

Los derechos políticos de las personas transgénero en Costa Rica en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Adolfo Lara Aguilar*

https://doi.org/10.35242/RDE_2023_36_8

Nota del Consejo Editorial



Recepción: 6 de junio de 2023.

Revisión, corrección y aprobación: 3 de julio de 2023.

Resumen: Se analiza si las disposiciones reglamentarias y jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Elecciones que afectan los derechos políticos de las personas transgénero cumplen con los estándares interamericanos de derechos humanos. Asimismo, se sugiere el camino que debió seguir el Tribunal Supremo de Elecciones a la hora de tomar las decisiones correspondientes en la materia.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ control de convencionalidad/ derechos humanos/ derechos políticos/ Tribunal Supremo de Elecciones.

Abstract: The article presents a study on whether the regulatory and jurisprudential provisions of the Supreme Electoral Tribunal that affect the political rights of transgender people comply with inter-American Human Rights standards. Likewise, it addresses the path that the Supreme Electoral Tribunal should have taken when making the corresponding decisions on the matter.

Key Words: Inter-American Court of Human Rights / Control of conventionality / Human rights / Political rights / Supreme Electoral Tribunal.

* Costarricense, abogado, correo electrónico: adolfolara2698@gmail.com. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica y con estudios en Derecho Internacional Público por la Academia de La Haya de Derecho Internacional. Funcionario del área legal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH"), en atención de la solicitud realizada por Costa Rica sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, han surgido en el Tribunal Supremo de Elecciones una serie de cambios normativos y de criterios jurisprudenciales que es necesario rescatar a la luz del análisis que se propone:

- a) Reforma al Reglamento del Registro del Estado Civil y al Reglamento de la Cédula de Identidad con Nuevas Características:

Mediante acuerdo del 14 de mayo de 2018, el Tribunal Supremo de Elecciones (en adelante "TSE") reformó el Reglamento del Registro del Estado Civil. En consecuencia, entre otras medidas, dispuso que:

- i. Toda persona mayor de edad que desee cambiar su nombre por considerar que no se corresponde con su identidad de género autopercibida podrá solicitarlo a la Sección de Actos Jurídicos del Registro Civil (TSE, 2018, art. 52).
- ii. Una vez que se haya verificado que la solicitud es por identidad de género autopercibida, se ordenará rectificar el asiento de nacimiento, en el cual se hará una anotación marginal que dé cuenta de la situación, **sin que esa rectificación incida respecto del sexo de nacimiento inscrito** [resaltado propio] (TSE, 2018, art. 55).

- b) Sentencia 8764-E3-2019 del 12 de diciembre de 2019:

La sentencia se da para atender una apelación interpuesta por no inscribir la candidatura de una mujer trans conforme a su identidad de género en una lista plurinominal de candidaturas. El recurso se rechazó al considerarse que vulneraba el principio de paridad y el mecanismo de alternancia, puesto que al nacer se le inscribió inicialmente como hombre y en la lista había una postulación consecutiva de dos personas con el mismo sexo registral.

El TSE expuso que "resulta[ba] imposible modificar en sede administrativa el sexo registral de las personas, pues no existe la habilitación normativa para ello... recayendo en el legislador la tarea de dotar al operador, a nivel legal, de un procedimiento que permita modificar ese dato en los asientos que constan en el Registro Civil..." (TSE, Sentencia 8764-E3-2019).

Como fundamento, el organismo electoral citó el artículo 2 del Código Electoral que dispone que “todas las nóminas de elección utilizarán el mecanismo de alternancia por sexo (mujer-hombre u hombre-mujer), en forma tal que dos personas del mismo sexo no puedan estar en forma consecutiva en la nómina” (TSE, Sentencia 8764-E3-2019), y el artículo 149 del mismo cuerpo normativo que indica que “todas las nóminas de elección popular y las nóminas a cargos en órganos de dirección y representación política estarán integradas en forma paritaria y alterna” (TSE, Sentencia 8764-E3-2019).

c) Sentencia 0411-E8-2021 del 26 de enero de 2021:

Este fallo resolvió una gestión planteada por el secretario general del Partido Liberación Nacional sobre la posibilidad de acceder al dato “sexo” del padrón para poder verificar el cumplimiento de la paridad en el proceso de renovación de estructuras partidarias. En dicha resolución, se reconoció “la relevancia de continuar asentando [el sexo asignado al nacer]” (TSE, Sentencia 0411-E8-2021). En razón de lo anterior, el TSE evacuó la consulta señalando que:

a) a los partidos políticos les asiste un interés legítimo de acceder al sexo registral de sus correligionarios con el fin de verificar la exigencia de paridad... b) ese dato no puede ser divulgado ni utilizado para fines distintos a los de cotejar el cumplimiento de la paridad y solo puede ser accedido por los miembros del comité ejecutivo superior (CES) y los integrantes del tribunal de elecciones internas (TEI)... c)... poner a disposición de las agrupaciones un mecanismo ágil, sencillo y que permita la consulta particular del sexo registral de un ciudadano o nómina de estos... d) cualquier mal manejo que se dé a los datos personales de los militantes podrá ser reclamado ante [el] Tribunal Supremo de Elecciones por la vía del amparo electoral... (TSE, Sentencia 0411-E3-2021).

2. CONSIDERACIONES A LA LUZ DEL DERECHO CONVENCIONAL

En el presente apartado se analizará si las disposiciones reglamentarias y jurisprudenciales ya mencionadas cumplen con los estándares interamericanos que brindan tanto la propia Convención Americana como la Corte IDH.

a) Vinculatoriedad de las decisiones de la Corte IDH en el derecho interno costarricense

Incluso antes de que la Corte Interamericana estableciera el concepto de control de convencionalidad en el año 2006 con el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, el convenio sede entre la Corte IDH y el Estado costarricense (aprobado mediante Ley n.º 6889) ya hablaba de la eficacia de las resoluciones de la Corte IDH, al establecer que: “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” (Ley 6889, art. 27).

La Sala Constitucional, al analizar el valor jurisprudencial de la Corte IDH, indicó que “si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana..., la fuerza de su decisión al interpretar la convención..., ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá... el mismo valor de la norma interpretada” (Sala Constitucional, Sentencia n.º 2313-95). Esto amparándose en que:

...la Ley General de la Administración Pública dispone que las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan”. (Sala Constitucional, Sentencia n.º 2313-95).

En consecuencia, se puede inferir que, al menos en el caso del derecho interno costarricense, las interpretaciones de la Corte Interamericana tienen el mismo valor que la Convención Americana.

En cuanto al control de convencionalidad que de manera específica debe realizar el juez (el cual sin lugar a duda incluye al juez electoral), la Corte IDH ya ha señalado que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía ... y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella” (*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 123). Más adelante extendería dicha interpretación al establecer que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio*” (*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 225); dicho control, y que “...deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 225).

En cuanto al asunto específico de las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH, la Sala Constitucional ya ha fijado el valor jurídico de estas, especialmente cuando es el propio Estado costarricense el que se somete voluntariamente como parte a la hora de solicitar una¹. En este sentido, ha expresado que "...vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte IDH, si la sentencia que se dicta -opinión consultiva- la puede archivar aquél lisa y llanamente" (Sala Constitucional, Sentencia n.º 2313-95). Además, agregó que la opinión consultiva:

...no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación. (Sala Constitucional, Sentencia n.º 2313-95).

b) Análisis de convencionalidad

Teniendo claro el valor jurídico de los criterios de la Corte IDH en Costa Rica, corresponde ahora realizar el análisis de los criterios citados a la luz del derecho convencional.

En primer lugar, si bien el reglamento de 2018 se adecúa a ciertos estándares mencionados en la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, este "no alineó dicho proceso para que las personas trans pudieran realizar la rectificación de su género o sexo registral, sino que se limitó a eliminar este dato de los documentos de identidad públicos" (Vargas, 2020, p. 7). Esta situación ocasionó que en los dos criterios que el Tribunal Supremo de Elecciones emitió con posterioridad² se vulneraran derechos políticos de la población trans, a raíz de la diferencia de tratamiento respecto a la población "cisgénero".

La Corte IDH fue clara al indicar en la referida opinión consultiva que:

¹ Como ha ocurrido con: a) el Asunto de Viviana Gallardo y otras; b) Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (Opinión Consultiva OC-4/84); c) La colegiación obligatoria de periodistas (Opinión Consultiva OC-5/85); d) Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Opinión Consultiva OC-7/86); e) Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-12/91) y f) Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (Opinión Consultiva OC-24/17).

² La resolución 8764-E3-2019 que resolvió la apelación electoral respecto de la inscripción de una persona trans con su sexo asignado al nacer; y la sentencia 0411-E3-2021 respecto de la posibilidad de los partidos políticos de acceder al sexo registral de sus correligionarios.

los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, **deben cumplir con los requisitos señalados en esta opinión** [resaltado propio], a saber: a) deben estar enfocados a la **adecuación integral** [resaltado propio] de la identidad de género auto-percibida; ...; c) **deben ser confidenciales** [resaltado propio]. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad **no deben reflejar los cambios** [resaltado propio] de conformidad con la identidad de género. (Opinión Consultiva 24/17, párr. 160).

De manera que, con la emisión de un reglamento que únicamente avala el cambio de nombre, sin que esto implique la rectificación de su género o sexo registral, el TSE no realiza un control de convencionalidad adecuado.

Al respecto, la Corte IDH fue clara al indicar que:

además del nombre, el cual **constituye solo un elemento de la identidad** [resaltado propio], esos procedimientos deben estar enfocados en la **adecuación –de forma integral–** [resaltado propio], de otros componentes de la misma para que esta pueda ser conforme a la identidad de género auto-percibida de las personas interesadas. Por tanto, esos procedimientos deberían permitir cambiar la inscripción del nombre de pila y, de ser el caso, adecuar la imagen fotográfica, así como rectificar el registro del género o sexo, tanto en los documentos de identidad como **en los registros que correspondan y que sean relevantes para que los interesados ejerzan sus derechos subjetivos** [resaltado propio]. (Opinión Consultiva 24/17, párr. 121).

Según la Corte IDH, esto:

se traduce en... que los atributos de la personalidad anotados en esos registros y otros documentos de identificación coincidan con las definiciones identitarias que tienen de ellas mismas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas. (Opinión Consultiva 24/17, párr. 105).

De modo que debe:

proporcionar materialmente a las personas los documentos que contengan los datos relativos a su identidad, tomando en cuenta de

forma particular que el derecho a la identidad es tanto un derecho en sí mismo como de un derecho que es esencial para el ejercicio de otros derechos de naturaleza política, civil, económica, social, cultural. (Opinión Consultiva 24/17, párr. 108).

En este sentido es que, si bien el TSE ordenó un procedimiento para el cambio de nombre, no fue suficiente, pues este es solo una parte de la identidad de las personas.

La resolución 0411-E8-2021³ es particularmente problemática si se tiene en cuenta que la Corte IDH analizó el derecho a la intimidad e indicó que los procedimientos de adecuación integral de la identidad de género autopercibida deben ser confidenciales y que no se deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género.

El hecho de que el TSE afirme que los partidos políticos poseen legitimidad para acceder al sexo registral de sus eventuales candidatos a cargos de elección popular, “desbordan los límites de la intimidad, pues se terminaría obligando a las personas a someter sus decisiones más íntimas y los asuntos más privados de su vida al escrutinio público por parte de todos los actores que directa o indirectamente intervienen en ese trámite” (Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, párr. 133).

El compartir el sexo registral debería ser una decisión libre de la persona y no algo que un órgano estatal decida si es sujeto de ser revelado, pues:

la publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género, consumado o en trámite, puede poner a la persona solicitante en una situación de mayor vulnerabilidad a diversos actos de discriminación en su contra, en su honor o en su reputación y a la postre puede significar un obstáculo mayor para el ejercicio de otros derechos humanos [lo que] resulta consistente con la íntima relación existente entre el derecho a la identidad y el derecho a la vida privada. (Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, párr. 135).

Incluso, dentro del TSE se manejó una nota separada en el anterior sentido a la hora de tomar el acuerdo que aprobó el reglamento de cambio de nombre. Al respecto, la disidencia indicó:

³ En la que avala “un interés legítimo [de los partidos políticos] de acceder al sexo registral de sus correligionarios con el fin de verificar previamente el requisito de paridad”.

...eliminar la mención al sexo... sin su eliminación en la página web y certificaciones digitales e impresas, aunado a la inexistencia de una propuesta para la rectificación a la mención del sexo o la inclusión del género en el Registro Civil, como sede administrativa para formalizar ese cambio y validarlo ante el Estado y terceros, contraría el criterio emitido por la Corte IDH y convierte en nugatorio el derecho pleno que le asiste a cada persona de rectificar su sexo de acuerdo al libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. (TSE, 2018, Acta n.º 49-2018).

Sin embargo, la mayoría del TSE no apoyó esta postura y, posteriormente, la Sala Constitucional en garantía al derecho a la intimidad, ordenó al Tribunal Supremo de Elecciones eliminar la determinación del sexo de las personas de su sitio web. El análisis de la sala se basó en que mantener dicho dato no supera la prueba de razonabilidad al volver "tal información no solo pública sino de muy fácil acceso para cualquier persona, de manera que la pretendida eliminación de una trazabilidad estigmatizante finalmente no ocurre" (Sala Constitucional, Sentencia n.º 16787-2018). Sin embargo, el TSE permite que los partidos políticos, mediante la Dirección General del Registro Electoral⁴, sigan teniendo acceso a esta información aún contra la voluntad de las personas, por lo que se podría inferir de nuevo que esta decisión tampoco resistiría el análisis de razonabilidad efectuado por la sala; puesto que se siguen manteniendo los mismos efectos de trazabilidad estigmatizante y violatorios del derecho a la intimidad. Incluso, el TSE no establece un procedimiento para brindar seguridad jurídica a las personas sobre las cuales se darán sus datos o acerca de la idoneidad en cuanto a manipulación de datos personales de las personas que accederán a estos.

Como se puede apreciar, el reglamento inició y avaló una serie de decisiones jurisprudenciales que crearían una condición diferenciada e injustificada para las personas trans que buscan ejercer su derecho al sufragio pasivo acorde a su identidad; siendo esto un elemento protegido por la Convención Americana.

Otra de las tesis que se manejaba dentro del TSE, como voto de minoría, surgió cuando se resolvió mediante apelación electoral que las nóminas a cargos de elección popular se debían hacer con base en el sexo asignado al

⁴ "Con la obligada colaboración de las direcciones generales de Estrategia Tecnológica y del Registro Civil, poner a disposición de las agrupaciones un mecanismo ágil, sencillo y que permita la consulta particular del sexo registral de un ciudadano o nómina de estos" (TSE, Sentencia n.º 0411-E3-2021), y "sólo se dará acceso a esa información a quienes se encuentren inscritos ante el Departamento de Registro de Partidos Políticos como miembros del CES o del TEI de cada agrupación política; esos personeros serán responsables del uso del dato personal que consulten" (TSE, Sentencia n.º 0411-E3-2021).

nacer. En dicho caso, el magistrado Brenes Villalobos salvó el voto con la indicación de que correspondía "armonizar y complementar los conceptos de sexo y género, teniéndose como premisas tanto la defensa de los derechos políticos electorales de las personas cuyo género autopercibido no corresponde al sexo asignado al nacer" (TSE, Sentencia n.º 8764-E3-2019).

Incluso, Brenes Villalobos manifiesta que es la propia legislación la que utiliza como sinónimos los conceptos de "sexo" y "género". Por ejemplo, el artículo 95.8 de la Constitución Política indica que "la ley regulará el ejercicio del sufragio de acuerdo con los siguientes principios: ...Garantías para la designación de autoridades y candidatos de los partidos políticos, según los principios democráticos y sin discriminación por género". El artículo 2 del Código Electoral habla de "principios de participación política por género" y su artículo 52.º se refiere a "normas sobre el respeto a la equidad por género tanto en la estructura partidaria como en las papeletas de elección popular". De modo que, de conformidad con el uso que la legislación les da a estos dos conceptos, correspondía que ante esta situación el TSE hiciera una interpretación más favorable a una población históricamente vulnerada y no una aplicación restrictiva y legalista de los términos.

El magistrado también se refiere a un concepto que no fue analizado por el pleno del TSE a la hora de emitir sus decisiones, como lo es el tema de la "discriminación debido al género". En cuanto a la discriminación, la Corte IDH desde sus primeros criterios ha establecido de manera general que:

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. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. (Opinión Consultiva 4/84, párr. 55).

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que cuando la Corte IDH menciona "hostilidad" o "diferencias de tratamiento", no necesariamente se refiere a acciones positivas o que agresivamente se dirijan de manera directa contra una determinada población o grupo de personas, sino que estas pueden ocurrir de manera tácita u omisiva a la hora de implementar o interpretar (o dejar de hacerlo) políticas públicas o normativa interna.

Es decir, "los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de

discriminación *de jure* o *de facto*" (Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, párr. 103). Es por esto que están obligados a:

garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio..., **considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales** [resaltado propio]. (Chitay Nech y otros vs. Guatemala, párr. 106).

Incluso, la Corte IDH explica que:

en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas **no pueden prescindir sin perder su identidad**; ii) **grupos tradicionalmente marginados**[resaltado propio], excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad. (Opinión Consultiva 24/17, párr. 66).

Es por lo anterior que deben "corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación de los grupos históricamente marginados, garantizar a las personas o grupos en desventaja el goce efectivo de sus derechos, en suma, brindar a cada persona posibilidades concretas de ver realizada, la igualdad material" (Olivera Fuentes vs. Perú, párr. 86).

Se puede inferir que la población que no es cisgénero cumple con estos criterios al ser personas que no pueden prescindir de estos rasgos sin perder su identidad y que han sido tradicionalmente excluidas. Es por lo anterior que la Corte IDH expone que:

para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no

pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo⁵. (Pavez Pavez vs. Chile, párr. 69).

En el presente caso, como se verá, el TSE sí tenía la oportunidad de adoptar una medida menos lesiva y más acorde con la progresividad que deben tener los derechos humanos.

Desde el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte Interamericana estableció que no solo la orientación sexual, sino también la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana, por lo que "ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género" (Opinión Consultiva 24/17, párr. 78); pues estos son caracteres de los cuales, como se dijo, la persona no puede prescindir sin perder la identidad y mucho menos al ser un grupo tradicionalmente excluido o marginado como lo es la población sexualmente diversa. Esto se relaciona con lo mencionado anteriormente respecto de que no necesariamente es con una conducta positiva por parte del Estado, sino incluso con cómo se interpreta, se deja de interpretar o se aplique una norma.

Con base en lo expuesto, se considera oportuno que el tribunal electoral se hubiera decantado por la interpretación que brindara seguridad jurídica y derechos a más personas acorde con el principio *pro persona* como ya se ha practicado en instancias constitucionales. Por ejemplo, ya en el fallo n.º 3435-92, la Sala Constitucional resolvió una cuestión similar que concernía al artículo 14.5⁶ de la Constitución Política. En la sentencia, la sala se motiva en los artículos 17 y 24⁸ de la Convención Americana para explicar que:

la disposición cuestionada demuestra que el beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con costarricense, constituye una discriminación en perjuicio del hombre extranjero casado con una ciudadana costarricense, contra quien crea artificialmente una desventaja pues le sustrae beneficios por razones de género, contraviniendo con ello el espíritu constitucional y universal de igualdad y no discriminación.

⁵ Adicionalmente, "se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma" (Pavez Pavez vs. Chile, 2022, párr. 69).

⁶ Dicho artículo establece que "son costarricenses por naturalización: ... 5) la mujer extranjera que habiendo estado casada durante dos años con costarricense, y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense".

⁷ Obligación de respetar los derechos y libertades reconocidas en la convención.

⁸ Igualdad ante la ley sin discriminación alguna.

Asimismo, indicó que esta “no es una simple diferenciación ‘razonable y objetiva’, sino un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado, producto de condicionamientos sociales, culturales, económicos y políticos felizmente superados, tratamiento que actualmente resulta lesivo para la dignidad humana en lo particular” (Sala Constitucional, Sentencia n.º 3435-92), así como que “carece de vigencia y aplicabilidad frente a los principios fundamentales que establece la Constitución Política y los convenios internacionales” (Sala Constitucional, Sentencia n.º 3435-92). En este sentido, dispuso vía jurisprudencial que:

cuando en la legislación se utilicen los términos ‘hombre’ o ‘mujer’, deberán entenderse como sinónimos del vocablo ‘persona’, y con ello eliminar toda posible discriminación ‘legal’ por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados. (Sala Constitucional, Sentencia n.º 3435-92).

De conformidad con el párrafo anterior, se puede inferir que el TSE tuvo una valiosa oportunidad de hacer con los términos “sexo” y “género” una interpretación como la que en su momento hizo la Sala Constitucional, considerando los “condicionamientos sociales, culturales, económicos y políticos felizmente superados” (Sala Constitucional, Sentencia n.º 3435-92). Incluso la misma Corte IDH ha mandado que “al momento de interpretar dicho término, corresponde escoger la alternativa hermenéutica más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana, conforme a la aplicación del principio *pro persona*” (Masacre de Mapiripán vs. Colombia, párr. 106).

De modo que el TSE como máximo tribunal en la materia electoral en el país podía armonizar los términos sexo y género conforme a dicho principio en la normativa electoral interna como ya la jurisprudencia constitucional lo había hecho en otro contexto en el pasado. Así, desde la emisión del reglamento que no contempló lo mandado por la Corte IDH y con sus siguientes decisiones jurisdiccionales, el Tribunal Supremo de Elecciones creó una situación que genera hostilidad y diferencia de tratamiento en el momento en que la población trans quiera ejercer sus derechos políticos.

Si bien estas decisiones no tenían la intención expresa desde su emisión de crear una situación de discriminación, esta sucedió *de jure* y *de facto* con los efectos que generaron; situación que no escapa de la definición de discriminación que la Corte IDH ha sostenido jurisprudencialmente como bien se citó.

En este sentido, la Corte Interamericana expuso que con la protección del derecho a la identidad “el Estado también estaría garantizando la plena vigencia y ejercicio de otros derechos [como los político-electorales] de las personas cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer” (Opinión Consultiva 24/17, párr. 100), y que “la falta de reconocimiento de ese derecho puede a su vez obstaculizar el ejercicio de otros derechos fundamentales y por ende tener un impacto diferencial importante hacia las personas transgénero, las cuales, como se ha visto, suelen encontrarse en posición de vulnerabilidad” (Opinión Consultiva 24/17 párr. 114).

Asimismo, no se debe olvidar que el análisis del caso se engloba en la afectación de la población trans de acceder a cargos de elección popular conforme a su autopercepción de género. Sobre este punto es importante recordar que el artículo 23.1.c de la Convención Americana establece el derecho a acceder a funciones públicas en condiciones generales de igualdad. Al respecto, la Corte IDH ha dictado que:

el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Por lo tanto, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, **respetando el principio de igualdad y no discriminación** [resaltado propio]. (Pavez Pavez vs. Chile, párr. 86).

Las decisiones del TSE generan que una persona que no se identifique con su sexo asignado al nacer se vea en la imposibilidad de ejercer su derecho al sufragio pasivo de acuerdo con su identidad y suponen lo que la Corte IDH ha llamado una “injerencia injustificada en el derecho a la autonomía personal [y] desarrollo personal” (Olivera Fuentes vs. Perú, párr. 124).

De manera que no se puede inferir que haya un ejercicio efectivo de los derechos políticos si una población históricamente estigmatizada y discriminada no puede consolidar su candidatura conforme a su percepción de género; esto crea una situación de discriminación incompatible con los estándares interamericanos, agravada con el hecho de que los partidos políticos puedan tener acceso a su sexo registral.

La posición del TSE, incluso, resulta contradictoria con su propia jurisprudencia, cuando en varias ocasiones ha establecido “como intérprete exclusivo y obligatorio de las normas electorales..., debe decantarse por la opción que limite

menos la participación política, decisión que, en todo caso, resulta armónica con la `razón de legislar`" (TSE, Resolución n.º 4407-E8-2022). Sin embargo, como bien ha sido analizado en el presente capítulo, en el caso concreto no se decantó por la opción que limitara menos la participación política.

Por otro lado, uno de los argumentos del TSE para no hacer una interpretación que armonice los conceptos de "sexo" y "género" vía jurisprudencial es que este es un asunto que le compete al legislador. Al respecto, la entonces magistrada Hernández López de la Sala Constitucional se refirió a algo similar en su disidencia en el marco de la acción de inconstitucionalidad que eliminó la norma que proscribía el matrimonio entre personas del mismo sexo⁹, en la que expuso que ningún estándar de la Corte IDH obliga a la "culminación de una fase previa de normación legal; lo que requiere es que -sin perjuicio de tener en cuenta las dificultades estatales que puedan presentarse- se intente de buena fe el ajuste más rápido posible del ordenamiento para que aquel derecho se torne una realidad..." (Sala Constitucional, Sentencia n.º 12782-2018). De modo que, se comparte la tesis de la magistrada en el sentido que se debía elegir la opción que ajustara más rápido el ordenamiento (siempre dentro de sus potestades) para garantizar el ejercicio efectivo de un derecho para una población.

El TSE constató en sus acuerdos y resoluciones una situación que vulneraba los derechos políticos y la identidad de la población trans y aun así no ejerció sus potestades para solucionar esa situación. La alternativa elegida por dicho órgano, entonces, fue alargar una situación de inseguridad jurídica y violatoria del orden convencional, aun cuando dicha realidad ya había sido verificada por el propio tribunal en sus consideraciones.

3. CONCLUSIÓN

El derecho a la identidad incluye una subsecuente cadena de derechos que son interdependientes entre sí dentro de la universalidad y codependencia que los caracterizan. Los derechos políticos y civiles no escapan de esa cadena de derechos cuyo ejercicio se comparte con el derecho a la identidad, y "la protección del derecho a la identidad no puede reducirse al acto del registro" (Flores, 2018, p. 3) como lo hizo ver el TSE con la emisión del reglamento de 2018.

⁹ La Sala Constitucional votó en su mayoría por darle un plazo al Legislativo para que adecuara la norma y ella era de la tesis de su eliminación inmediata.

La falta de armonización de los conceptos “sexo” y “género” por parte del órgano electoral y el hecho de que la normativa no genere soluciones a este tema, hace que las poblaciones trans y no binarias se enfrenten a obstáculos casi insuperables para ejercer la participación política acorde con su identidad.

Las disposiciones e interpretaciones del TSE deben ser analizadas con base en los parámetros de proporcionalidad que tanto se han desarrollado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (legítimo, imperioso, adecuado y que no pueda ser reemplazado por un medio menos lesivo), y estas, como ya fue expuesto, no resisten dicho análisis y podrían dar pie a la responsabilidad internacional del Estado costarricense.

No obstante, se reconoce que una solución acorde con las necesidades de la población trans no binaria reviste de mayor complejidad que la armonización que podría realizar el TSE en el caso de conceptos estrictamente binarios. Sin embargo, esto no debería ser obstáculo para garantizar los derechos político-electorales a estas personas en respeto a su derecho a la identidad, pues como ya lo reconoció la Corte IDH:

la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. (Duque vs. Colombia, párr. 123).

REFERENCIAS

Almonacid Arellano y otros vs. Chile [sentencia sin número]. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (26 de setiembre de 2006).

Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Serie C n.º 220. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (26 de noviembre de 2010).

Chitay Nech y otros vs. Guatemala [sentencia sin número]. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (25 de mayo de 2010).

Constitución Política de Costa Rica [Const.]. 7 de noviembre de 1949 (Costa Rica).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización; 19 de enero de 1984.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados; 17 de setiembre de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 de noviembre de 2017. Masacre de Mapiripán vs. Colombia [sentencia sin número]. Fondo, Reparaciones y Costas (15 de setiembre 2015).
- Olivera Fuentes vs. Perú [sentencia sin número]. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Pavez Pavez vs. Chile [sentencia sin número]. Fondo, Reparaciones y Costas (24 de febrero de 2022).
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 3435-92; 14 de junio de 2017.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2313-95; 09 de mayo de 1995.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 12782-2018; 8 de agosto de 2018.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 16787-2018; 5 de octubre de 2018.
- Tribunal Supremo de Elecciones (2018). Acta 49-2018. Reforma al Reglamento del Registro del Estado Civil y al Reglamento de la Cédula de Identidad con Nuevas Características, 14 de mayo de 2018.
- Tribunal Supremo de Elecciones. Resolución 8764-E3-2019; 12 de diciembre de 2019
- Tribunal Supremo de Elecciones (2021). Resolución 0411-E8-2021; 26 de enero del 2021.
- Tribunal Supremo de Elecciones (2022). Resolución 4407-E8-2022; 23 de junio de 2022.
- Vargas Alvarado, J. (Jul.-dic., 2020). Las personas trans y el mecanismo de alternancia electoral a la luz de la OC-24/17. *Revista de Derecho Electoral* (30), 189-208.