosexuales ya sea por ley formal, disposición administrativa o resoluciones jurisdiccionales. En este caso, se trata de un desarrollo casuístico, poco sistematizado, pero que ha extendido esta protección en forma significativa para incluir, sin pretender ser exhaustivos, el reconocimiento de acceso a los servicios o prestaciones que brinda el Estado,⁶⁸ el derecho a la herencia,⁶⁹ el derecho a la adopción

Se permite renunciar, en las capitulaciones matrimoniales o en un convenio que deberá en hacerse escritura pública, a las ventajas de la distribución final." Código de Familia. Op cit.

65 Esta regulación de la unión de hecho fue realizada mediante la adición operada a través de la Ley N° 7535 del 8 de agosto de 1995.

66 "Artículo 242.- La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.

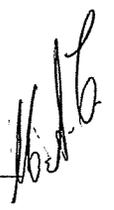
Artículo 243.- Para los efectos indicados en el artículo anterior, cualquiera de los convivientes o sus herederos podrá solicitar al Tribunal el reconocimiento de la unión de hecho. La acción se tramitará por la vía del proceso abreviado, regulada en el Código Procesal Civil, y caducará en dos años a partir de la ruptura de la convivencia o de la muerte del causante."

67 "El hecho de que el legislador le haya dado protección constitucional al matrimonio, considerándolo la base esencial de la familia, no es excluyente de otros tipos de familia. El matrimonio es entonces, base esencial, pero no única de familia, a los ojos del legislador. Si además tomamos en consideración que el legislador quiso proteger a la "familia" -sin hacer distingos-, en el artículo 51, no podemos interpretar que "familia" sea sólo la constituida por vínculo legal, sino por el contrario, que el término es comprensivo de otros núcleos familiares, aun cuando el legislador haya manifestado su preferencia por los constituidos por matrimonio." Sala Constitucional Resolución No. 1155-94 de las 15 horas 42 minutos del 1 de marzo de 1994. Al respecto ver también sentencia número 346-94 de las 15 horas con 42 minutos del 18 de enero de 1994,

68 En el caso del acceso al subsidio para la vivienda, el artículo 56 de la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y creación del BANHVI (Banco Hipotecario de la Vivienda) N° 7052, del 13 de noviembre de 1986; y el artículo 64 del Reglamento de Operaciones del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda. Pueden consultarse, en

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=12391&nValor3=96117&strTipM=TC y el segundo en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=40634&nValor3=65409&strTipM=TC

69 Artículo 572 inc. ch) del Código Civil.



como pareja,⁷⁰ la regularización migratoria,⁷¹ entre otros. De esta forma, es posible afirmar que, sin que actualmente exista una igualdad en los derechos reconocidos al vínculo matrimonial, sí existe un proceso de equiparación en los efectos de esta figura con respecto al matrimonio, que debería llevar al reconocimiento de otros efectos distintos al meramente patrimonial. No obstante, el carácter aislado del reconocimiento de derechos, caso por caso, no permite a dos personas del mismo sexo establecer un proyecto de vida en común desde el momento que deciden establecer un vínculo que el Estado no reconoce, para todos sus efectos, como oponible ante terceros.

Respecto de las uniones que se establecen entre personas del mismo sexo, la legislación costarricense carece de disposiciones que regulen su existencia y sus efectos. A diferencia de las uniones heterosexuales, la Sala Constitucional en el año 2006 tuvo la posibilidad de conocer sobre la necesidad de regulación de las relaciones que se establecen entre personas del mismo sexo, cuando se cuestionó la prohibición del matrimonio contenida en el artículo 14.6 del Código de Familia. En la resolución No. 7262-2006 dictada el 23 de mayo de 2006, niega al vínculo entre personas del mismo sexo la protección dispuesta en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política. La exclusión del amparo constitucional a estas parejas se fundamentó en la voluntad del constituyente originario, asumiendo que éste al momento de regular la protección especial a la familia y al matrimonio, partió de un concepto que engloba aspectos tanto jurídicos como religiosos y antropológicos, reservado exclusivamente a la pareja heterosexual monogámica, concluyendo que es a partir de esta concepción de matrimonio y de familia que se ha desarrollado la regulación de las relaciones familiares. En consecuencia, implícitamente niega la realidad de las uniones derivadas de las relaciones entre personas del mismo sexo como parte del concepto de familia, sosteniendo la necesidad de la emisión de una legislación independiente al derecho de familia para su regulación.⁷² Negar el reconocimiento como familia, al núcleo que surge a partir de la voluntad de dos personas adultas del mismo sexo de establecer un proyecto de vida en común, implica una exclusión del pleno goce de múltiples derechos consagrados en la Convención y el Pacto de San Salvador, que van desde el derecho a la no discriminación, pasando por la posibilidad de establecer una familia, la protección a la igualdad de derechos de los hijos de un vínculo matrimonial, el acceso a la justicia para efectos del derecho de familia, entre todos los que se puedan vulnerar por el simple hecho de negar reconocimiento de una vida familiar en común.

La resolución supra citada, marca los criterios que prevalecen en el debate nacional sobre la posibilidad de regular las relaciones entre personas con una orientación sexual y afectiva hacia su mismo sexo. Como agravante, la pretensión de una regulación independiente del Código de Familia y ajena a las disposiciones constitucionales, estableció una diferenciación en el trato que no sólo difiere con el vínculo

⁷⁰ Código de Familia, artículo 109. Ampliado su reconocimiento a las parejas en unión de hecho por la Sala Constitucional a partir de la resolución No. 2001-07521 de las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del primero de agosto del dos mil uno.

⁷¹ Ley General de Migración y Extranjería N° 8764, de 1 de setiembre de 2009, artículo 73 bis, ubicable en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=66139&nValor3=0&strTipM=TC

⁷² "(...) toda la estructura del derecho de familia institucionaliza el reconocimiento de las dos relaciones biológicas básicas que dan origen a la familia: la unión intersexual, que es la dada entre el hombre y la mujer, y donde -en principio- la pareja se realiza como tal, -individual y conjuntamente-; y la procreación, que es coyuntural, y resultado de la primera, aunque no su principal. De este modo, el matrimonio trasciende como una institución social e incorpora también componentes éticos y culturales que denotan el modo en que la sociedad, en un tiempo o época dada, considera legítimo el vínculo. A su vez, el derecho, como organizador de las relaciones sociales, ha dispuesto todo lo relativo al matrimonio en normas institucionales, que definen los roles que la sociedad reconoce, estableciendo las condiciones en que la unión intersexual debe ser legítima, y protegida como tal." Sala Constitucional resolución No. 7262-2006 de las catorce horas y cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis, considerandos V y VII. Resolución ubicable en <http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/2006/06-007262.html>

Med C.

matrimonial, sino también con las relaciones estables entre personas heterosexuales, sustentada únicamente en la orientación sexual. Esta, además, el Tribunal Constitucional consideró que no se trata de un caso de discriminación, sino que es una diferenciación objetiva y razonable en el tanto considera que no son equiparables la situación de las parejas heterosexuales a las parejas homosexuales.

En el caso de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, la Sala Constitucional desaplica su jurisprudencia con respecto al concepto de familia como una categoría mutable y dinámica, variable en tiempo y espacio,⁷³ para sustentar su posición en un concepto que responde únicamente a la lógica desde la heteronormatividad. En el marco del desarrollo jurisprudencial del sistema interamericano, sostener una posición que tiene como resultado la legitimación y perpetuación de una forma de discriminación prohibida, constituye una violación evidente de las obligaciones generales por parte del Estado y que tiene un especial impacto en los derechos contenidos en los artículos 11 y 17 de la CADH. En este punto es importante recordar que la Corte IDH ha determinado que el derecho a la vida privada de las personas se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a la protección de la vida familiar, lo que deriva en la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para garantizar el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar.⁷⁴ Para el reconocimiento de la realidad de las uniones estables entre personas del mismo sexo como incluidas en el concepto de vida familiar, recurre a la jurisprudencia del TEDH y resalta en el caso Schalk & Kopf cuando se señala que sería *"artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la 'vida familiar' en los términos del artículo 8,"*⁷⁵ refiriendo al articulado del CEDH.⁷⁶

Como INDH, la Defensoría de los Habitantes tiene conocimiento sobre el impacto que en los derechos de las personas tiene el desconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo. Sus necesidades ante la sociedad y el Estado, no deben limitarse al reconocimiento de los efectos patrimoniales derivados de sus uniones, sino que requieren el reconocimiento de su realidad como un proyecto de vida y en consecuencia, vinculado con el desarrollo individual y la realización personal y familiar como elementos derivados del derecho a la libertad, a partir de las expectativas válidas de vida.⁷⁷

En el país se presentan algunos avances que tienden al reconocimiento de derechos muy específicos a las parejas entre personas del mismo sexo. A partir de resoluciones de la Sala Constitucional, se ha extendido el derecho a la visita íntima a lo interno del Sistema Penitenciario⁷⁸ o el acceso a los fondos mutuales y beneficios previstos en los Colegios Profesionales.⁷⁹ Asimismo, por decisión de la Junta

⁷³ Resolución No. 2007-001125 de las quince horas dos minutos del treinta de enero del dos mil siete. Considerando V. Ubicable en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ/PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=372108&strTipM=T&lResultado=2&pgn=&pgrt=¶m2=1&nTermino=&nTesoro=&tem1=&tem4=&strLib=&spe=&strTem=&strDirTe=

⁷⁴ Corte IDH. Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Párr. 66. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212. Párr. 157

⁷⁵ T.E.D.H. Caso Schalk & Kopf vs. Austria. Op Cit Párr. 30.

⁷⁶ Atala Riffo. Op Cit. Párr. 174.

⁷⁷ Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42 Reparaciones. Op. Cit. Párrafos 147-153.

⁷⁸ Sala Constitucional. Resolución No. 2011-013800 de las quince horas y cero minutos del doce de octubre del dos mil once. Con respecto a esta resolución, es importante resaltar que si bien alegó expresamente la violación al artículo 17.1 de la CADH, omite cualquier pronunciamiento sobre su aplicación; reconociendo el derecho a la visita íntima a partir de derecho de las personas privadas de libertad de tener contacto con el mundo exterior. Considerandos V y VI.

⁷⁹ Sala Constitucional. Resolución No. 2014-012703 de las once horas cincuenta y un minutos del primero de agosto de dos mil catorce.

Mod B

Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, se extiende el seguro familiar a las parejas entre personas del mismo sexo⁸⁰ y está en proceso de reconocimiento la posibilidad de extender por razones de viudez, el derecho a la pensión.⁸¹

El Poder Ejecutivo, a partir del Decreto Ejecutivo N° 38999 que "*Declara a la Presidencia de la República y a los Ministerios de Gobierno como instituciones que respetan y promueven los Derechos Humanos, libres de discriminación hacia la población sexualmente diversa*"⁸² y la Directriz No. 025-P "*Política para erradicar de las instituciones públicas la discriminación hacia la población sexualmente diversa*",⁸³ ha adoptado algunas medidas a nivel de las disposiciones internas de las instituciones del Gobierno Central que reconocen algunos efectos derivados del vínculo, como es la posibilidad de licencia por razones de enfermedad de la pareja. No obstante, estas siguen siendo decisiones aisladas y poco sistemáticas, que eluden el reconocimiento pleno de las relaciones entre personas del mismo sexo como parte del concepto de familia.

En este orden de ideas, para esta Defensoría es importante que la Corte se pronuncie en el sentido de que el cumplimiento de las obligaciones del Estado costarricense dispuestas en el artículo 1.1 para la eliminación de la discriminación que sufren las parejas del mismo sexo, implica la equiparación en el reconocimiento de los derechos y garantías reconocidas a sus homólogas heterosexuales. Pretender un pronunciamiento limitado al reconocimiento de los efectos patrimoniales del vínculo, implicaría mantener la discriminación histórica y estructural en razón de su orientación sexual.

V. CONCLUSIÓN: LOS DEBERES DEL ESTADO DE COSTA RICA.-

El Estado costarricense tiene la obligación de adoptar acciones decididas para la eliminación de las diversas formas de discriminación de sectores de la población que históricamente han enfrentado diversas formas de discriminación estructural. En el caso de la discriminación por motivo de la orientación sexual, la identidad y la expresión de género, la eliminación de las manifestaciones de discriminación ha sido ya señalada, tanto a nivel de pronunciamientos judiciales internos,⁸⁴ como a nivel internacional.⁸⁵

En este orden de ideas, las obligaciones generales derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, surgen a partir del momento en el que se constata la existencia de una violación de los derechos humanos. Con

⁸⁰ Reforma al Reglamento de Seguro Social adoptado en sesión N° 8744 del 9 de octubre de 2014 por la Junta Directiva de la CCSS.

⁸¹ En junio de 2016, la Junta Directiva de la CCSS acordó su reconocimiento, la cual no ha sido materializada como reforma en el Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Institución.

⁸² Declara a la Presidencia de la República y a los Ministerios de Gobierno como instituciones que respetan y promueven los Derechos Humanos, libres de discriminación hacia la población sexualmente diversa, ubicable en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=79466&nValor3=100498&strTipM=TC

⁸³ Ubicable en la dirección http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=79549&nValor3=100642&strTipM=TC

⁸⁴ Al respecto Resolución N° 2006-7262 Op Cit, reiterado mediante Resolución N° 2010-1331 de las 16:31 horas del 10 de agosto de 2010, cuando se rechazó la posibilidad de someter a referéndum el proyecto de Ley N° 16390 denominado "Ley de Unión Civil entre personas del mismo sexo".

⁸⁵ Consejo de Derechos Humanos. Informe de Grupo de Trabajo Costa Rica. 4 de enero de 2010. A/HRC/13/15. Párr. 89 puntos 3 (Francia) y 20 (República Checa). Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus Observaciones Finales al quinto informe periódico de Costa Rica, del 20 de octubre de 2016, en sus párrafos 20 y 21, expresamente recomienda al Estado costarricense la adopción de medidas con el fin de reconocer los derechos derivados de las uniones entre personas del mismo sexo y la dotación a las personas trans de documentos de identidad conformes con su identidad.



preocupación, la Defensoría de los Habitantes confirma en el ejercicio de sus funciones como INDH, la persistencia de una actitud por parte del Estado y la sociedad costarricense de aplazar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de los derechos humanos, argumentando la necesidad de emitir una ley formal para su reconocimiento interno.

Los efectos de esta realidad sobre los derechos humanos de las personas se agrava debido a la ausencia en la institucionalidad y la legislación nacional de disposiciones que reconozcan la discriminación como una realidad en la sociedad costarricense, con respecto a la cual el Estado tiene la obligación de adoptar acciones claras tendientes a su prevención y corrección. Este vacío excede a las situaciones de discriminación en razón de la orientación sexual, la identidad o expresión de género, para abarcar las acciones o conductas en contra de cualquier sector de la población, ante la carencia de herramientas que permita actuar sobre los procesos sociales, culturales y políticos que la legitiman y la reproducen. Con el fin de solventar este vacío, desde el año 2015 la Defensoría de los Habitantes y la Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa, han trabajado en la redacción de una ley marco para la prevención, erradicación y sanción de la discriminación y el racismo, teniendo como resultado el proyecto de ley tramitado bajo el expediente legislativo No. 20174.⁸⁶

La negación por parte de la sociedad costarricense sobre la realidad de la discriminación, evidencia una negativa sistemática por parte del Estado a reconocer a las parejas de la diversidad sexual y orientación de género diversa, sus derechos humanos. La imposición de una visión desde la heteronormatividad es sólo una de las manifestaciones de esta realidad. Las acciones que debe realizar el Estado costarricense en materia de derechos humanos, como se ha evidenciado en el presente documento, es posible a partir del correcto ejercicio del control de convencionalidad en los términos dispuestos por la Corte IDH. Por esta razón y con el fin de garantizar una universalidad al respeto y pleno goce de los Derechos Humanos, que incluya en condiciones de igualdad a las personas con una identidad de género u orientación sexual diversas por parte de todos los Estados que han ratificado la Convención, y para establecer un precedente importante en la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Defensoría de los Habitantes como Institución Nacional de Derechos Humanos ha ofrecido estas observaciones para contribuir a la valoración de la Honorable Corte sobre un posible un pronunciamiento respecto de la solicitud de opinión consultiva presentada por Costa Rica.

Aprovecho la ocasión para reiterarles las muestras de mi consideración.

Atentamente,



Montserrat Solano Carboni
Defensora de los Habitantes de la República

Es Auténtica.
Auténtica: Licda. Catalina Delgado Agüero
Directora de Asuntos Jurídicos
Defensoría de los Habitantes



⁸⁶ El proyecto puede ser consultado en la dirección electrónica

http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=20174