

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA

SEDE HEREDIA

CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**"LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD, DE LOS HIJOS E HIJAS DE
PAREJAS DEL MISMO SEXO NACIDOS EN EL EXTRANJERO, QUE DESEAN
SER INSCRITOS EN COSTA RICA."**

ELABORADO POR

ANDREINA AVILÉS MAYORGA

HEREDIA, COSTA RICA

2017

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA,
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS
CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Heredia, 24 de junio del 2017

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

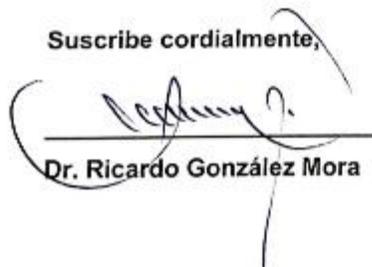
SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: **La violación al derecho a la identidad, de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo nacidos en el extranjero, que desean ser inscritos en Costa Rica**, elaborado por la estudiante: **Andreina Avilés Mayorga**, como requisito para que el (los) citado (s) estudiante (s) puedan optar por el grado académico **Master Profesional en Derecho de Familia**.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,


Dr. Ricardo González Mora



UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL LECTOR
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Heredia, 24 de junio del 2017

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: **La violación al derecho a la identidad, de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo nacidos en el extranjero, que desean ser inscritos en Costa Rica**, elaborado por la estudiante: **Andreina Avilés Mayorga**, como requisito para que el (los) citado (s) estudiante (s) puedan optar por el grado académico **Master Profesional en Derecho de Familia**.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,



Msc. Alma Nuvia Zavala Martínez

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL FILÓLOGO
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Heredia, 24 de junio del 2017

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

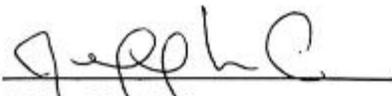
SD

Estimados señores:

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación, denominado: **La violación al derecho a la identidad, de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo nacidos en el extranjero, que desean ser inscritos en Costa Rica**, elaborado por la estudiante: **Andreina Avilés Mayorga**, como requisito para que el (los) citado (s) estudiante (s) puedan optar por el grado académico **Master Profesional en Derecho de Familia**.

Corregí el trabajo en aspectos, tales como: construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico, y desde ese punto de vista considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación; por cuanto cumple con los requisitos establecidos por la Universidad.

Suscribe de Ustedes cordialmente,



Jeffrey Mora Arias
Cédula 1 0910 0830
Carné Afiliado 047045 del Colegio en Letras
Filosofía, Ciencias y Artes

CORRECCIÓN DE ESTILO
Licda. Jeffrey Mora Arias
Código 047045
Licda.

**"Carta Autorización del autor(es) para uso didáctico del
Trabajo Final de Graduación**

Vigente a partir del 24 de junio de 2017

Yo: **Andreina Avilés Mayorga** de la Carrera 1 Programa: Maestría en Derecho de Familia autora de la: *Memoria* titulado: **"La violación al derecho a la identidad, de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo nacidos en el extranjero, que desean ser inscritos en Costa Rica."**

Autorizo (autorizamos) a la Universidad Latina de Costa Rica, para que exponga mi trabajo como medio didáctico en el Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI o Biblioteca), y con fines académicos permita a los usuarios su consulta y acceso mediante catálogos electrónicos, repositorios académicos nacionales o internacionales, página web institucional, así como medios electrónicos en general, internet, intranet, DVD, u otro formato conocido o por conocer; así como integrados en programas de cooperación bibliotecaria académicos dentro o fuera de la Red Laureate, que permitan mostrar al mundo la producción académica de la Universidad a través de la visibilidad de su contenido.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley No.6683 sobre derechos de autor y derechos conexos de Costa Rica, permita copiar, reproducir o transferir información del documento, conforme su uso educativo y debiendo citar en todo momento la fuente de información; únicamente podrá ser consultado, esto permitirá ampliar los conocimientos a las personas que hagan uso, siempre y cuando resguarden la completa información que allí se muestra, debiendo citar los datos bibliográficos de la obra en caso de usar información textual o paráfrasis de esta.

La presente autorización se extiende el día 24 del mes junio del año 2017 a las 09:00 a.m.. Asimismo declaro bajo fe de juramento, conociendo las consecuencias penales que conlleva el delito de perjurio: que soy el autor(a) del presente trabajo final de graduación, que el contenido de dicho trabajo es obra original del (la) suscrito(a) y de la veracidad de los datos incluidos en el documento. Eximo a la Universidad Latina; así como al Tutor y Lector que han revisado el presente, por las manifestaciones y/o apreciaciones personales incluidas en el mismo, de cualquier responsabilidad por su autora o cualquier situación de perjuicio que se pudiera presentar.

Firma de la autora _____



RESUMEN EJECUTIVO

Los modelos de familia han variado, y esto es producto de muchos factores que han repercutido en la sociedad costarricense, por lo que se debe ser consciente de estas nuevas conformaciones y respetuosos de sus derechos. Es común que la legislación interna vaya desfasada del paso que marca la sociedad, esto puede ser producto de falta de voluntad política, dogmas religiosos, invisibilización y hasta temores individuales que repercuten en el colectivo.

La evolución y los cambios en la sociedad, han permitido que se conformen nuevos modelos de familias, como la reconstruida y la homo parental, que son las que rompen los esquemas tradicionales, esto exige que el Estado costarricense brinde protección en igualdad de condiciones como lo garantiza la Constitución Política, sin embargo ante temas susceptibles como las uniones de personas del mismo sexo, tanto el Estado como la ciudadanía se han manifestado reticentes en la garantía y reconocimiento de sus derechos.

En razón de los avances de la ciencia a los cuales también tienen acceso las parejas del mismo sexo, se ha generado la posibilidad de que nazcan niños y niñas producto de las técnicas de reproducción humana asistida, así como la adopción que se permite en otros países, por lo cual los padres y madres costarricenses tiene la posibilidad por ley de exigir que sus hijos e hijas sean inscritos en el Registro Civil como costarricenses, este derecho se ha visto cuestionado, ya que el Código Civil con respecto al tema de inscripciones indica en su artículo 49 que las personas serían inscritas con el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre, y en la misma línea se pronuncia el artículo 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil, esto ha generado la imposibilidad de la inscripción de personas menores de edad en el Registro Civil, garantizando su derecho a la identidad, al nombre, a la familia, a la no discriminación y todos los demás derechos que se pueden desencadenar producto del reconocimiento de la filiación homo parental.

En el ámbito judicial han existido dos votos de la Sala Constitucional referentes al tema, el primero fue el voto 1682-2013, el cual es un recurso de amparo presentado por una costarricense contra el Registro Civil el cual le impidió inscribir a sus dos hijos nacidos en el extranjero con el apellido de ella y de su esposa, por ser ambas mujeres y el voto 9879-2015 por una consulta constitucional, por gestiones realizadas por las mismas madres pero en sede judicial.

La misma cuestiona si a nivel de legislación nacional se le puede dar una respuesta respetuosa al derecho a la identidad, del cual ya gozan las personas menores de edad y por ende lo que se solicita es que en Costa Rica se le respete y se les homologué.

Esto hace de vital importancia el analizar el derecho internacional de los derechos humanos, el cual permite determinar que todos estos instrumentos tienen una base que es la no discriminación y la garantía de todo lo que en ellos se consignan puedan tener acceso todas las personas sin distinción alguna, lo cual hace evidente que el derecho a la identidad que forma parte de las garantías de la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 8 y de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos es los artículos 1 y 17.

Por lo que el presente trabajo busca determinar es sí el derecho a la identidad de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo se garantiza en Costa Rica y que fundamentos existen para analizar la posibilidad de que se respete su doble filiación materna o paterna.

TABLA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I: PROBLEMA Y PROPÓSITO.....	1
a. Estado actual de la investigación.....	1
b. Planteamiento del Problema.....	7
c. Justificación.....	9
d. Objetivos General y Específicos.....	10
CAPÍTULO II: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	11
a. Las familias, tipos y su reconocimiento en Costa Rica	11
b. La Filiación y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Costa Rica.....	15
c. La voluntad pro creacional como elemento determinante en la filiación en las TRHA.....	16
d. Derechos fundamentales de las personas menores edad provenientes de la filiación.....	17
e. Fundamento legal de las inscripciones de la personas menores de edad en Costa Rica.....	32
f. Regulación de la con-maternidad y co-paternidad en Costa Rica y Pronunciamientos de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre la filiación de menores de edad hijos de parejas del mismo sexo.....	34
CAPITULO III: METODOLOGÍA.....	36
a. El paradigma, el enfoque metodológico y el método seleccionado.....	36
b. Descripción del contexto en donde se lleva a cabo el estudio.....	37
c. Las características de los participantes y las fuentes de información.....	38

d. Las técnicas e instrumentos para la recolección de los datos.....	39
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	40
a. Análisis de resultados.....	40
b. Discusión de resultados.....	55
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	64
a. Conclusiones.....	65
b. Recomendaciones.....	71
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	74

I CAPITULO. PROBLEMA Y PROPÓSITO

a. ESTADO ACTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

En Costa Rica la co-maternidad y co-paternidad no se encuentran reguladas por ley interna, sin embargo es una realidad que ya a nivel mundial tiene sus antecedentes y diferentes estados han emitido regulaciones, siendo que el modelo de familia tradicional el que ha variado en las últimas décadas, y ya es más palpable la existencia de los nuevos modelos de familia, esto ha hecho necesario el reconocimiento de sus derechos sin distinción.

La co-maternidad y co-paternidad en el derecho extranjero ha sido regulado con el fin de garantizar los derechos humanos de las personas menores de edad y sus familiares, uno de los ejemplos más recientes fue en Argentina, país que en el año 2010 reconoció la co-maternidad y co-paternidad posterior a la promulgación de la Ley de Matrimonio Igualitario, ya que un niño de nombre Vivente fue inscrito como hijo de pareja de mujeres casadas que recurrieron a la técnica de maternidad subrogada pero por medio de donación de gametos masculinos. En el 2012 se reconoce la co-paternidad con el caso de Tobías un niño que nació en la India y fue por medio de la técnica de maternidad subrogada, el cual posteriormente fue inscrito como hijo de dos hombres argentinos.

Estos casos también encuentran sustento en el artículo 16 de la Constitución Argentina, donde consagra el principio de la igualdad formal, por lo que garantiza que toda persona debe ser igual ante la ley y se le deben de permitir los mismos derechos sin discriminación, en este caso por orientación sexual.

Antes del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina el cual se promulgó en el año 2015, como se mencionó en el 2010 entró en vigencia la Ley 26.618, la cual si bien es cierto permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, hizo

una reforma importante a la Ley 26.413 del Registro del estado civil y capacidad de las personas del año 2008, con base en los artículos:

Artículo 36,

“Sustitúyese el inciso c) del artículo 36 de la Ley 26.413, el que quedará redactado de la siguiente forma:

c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de DOS (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta;” (Ley 26.618, 2010)

Artículo 37

“Sustitúyese el artículo 4º de la Ley 18.248, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 4º: Los hijos matrimoniales de cónyuges de distinto sexo llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre, o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años. Los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarán el primer apellido de alguno de ellos. A pedido de éstos podrá inscribirse el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge. Si no hubiera acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente.

Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido, o el del otro cónyuge, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años. Una vez

adicionado el apellido no podrá suprimirse. Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos.”(Ley 26.618, 2010)

Posteriormente en el Código Civil y Comercial ya se incluye lo referente al matrimonio y las uniones entre personas del mismo sexo, por ende se incluye en parentesco y la filiación, la posibilidad de ser adquiridas también por las técnicas de reproducción humana asistida,

Artículo 529

“Concepto y terminología. Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. Las disposiciones de este Código que se refieren al parentesco sin distinción se aplican sólo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral.”(Herrera, 2015)

Artículo 558

“Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.”(Herrera, 2015).

Artículo 559

“Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.”(Herrera, 2015)

Artículo 566

“Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.”(Herrera, 2015)

Artículo 567

“Situación especial en la separación de hecho. Aunque falte la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de éstos si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. En este último caso, y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre y demás requisitos dispuestos en la ley especial.”(Herrera, 2015).

Artículo 638

“Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.”(Herrera, 2015)

Artículo 639

“Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios // a) el interés superior del niño; // b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los

progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; // c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.”(Herrera, 2015)

Artículo 640

“Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental. Este Código regula: // a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; // b) el cuidado personal del hijo por los progenitores; // c) la guarda otorgada por el juez a un tercero.”(Herrera, 2015)

Las normas que dan fundamento a la co-maternidad y co-paternidad y garantizan esa igualdad a los niños nacidos en diferentes familias son los artículos relacionados al matrimonio y a las uniones de hecho, las cuales ya permiten que se realicen entre personas del mismo sexo.

Matrimonio

Artículo 402

“Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.”(Herrera, 2015)

Uniones Convivenciales

Artículo 509

“Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.”(www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf)

Como un avance en el tema de la co-maternidad y co-paternidad en la provincia de Santa Fe de Argentina se presentó un proyecto en la municipalidad para otorgar licencia de maternidad o paternidad a las parejas del mismo sexo que hayan contraído matrimonio, al momento del nacimiento de sus hijos e hijas,

“El Concejo aprobó por unanimidad una ordenanza que habilitará licencias para agentes municipales en los casos de co-maternidad y co-paternidad, es decir, para trabajadoras y trabajadores que conforman familias del mismo sexo. Ahora la ciudad es pionera en esta materia, ya que se trata de la primera normativa sancionada a nivel provincial y nacional. La iniciativa fue impulsada por Vanesa Oddi (FPCyS-PS).

Cuando una pareja de agentes municipales (del mismo sexo) se haga cargo del cuidado de un niño, niña o adolescente, por razones biológicas o por tenencia con fines de adopción, uno de ellos tendrá derecho a hacer uso de una licencia por co-paternidad o co-maternidad que le permita dedicarse exclusivamente durante un tiempo al cuidado y atención del nuevo integrante de la familia, cuyo plazo será el establecido por la ley provincial. Y el otro integrante de la pareja tendrá derecho a hacer uso de una licencia por co-paternidad o co-maternidad, durante los primeros días de la crianza, cuyo plazo será el establecido en el artículo 1º de la ordenanza municipal Nº 11.272 (que regula las licencias especiales para agentes de la administración municipal). El proyecto beneficia también a parejas que no estén casadas civilmente por la Ley de Matrimonio Igualitario, que tendrán derecho a estas licencias mediante la acreditación de convivencia en sede judicial. La aplicación de la norma será para favorecer la no discriminación por razones de género, y el derecho al cuidado del niño, niña o adolescente.”(http://www.ellitoral.com/index.php/id_um/106673-licencias-por-comaternidad-y-copaternidad, 2017).

Todas estas garantías que implementa Argentina marcan una pauta en Latinoamérica con relación a la regulación de las situaciones que nacen de los nuevos modelos de familias, mismos a los que ya el Estado Costarricense se enfrenta, también como producto de la condena de Corte Interamericana de Derechos Humanos, con su sentencia del 28 de noviembre de 2012 en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, donde el país ha tenido que implementar la técnica de Fertilización In Vitro, posibilidad que generan nuevas formas de crear vínculos de filiación entre los progenitores y la persona menor de edad, ya no biológicos sino socio-afectivos, producto de la voluntad pro creacional que externen las personas que desean ser padres o madres.

Judicialmente el caso más reciente que se resolvió ligado al tema de la co-maternidad y co-paternidad fueron los fallos 1682-2013 de la Sala Constitucional donde se resuelve un Recurso de Amparo, contra la negativa del Registro Civil de inscribir a dos personas menores de edad con la filiación que poseían, la cual era con los apellidos de sus dos madres y la segunda sentencia fue la 9879-2015 del mismo órgano judicial, donde se presenta una consulta constitucional referente a la misma situación, en ambos casos no se le logró obtener un fallo que permitiera que las personas menores de edad se inscribieran con los apellidos de sus dos madres, filiación de la que ya gozaban en su país de origen España, por lo que esto genera la discusión de que si el Estado costarricense ante su negativa de reconocer una filiación concedida en el extranjero a las personas menores de edad violenta su derecho a la identidad, a la familia entre otros.

b. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Este trabajo final de graduación pretende visibilizar es la violación al derecho de la identidad de las personas menores de edad nacidas en relaciones de personas de mismo sexo, que ya cuentan con una filiación definida en otros países y las madres o los padres costarricenses desea que sean inscritos o inscritas en el Registro de Personas de Costa Rica, manteniendo sus apellidos, en la forma que los niños y niñas se identifiquen y que el mundo los conozca.

Las personas menores de edad se les violentan el derecho a la identidad sino se le permite mantener sus apellidos, por lo que es importante determinar si la legislación interna violenta dicho derecho, y en caso de ser positivo, si es posible una modificación de la Ley.

Los derechos de las parejas del mismo sexo no son reconocidos en Costa Rica, siendo que a la fecha el matrimonio ni la unión de hecho son permitidas, únicamente se han reconocido un poco de efectos personales tales como el seguro social, o el derecho a un carné en el Colegio de Abogados y Abogadas, para las parejas.

Por lo anterior, los niños y niñas que son hijos de las parejas del mismo sexo enfrentan una problemática, ya que el artículo 49 del Código Civil, solo permite que las personas menores de edad puedan ser registrados con el nombre del padre y de la madre y no prevé los hijos e hijas de personas del mismo sexo, lo cual es una situación que coloca en vulnerabilidad primeramente el derecho a la identidad de las personas menores de edad y como consecuencia el resto de derechos que se desprenden de la responsabilidad parental.

Dicha nebulosa se puede presentar a corto plazo, ya que la migración es un factor muy común en estos tiempos y las familias se desplazan por la globalización, conflictos, seguridad, oportunidades laborales, entre otros, lo cual puede provocar que parejas del mismo sexo radiquen en Costa Rica y deseen que sus hijos e hijas sean inscritos como costarricenses en el caso que la Ley así lo permita. Asimismo con la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida, como es el caso de la FIV, se podrían dar nacimientos de niños y niñas en hogares de parejas del mismo sexo.

De esta manera en Costa Rica existen dos votos de la Sala Constitucional 1682-2013 y el 9879-2014 los cuales resuelven un recurso de amparo contra la denegatoria de inscribir a dos personas menores de edad como costarricenses

con una doble filiación materna y el segundo versa sobre las misma partes, pero en este caso es una consulta constitucional, ambos fallos no dan como resultado el derecho a mantener el nombre ni la identidad que ya las personas menores de edad gozaban, sin embargo son dos precedentes muy importantes para la investigación.

c. JUSTIFICACIÓN.

El presente trabajo va dirigido a determinar si la legislación interna y los procedimientos de inscripción del Registro de Personas de Costa Rica, permiten que una persona menor de edad, que sea hijo o hija de una pareja del mismo sexo, pueden ser inscritos como los apellidos de ambos o de ambas, manteniendo su derecho a la identidad y al nombre, enfocado en los casos que las personas menores de edad, nacieron en otro país donde sí es reconocida la posibilidad de inscribir a los niños y niñas con los apellidos de sus dos madres o padres, y que desean ser inscritos como costarricenses.

Es importante determinar si el artículo 49 del Código Civil, contradice las normas Internacionales de Derechos Humanos, donde se protege el derecho a la identidad, al nombre y a la familia que tiene las personas menores de edad, ya que por los cambio que presenta el concepto de familia y su conformación en la actualidad, permiten nuevos modelos, los cuales no se encuentran regulados en nuestra normativa interna, provocando eventuales violaciones a los derechos humanos de estas personas, por lo cual se debe de integrar y fundamentar en las resoluciones judiciales con el derecho internacional o acudir a las vías legales para obtener una respuesta al trámite, la cual los operadores del derecho le pueden dar a procesos que enfrentan las familias en este tiempo.

En el derecho comparado, podemos encontrar legislaciones donde la copaternidad y la co-maternidad están plenamente reconocidas y como consecuencia se les reconocen a los hijos e hijas nacidos esas familias su

derecho a llevar los apellidos de sus madres o sus padres, en respeto a su derecho a la identidad.

Igualmente es importante saber que la co-maternidad y la co-paternidad, es una situación que no se regula en el derecho interno costarricense, pero es una realidad que enfrentan las familias, por lo cual es de suma importancia buscar normativa que garantice el goce pleno de todos los derechos que tiene esos niños y niñas de incluirse y desarrollar un sentido de pertenencia plena a su modelo de familia.

d. OBJETIVO GENERAL Y ESPECÍFICOS.

Objetivo General

1. Determinar si existe una violación del derecho a la identidad de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo nacidos en el extranjero, que desean ser inscritos en Costa Rica.

Objetivos Específicos

1. Analizar la legislación nacional con relación al derecho a la identidad, para determinar si se garantiza a los hijos e hijas de las parejas del mismo sexo, nacidos en el extranjero para ser inscritos como costarricenses.

2. Analizar las convenciones y tratados internacionales ratificados por Costa Rica que garantizan el derecho a la identidad, a nombre, a la familia, a la igualdad, a la autodeterminación y a la vida privada.

3. Determinar a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, si es necesaria una reforma a la legislación nacional con relación al derecho a la identidad.

4. Analizar el voto 1682-2013 de la Sala Constitucional de Costa Rica, con relación al derecho a la identidad de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo.

II CAPITULO. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

a. Las familias, tipos y su reconocimiento en Costa Rica

La familia es una estructura de la sociedad y es uno de los ejes de organización de los seres humanos, donde la pareja hombre y mujer, se consideran el eslabón inicial, sin embargo esta organización ha variado en su conformación, ya que actualmente existen circunstancias que han influenciado en como la migración, ya sea por la búsqueda de empleo, mejores oportunidades de desarrollo personal, incluso el cambio climático es un factor influyente, asimismo los conflictos económicos entre países, los conflictos bélicos, las dictaduras, la pobreza y la globalización, son algunos de los justificantes que en ocasiones hacen que la dinámica familiar varíe e incluso puede ser un factor determinante para la separación familiar.

El reconocimiento de la universalidad de los Derechos Humanos, ha permitido visibilizar poblaciones que han sido vulneradas, por ejemplo las mujeres, las personas adultas mayores, las personas menores de edad y en la actualidad a las personas LGBTI, lo cual ha sido un cambio de paradigma y un reto para la sociedad tradicional, como se indica en Olga Montejo Redondo, en su publicación, parentalidad, conyugalidad y nuevos modelos familiares,

“Las cuestiones relacionadas con la formación de una nueva familia se han complicado notablemente a medida que la sociedad se ha hecho más diversa y tolerante con la diversidad: las familias están superando poco a poco las antiguas barreras de raza, religión y sexualidad; el retraso con la edad de contraer matrimonio y tener hijos ha llevado a que exista una diferencia generacional y de edad entre padres e hijos; algunas unidades

familiares se forman sin que se produzca un matrimonio tradicional. Debido a estos cambios sociales, la definición de familia es muy amplia.”(Montejo Redondo, 2017)

En la actualidad se indica que por lo menos existen 56 formas de ser familia, lo cuales están inmersos en los nuevos modelos de familia, la mono parental, la reconstruida y la homo parental.

La familia mono parental puede tener su origen por el divorcio o separación de la pareja, el fallecimiento de alguno, o bien el ejercicio el padre o madre soltera, sin embargo en este último hablando en términos de convivencia, ya que si ambos padres existen no se podría considerar una familia mono parental.

La familia reconstruida es cuando dos personas se unen, pero tienen hijos o hijas de una relación anterior, puede nacer a partir de una separación, divorcio, perdida, o cambios de la estructura familiar.

La familia homo parental, son las conformadas por la unión o convivencia de dos hombres o de dos mujeres, las cuales han venido a modificar la idea de la familia heterosexual como el correcto punto de partida de la definición de familia, y da una nueva visión, como se explica la siguiente referencia,

“Las familias de gays y lesbianas, creadas a partir de la elección, se asientan en las emociones y sentimientos, el amor, la solidaridad y el libre compromiso entre sus miembros, con indiferenciación de los lazos de amistad, la conexión biológica debe incorporar la conexión social para constituir parentesco.”(Montejo Redondo, 2017)

La familia mono parental y reconstruida, son aceptadas dentro de la estructura sociedad costarricense, asimismo son una realidad muy común, caso contrario a la familia homo parental que ha sido invisibilizada, la cual está iniciando

la lucha de su reconocimiento como en algún momento le correspondió a los demás tipos de familias que se alejan del modelo tradicional (padre, madre, hijos e hijas).

La comunidad LGTBI, ha sido vulnera, por lo que sus luchas son arduas, a pesar de que en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, se ha indicado que ninguna condición puede ser herramienta de discriminación hacia ningún ser humano, asimismo se obliga a los Estados a implementar políticas y a modificar su actuaciones con el fin de que se garantice el goce de los derechos a las personas, sin diferenciación por su preferencia sexual.

El matrimonio entre personas del mismo sexo, ha sido un derecho que poco a poco se ha ido garantizando, actualmente 23 países lo tienen regulado legalmente, sin embargo como toda unión genera efectos patrimoniales, personales y sociales, lo cuales son cuestionados y generan reticencia, a pesar que en la Declaración Universal de Derechos Humanos indica que el Estado debe de garantizarle a la familia protección, por ende se les debe de permitir poder gozar de todos los derechos y deberes que conlleva formar una familia,

Artículo 16.

“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. // 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. // 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”(Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

En Costa Rica el matrimonio de personas del mismo sexo no se encuentra regulado, incumpliendo con las recomendaciones y diversos fallos de organismos

internacionales, donde no solamente reconoce el derecho a contraer matrimonio, sino todos los demás derechos que emergen de dicha unión.

Empero sí se han reconocido derechos que parten de los efectos de dichas uniones, como por ejemplo la posibilidad de poder asegurar ante la Caja del Seguro Social a su conviviente, el derecho a solicitar medidas de protección ante instancias judiciales si la persona es agredida, la posibilidad de extender membresía a la pareja como lo es posible en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, para el uso de las instalaciones y el derecho a la visita conyugal a los privados y privadas de libertad, sin embargo sí existe una sentencia que reconoce la unión de hecho entre una pareja de hombres, la cual fue redactada por el Juez de Familia, M.S.c. Carlos Sánchez Miranda, del Segundo Circuito Judicial de San José, bajo el número de sentencia 270-2015 de las ocho horas del quince de abril del dos mil quince, la cual hace referencia a que como persona juzgadora no puede hacer omiso lo indicado por los instrumentos internacionales referentes al reconocimiento de los derechos humanos independientemente de su orientación o preferencia sexual, por lo que llevando concordancia con lo anterior se hace referencia un extracto del fondo de la sentencia,

“ ... la existencia del requisito de aptitud legal para contraer matrimonio, es una manera indirecta de hacer una diferenciación en atención a la orientación sexual de las personas por cuanto solamente quedaría configurado aquel reconocimiento para hombres y mujeres, y dicha discriminación no se sostiene un Estado de Derecho, respetuoso de los Derechos de sus ciudadanos, y en complemento a ello“...está proscrita por la Convención Americana sobre Derechos Humanos...cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, 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...”(ibidem).

Y considerando que en este caso debe imperar una interpretación evolutiva consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano, por cuanto no es posible cerrar los ojos a dicha realidad social, que es merecedora de ser tomada en cuenta (voto 7262-2006, Sala Constitucional) realidad social que en los últimas décadas la sociedad costarricense ha dado paso a su reconocimiento, aceptación y respeto, además del avance paulatino de aquellos derechos, y en aplicación de los principios de convencionalidad, interpretación evolutiva, no discriminación, derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos, es que se RECONOCE LA UNIÓN DE HECHO entre...”(Juzgado de Familia, 2015)

b. La Filiación y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Costa Rica.

En Costa Rica existen tres tipos de filiación, la biología o natural que puede ser matrimonial o extramatrimonial, la adoptiva la cual puede ser según el artículo 103 del Código de Familia basándonos en el adoptante puede ser conjunta o individual y por último las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), las cuales no se encuentran plenamente reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, como se ha mencionado en el tema de maternidad subrogada, gracias al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de febrero del 2016, se ordenó poner en vigencia el decreto 39210-MP-S, que regula la técnica de Fertilización In Vitro, sin embargo esta falta de regulación no se puede hacer creer que las parejas heterosexuales y homosexuales, no se sometan a dichos tratamientos o contratos en el extranjero con el fin de lograr ser padres y madres.

Ante la evolución de las técnicas de fertilización asistida o a la maternidad por subrogación, estamos frente a otra realidad paterno o materno filial, ya que el

principio de la verdad biológica no se aplica en algunos casos, siendo que muchos de los niños y niñas nacidos por medio de las técnicas de fertilización asistidas, podrían no contar con el material genético de alguno de sus padres registrales.

En la maternidad subrogada, si puede darse que el niño contenga el material genético de uno o de ambos padres, ya que incluso la madre gestante únicamente “alquila su cuerpo” para que se desarrolle el embrión, por lo que ante esta situaciones, no podemos hablar que para poder ejercer la maternidad o paternidad de un o una menor de edad, debe de existir una verdad biológica predominante sobre cualquier otro vínculo.

c. La voluntad pro creacional como elemento determinante en la filiación en las TRHA

En razón de lo anterior, ahora con la evolución de las técnicas de reproducción humana asistida y de la maternidad subrogada, debemos de hablar de un vínculo socio-afectivo, en el cual se deriva de la voluntad pro creacional de los padres.

La voluntad pro creacional viene a suplir la verdad biológica, tanto es así que se ha regulado y se debe de ser contundente y documentada a la hora de que una pareja se someta a una técnica de reproducción humana asistida, siendo que es el elemento determinante para la filiación entre el niño o la niña por nacer y la pareja sin importar el sexo de la misma, la cual desea someterse a la técnica con el fin de concebir.

Ahora bien, el concepto de progenitor en razón de esa voluntad procreacional debe de ampliarse y verse desde la óptica filiar afectiva y no desde una realidad biológica la cual no siempre va ir empatada con la realidad registral de la persona menor concebida por una técnica asistida.

Retomando que la concepción según lo interpreta el fallo del 28 de noviembre de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que

el término “concepción” referido al inicio de la vida humana no se interpreta como coincidiendo con la “fecundación” y debe interpretarse como equivalente a implantación, por lo que los padres que se someten a las técnicas de reproducción humana asistidas, son los dan ese consentimiento, libre, informado y responsable para que se realice la implantación del embrión con el fin de que se desarrolle.

De la voluntad pro creacional es la que da pie y sustenta la relación paterno o materno filial con el menor de edad y permite que la misma sea reconocida, por ende es indispensable que conste previo a la práctica de una técnica de reproducción humana asistida, sin esa voluntad pro creacional priva sobre la biológica en estos casos, ya que como se indicó, para su realización se puede haber utilizado material genético de la pareja o de un tercero, por lo que esto es la diferencia esencial entre la filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de las TRHA, de la investigación realizada no se evidencian que existan familiares o filiaciones pluriparentales, donde se permita que el menor obtenga tanto la filiación de los padres que se someten a la TRHA y de los donantes, ya que incluso se regula la participación anónima del donante, y sus datos son protegidos, salvo alguna excepciones que así lo permita cada país en su regulación en cuanto a las TRHA y sus bancos de donantes.

Al aprobarse las TRHA en otros países y así como en Costa Rica se le obligó su deber de garantizar la posibilidad de la Fertilización In Vitro, por medio del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto ha generado la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan ser padres y madres, y por ende soliciten que sus hijos e hijas sean inscritos ante el Registro Civil como los apellidos de la pareja.

d. Derechos fundamentales de las personas menores edad provenientes de la filiación

La paternidad y la maternidad es el vínculo que nace a partir de la filiación de un padre y un madre con su hijo o hija, y la co-maternidad y la co-paternidad la diferencia radica en que esta es ejercida por dos personas del mismo sexo, por lo

que ambas decidieron como proyecto de familia someterse a una técnica de reproducción humana asistida, o se les permitió realizar la adopción de una persona menor de edad, por lo cual ejercen la maternidad o la paternidad en conjunto. Esta última cuenta con varios obstáculos, ya que a nivel mundial únicamente 25 países han aprobado la adopción igualitaria, ya sea homo parental, o permitiendo la adopción de los hijos de la pareja del mismo sexo, algunos no por leyes específicas, sino por una resolución de la Corte Suprema del país, la cual indique que no se le debe prohibir la posibilidad de adoptar, el primero fue Holanda en el año 2000 y posteriormente fueron cada uno con las especificaciones que se indicaron anteriormente:

- Andorra en el 2014
- Argentina en el 2010
- Australia en el 2015
- Bélgica en el 2006
- Brasil en el 2010
- Canadá desde el 1999 al 2010
- Colombia desde el 2015
- Dinamarca desde el 2010 al 2015
- España en el 2005
- Estados Unidos desde 1993 al 2015, sin embargo faltan algunos Estados como Mississippi.
- Finlandia en el 2017
- Francia en el 2013
- Irlanda en el 2015
- Islandia en el 2006
- Luxemburgo en el 2015
- Malta en el 2014
- México en el 2015 solo es regulada en Ciudad de México y Coahuila, pero por jurisprudencia de la Suprema Corte ha sido regulada explícitamente
- Noruega en 2009
- Nueva Zelanda en el 2013 solo en la capital.

- Países Bajos solo es regulado en Metrópoli desde el 2001 y en Antilla Neerlandesas en el 2012, y el resto solo se limita a reconocer el matrimonio y adopciones igualitarias por mandato de la Suprema Corte del Reino de los Países Bajos.
- Portugal desde el 2016
- Reino Unido desde el 2005 al 2017.
- Sudáfrica desde el 2002
- Suecia desde el 2002

Al no encontrarse reconocida la posibilidad del matrimonio o unión de hecho de personas del mismo sexo, nacen las interrogantes de qué si a nivel mundial sí se encuentra reconocidas dichas uniones, incluso el derecho de adopción, qué tratamiento se le daría a la hora de inscribir a las personas menores de edad en el Registro Civil costarricense y que derechos se les deben de reconocer, por lo cual para interés del presente trabajo se desarrollaran tanto a nivel normativo como doctrinal, qué se entiende por el derecho al nombre, a la identidad y a la nacionalidad, así como otros derechos que se ven afectados a raíz del reconocimiento o no de la co-maternidad y co-paternidad,

Derecho al nombre

Según nuestra legislación interna en el Código Civil en el Capítulo II titulado *Del nombre las personas*, regula todo lo concerniente a la inscripción del nombre una persona ante el Registro Civil, pero en el tema de la co-maternidad y co-paternidad el artículo 49 es el que impide que una persona sea inscrito con los apellidos de dos padres o dos madres, el cual dice que,

"toda persona tiene 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.".(Codigo Civil, 1888)

Igualmente en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de

Elecciones y del Registro Civil indica que

“Además de las declaraciones generales, toda inscripción de nacimiento deberá contener las huellas de las plantas de los pies de la persona recién nacida, junto con el nombre de su padre y madre.(Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil , 1965)

Deberán constar también los siguientes datos:

a) Lugar, hora, día, mes y año del nacimiento. // b) Sexo y nombre de la persona recién nacida. // c) Nombres, apellidos, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad y domicilio de los padres, cuando ambos hayan de ser declarados y en los demás casos, solo los del progenitor que declare el nacimiento.(Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil , 1965)

Si la persona de cuya inscripción se trata, ha tenido uno o más hermanas o hermanos del mismo nombre, se declarará su orden en la filiación y se anotarán las partidas de muerte en las inscripciones de nacimiento correspondientes a los hermanos anteriores que lleven el mismo nombre. (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil , 1965)

En ambos artículos es evidente que no se permite inscribir a una persona menor de edad con los apellidos de sus dos progenitores del mismo sexo.

En el voto 1093-2014 del Tribunal de Familia hace referencia a Bísvaro quien hace un comentario de la realidad de la filiación biológica y la registral que en el caso de la adopción trasciende los vínculos de sangre, como se podría interpretar en el caso de los nacimientos de menores por medio de las TRHA, e indica lo siguiente,

“Así, el nombre puede o no coincidir con la realidad biológica; otras veces, a

pesar del vínculo que se crea a través de la adopción, donde el adoptado en adopción plena pasa a tener en la familia del adoptante el mismo lugar que un hijo biológico, por razones altamente atendibles, su apellido puede no coincidir con el de los adoptantes, pero algo es innegable: el nombre que me distingue, me identifica, me da un lugar de pertenencia en la sociedad trasciende al vínculo de sangre. En otros casos se acepta que no sea modificado, pero nada altera el vínculo familiar.”(Familia, 2014).

Lo anterior nos pone a analizar la relación que tiene el nombre con la identidad de las personas, ya que es aquello que lo individualiza de los demás, asimismo lo relaciona con un grupo de personas que se considera su familia en razón de esa filiación, lo cual indica:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 18 dispone que,

“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.”(Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, 1978)

Este derecho está consagrado en varios instrumentos internacionales, como en la Convención de los Derechos del Niño en el artículo 7, el indica,

“1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. // 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”(Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989).

Y en la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Artículo 24

“1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. // 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. // 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.”(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976)

El nombre es inherente a la persona, además de nuestros rasgos físicos, el nombre nos identifica, individualiza y nos hace parte de un grupo también.

En el libro Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentado, la señora Mary Beloff, en el comentario del artículo 18 citado supra, explica la naturaleza jurídica del nombre y sus características, las cuales es necesario conocerlas y se indican a continuación: MaryBeloff, en los comentarios que hace al artículo 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la obra del mismo nombre patrocinada por la Fundación Konrad Adenauer e impresa en noviembre de 2014 en los Talleres Gráficos en El Salvador.

Naturaleza jurídica del Nombre

Referente a la naturaleza del nombre varias han sido las teorías, entre las cuales Mary Beloff menciona las siguientes:

***“El nombre como un derecho de propiedad.** Esta teoría consideraba al nombre como un derecho propiedad del cual era titular la persona que lo llevara y fue sostenida tradicionalmente por la jurisprudencia francesa. Actualmente esta teoría se encuentra en desuso, toda vez que el nombre es entendido como algo inmaterial que está fuera del comercio, es inalienable*

e imprescriptible; en otras palabras, carece de contenido económico (característica de los derechos patrimoniales).// **El nombre como un derecho de la personalidad.** Según esta teoría el nombre es un derecho de la personalidad de todo hombre y su honra está íntimamente vinculado a él. // **El nombre como una institución de policía civil.** De acuerdo con esta teoría, el nombre sirve para la identificación de las personas; de ahí que se apoyaría en razones de seguridad social y seguridad ciudadana. Conforme esta concepción restrictiva, el derecho al nombre no existiría sino que se trataría de una reglamentación administrativa para procurar la identificación de los individuos. // **El nombre como un derecho de la personalidad cuanto una institución de la policía civil.** Según esta teoría si sólo se concibiera el nombre como un derecho de la personalidad se desconocería el interés social que implica; en tanto, si solo se lo reconociera como una institución de policía civil se desconocería uno de los derechos más íntimamente vinculados a la personalidad humana.

Esta pareciera ser la postura que prevalece en el derecho moderno, según la cual la naturaleza jurídica del nombre estaría dada por la confluencia de estos dos enfoques (teoría sui generis). (La negrita no es del texto original) (Beloff, 2014, pág. 432)

De esta manera el nombre se reviste de características que hace posible identificar a las personas e individualizarla como por ejemplo:

“Obligatoriedad: la necesidad de individualización de la persona exige necesariamente su identificación a través de un nombre. // **Inmutabilidad:** en razón de la función que desempeña, el nombre no se puede cambiar salvo casos excepcionales, ya que tiende a proteger los derechos individuales de las personas y de la sociedad y, además, trata de dar seguridad en la identificación de las personas. Los intereses colectivos y la necesidad de evitar confusión no permiten su cambio voluntario y caprichoso. Por ello las personas deben individualizarse en la comunidad

de manera cierta y permanente; sin embargo, como se señaló, este principio no es absoluto ya que, por razones de interés social y colectivo y en determinadas circunstancias ciertos cambios de nombres son permitidos. // **Inalienabilidad e intransmisibilidad:** el nombre es intransmisible entre vivos lo cual deriva de su carácter extrapatrimonial; es decir, no puede ser enajenado, cedido, gravado ni transmitido mediante ningún acto jurídico ya que está fuera del comercio. // **Imprescriptibilidad:** el nombre no se puede adquirir ni perder por el transcurso del tiempo. El derecho al nombre y el derecho de ejercer su defensa no decaen con el tiempo, en contraposición con otros derechos que en caso de no ser ejercidos temporalmente no pueden ser reclamados. (La negrita no es del texto original)” (Beloff, 2014, pág. 433).

Al entender la naturaleza jurídica del nombre y sus características, podemos concluir que el nombre es propiedad de cada persona, al cual está íntimamente ligado siendo que lo identifica y lo diferencia del colectivo, esto permite que puede exigir la defensa y conservación del mismo, como lo comenta Mary Beloff,

“El derecho del individuo de usar su nombre así como de reclamar o defenderlo es admitido universalmente aún en los países que no tienen una legislación expresa sobre la materia. En la protección y defensa del nombre no influye la posición doctrinaria que se adopte respecto de sus caracteres, naturaleza e importancia jurídica. La protección es común a todas y cada una de las teorías.

El no cumplimiento por parte de las autoridades estatales de la obligación de respetar y garantizar el derecho humano al nombre puede habilitar, una vez agotados los recursos internos, instancias supranacionales de protección en las que el Estado resulte pasible de responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados que han sido aprobados y ratificados previamente; esto es, por

falta de adecuación de su legislación interna o de sus prácticas al artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se comenta en este capítulo.” (Beloff, 2014, pág. 436 y 437)

Derecho a la identidad

El derecho a la identidad es ese poder buscar los orígenes del ser, comprendiendo todos los elementos que lo integran, es el derecho a ser uno mismo, es la perspectiva que tenemos de nosotros mismo y como nos presentamos al mundo, es la construcción que realizamos a lo largo de los años por lo que es dinámica, pero en ella se encuentran inmersas cosas que nos definen.

“El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental para el desarrollo de toda persona y de toda sociedad. Es un derecho humano que comprende derechos interrelacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación y el Estado está obligado a garantizarlo mediante todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo.

En lo que se relaciona con la protección a la familia, en consonancia con el artículo 11.2 de la Convención Americana, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad (incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley), sin injerencias ilícitas.” (Beloff, 2014, pág. 422)

Como bien lo indica la Mary Beloff en el comentario supra citado, el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados deben de respetar la identidad y en ella se encuentra inmersa el nombre, por lo que la negativa de no

permitir que un menor de edad sea reconocido por sus dos madres o sus dos padres, pone en riesgo ese derecho fundamental.

En el artículo 53 de la Constitución Política de Costa Rica, en su párrafo segundo indica que,

“Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.”(Constitución Política de Costa Rica, 1949)

Y en el artículo 54 del mismo cuerpo normativo,

“Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación”(Constitución Política de Costa Rica, 1949)

Una de las cosas que pretende resguardar esta constituyente es que a las personas menores de edad no se les discrimine por la forma en que adquieran su filiación, ya sea matrimonial o extramatrimonial, una calificación discriminatoria en perjuicio de las y los niños es que no se les faculte el derecho de sus progenitores.

El Código de Niñez y la Adolescencia en el artículo 23, reconoce;

“Las personas menores de edad tendrán derecho a un nombre, una nacionalidad y un documento de identidad costeados por el Estado y expedidos por el Registro Civil. El Patronato Nacional de la Infancia les prestará la asistencia y protección adecuadas, cuando hayan sido privados ilegalmente de algún atributo de su identidad.”(Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998)

Derecho a la nacionalidad

En el artículo 13 de la Constitución Política de Costa Rica, se indica quienes son costarricenses:

“1) El hijo de padre o madre costarricense nacido en el territorio de la República; // 2) El hijo de padre o madre costarricense por nacimiento, que nazca en el extranjero, y se inscriba como tal en el Registro Civil, por la

voluntad del progenitor costarricense, mientras sea menor de edad, o por la propia hasta cumplir veinticinco años; // 3)

El hijo de padres extranjeros nacido en Costa Rica que se inscriba como costarricense, pro voluntad de cualquiera de sus progenitores mientras sea mayor de edad, o por la propia hasta cumplir veinticinco años; // 4) El infante, de padres ignorados, encontrado en Costa Rica.”(Constitución Política de Costa Rica, 1949)

La Inscripción del Registro Civil, no hace ninguna distinción en la condición en la cual el menor de edad adquirió la filiación, y que por ello vaya a no ser inscrito por solicitud de cualquiera de sus padres, pero como se ha indicado anteriormente por ley especial se impide que figuren dos personas del mismo sexo como progenitores.

En la Convención Americana de Derechos Humanos también lo tutela, en su artículo 20,

“1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. // 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. // 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.” (Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, 1978)

Y en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 15,

“1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. // 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.”(Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

Federico Andreu, hace un aporte con relación a la importancia que toda persona tenga derecho a su nacionalidad, la cual no contraviene con el nombre, pero igualmente es un derecho que los Estados deben de garantizar;

“Si bien, como ocurre con el derecho al nombre, la CADH ampara el derecho a la nacionalidad como un derecho autónomo y distinto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano, ambos derechos están estrechamente relacionados. No huelga recordar que el derecho a la nacionalidad, como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, es inderogable. Esta estrecha relación entre ambos derechos ha sido destacada por la Corte IDH en los siguientes términos: “el derecho a la nacionalidad [...], en tanto vínculo jurídico entre una persona y un Estado, es un prerrequisito para que puedan ejercerse determinados derechos [...]. En consecuencia, el derecho a la nacionalidad conlleva el deber del Estado con el que se establece tal vinculación, tanto de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, como de protegerlo contra la privación en forma arbitraria de su nacionalidad y, por tanto, de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en ésta.”(Andreu, 2014)

Derecho a la Familia

El derecho a la convivencia familiar y comunitaria parte de la necesidad de preservar los vínculos familiares y comunitarios de los niños, niñas y adolescentes, al ser la familia un elemento esencial de la organización de la sociedad, debe ser protegida por el Estado, compromiso que se encuentra en la Constitución Política costarricense en el artículo 51 el cual indica,

“La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrá derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.”(Constitución Política de Costa Rica, 1949)

En el Código de Niñez y la Adolescencia en el artículo 30 refiere a la importancia de que las personas menores de edad tengan el derecho de desarrollarse en el seno de una familia,

“Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca”. (Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998)

El artículo 33 reafirma la permanencia y la protección integral que debe de brindar el Estado,

“Las personas menores de edad no podrán ser separados de su familia, salvo en circunstancias especiales establecidas por la ley. En este caso, tendrán derecho a la protección y asistencia técnica gratuitas por parte del Patronato Nacional de la Infancia.”(Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998)

La normativa interna es consecuente con la internacional, como muestra el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual valida la importancia de la permanencia de la persona menor edad con su familia,

“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.”(Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989)

Existe basta jurisprudencia y fundamento jurídico que nos reafirma la importancia de que las personas menores de edad se desarrollen al lado de su familia, derecho que va arraigado a la personalidad e integridad de las personas menores de edad.

En el derecho a fundar familia se contempla en instrumentos de derecho internacional, donde incluso prohíbe la limitante basada en condiciones que son

utilizadas como etiquetas para perpetuar la discriminación, un ejemplo es el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual reza,

“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. // 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. // 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”(Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

Derecho a la autodeterminación y a la vida privada

La autodeterminación es la posibilidad que tienen las personas de tomar decisiones sobre su vida y como desean desarrollarla, lo cual es respetable y mientras no violente los derechos de terceras personas puede ser ejecutable, lo anterior esta concatenado al respeto de la vida privada de las personas, lo cual es una garantía que se debe de resguardar, ya que incluso es un derecho humano contemplado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”(Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos indica algo muy similar en su artículo 8,

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus correspondencias. // 2. No podrá haber injerencia de la

autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”(Derechos Hunamos.Net, 2017)

El respeto a las decisiones que las personas tomen con relación a sus proyectos de vida, también se incluye la posibilidad de formar una familia que se aleje de la tradicional-heterosexual, por lo cual el Estado está en la obligación de no limitar los derechos que como todo ser humano se puede ejercer, como por ejemplo al del matrimonio, a la maternidad y a la paternidad.

Derecho a la igualdad

La Constitución Política de Costa Rica garantiza el derecho a la igualdad ante la ley en su artículo 33,

“Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.” (Constitución Política de Costa Rica, 1949).

Este derecho es reiterado en diferentes instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como en la Declaración Universal de Derechos Humanos en los artículos 1 y 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 3, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 1 y 2, Convención de Eliminación de todas las forma de Discriminación contra la Mujer en el artículo 1.

El tema de la no discriminación por la orientación sexual, no es un derecho que ampliamente se abarca en los anteriores instrumentos internacionales, ni en el

derecho interno, sin embargo en la Carta de Derechos Humanos Emergentes, una respuesta de la sociedad civil a los retos del siglo XXI, ya se hace mención de una forma específica,

“2. El derecho a la autodeterminación personal y la diversidad y autonomía sexual, que reconoce a toda persona el derecho a ejercer su libertad y orientación sexual, así como a la adopción de infantes, sin discriminación. // 3. El derecho a la elección de los vínculos personales, que se extiende al reconocimiento del derecho individual a la asociación sentimental con la persona elegida, incluyendo el derecho a contraer matrimonio, sin que exista obstáculo alguno al libre pleno consentimiento para dicho acto. Todo tipo de vínculo personal libremente consentido merece igual protección. // 4. El derecho a la tutela de todas las manifestaciones de comunidad familiar, que reconoce el derecho de todo ser humano a la protección y tutela por las autoridades públicas de la familia, cualquiera que sea la forma que adopte, y con independencia de la igual responsabilidad de cada uno de los progenitores en relación con la educación y manutención de los hijos menores de edad.”(Carta de derechos humanos emergentes, 2004)

Lo anterior es de especial atención, ya que responde a una realidad que enfrenta la sociedad costarricense y la explicitud del texto es notable la necesidad de una respuesta legislativa con relación al tema.

e. Fundamento legal de las inscripciones de las personas menores de edad en Costa Rica.

En el Código Civil en el Capítulo 2 se contempla la regulación con relación a la inscripción del nombre de las personas, para el interés del presente trabajo el referente es el artículo 49 el cual reza,

“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.”(Codigo Civil, 1888)

Dicho artículo es claro en indicar la composición del nombre y que el orden, por lo que contempla en el caso de que la persona menor de edad cuente con un padre y una madre se inscriba con el primer apellido de ambos progenitores, sin embargo en el caso que fuera un hijo nacido fuera del matrimonio el artículo 52 del mismo cuerpo normativo indica que,

“Cuando el hijo haya nacido fuera de matrimonio se le pondrán los apellidos de la madre. Si ésta tuviere uno sólo, se repetirá para el hijo.”(Codigo Civil, 1888)

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y el Registro Civil en su artículo 48 indica el trámite para la inscripción de personas nacidas dentro y fuera del país,

Inscripción de nacimientos ocurridos dentro y fuera del país.

“Todo nacimiento que ocurra en el territorio costarricense debe inscribirse en el Departamento Civil; también se inscribirá el nacimiento ocurrido en el extranjero del hijo de padre o madre costarricense, si así lo solicita la parte interesada.”(Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil , 1965)

En este artículo no se hace referencia al orden de los apellidos, ya que en el Código Civil ya se regula.

f. Regulación de la co-maternidad y co-paternidad en Costa Rica y Pronunciamientos de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre la filiación de menores de edad hijos de parejas del mismo sexo.

La paternidad y la maternidad es el vínculo que nace a partir de la filiación de un padre y un madre con su hijo, y la co-maternidad y la co-paternidad la diferencia radica en que esta es ejercida por dos personas del mismo sexo, que pueden encontrarse unidas bajo la figura del matrimonio o simplemente en unión de convivencia o unión de hecho, por lo que ambas decidieron como proyecto de familia someterse a una técnica de reproducción humana asistida, o se les permitió realizar la adopción de una persona menor de edad, por lo cual ejercen la maternidad o la paternidad en conjunto.

La co-maternidad y la co-paternidad no se encuentra regulada ni contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, tanto es así en nuestro Código Civil en el artículo 49 reza,

“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”(Codigo Civil, 1888)

Y en el artículo 52 del mismo cuerpo normativo indica;

“Cuando el hijo haya nacido fuera del matrimonio se le impondrán los apellidos de la madre...”(Codigo Civil, 1888).

Por lo anterior estos artículos han servido de base para rechazar la inscripción de niños y niñas que fueron concebidos por medio de las técnicas de reproducción humana asistida, por una decisión de proyecto de familia de dos personas del mismo sexo o bien, se les permitió adoptar a un niño o niña en un país extranjero, donde ya se mencionó que existen al menos 25 países que

permiten con algunas particularidades las adopciones igualitarias, y desean ejercer su co-maternidad o co-paternidad como se encuentra estipulada en nuestro ordenamiento jurídico no partiendo de la preferencia sexual del padre o la madre de eses menor de edad, sino desde una óptica Derechos Humanos.

Según las consultas realizadas a personal del Registro Civil, la funcionaria Paola Arguedas Castellón Profesional Ejecutor 3, encargada de revisar los requisitos de inscripción de personas ante el Registro Nacional, indica que es de su conocimiento que solo dos casos de solicitudes de inscripciones de personas menores de edad nacidas en el extranjero hijos de parejas del mismo sexo, se han presentado ante dicha instancia; el primero caso fue de un niño adoptado por un costarricense que se encuentra casado en Italia con su pareja homosexual, los cuales en conjunto realizaron la adopción del menor de edad en Estado Unidos, y posteriormente solicitó ante el Registro Civil de Costa Rica la inscripción de su hijo, solo que no alegó que se encontraba casado y que deseaba que figurara su pareja también como padre de la persona menor de edad, por lo cual únicamente se inscribió con los apellidos del padre costarricense.

El segundo caso fue el que tuvo más trascendencia en vía judicial; ya que fue presentado por una costarricense casada en Suiza con su pareja del mismo sexo con quien posteriormente contrajo matrimonio en España, la primera se sometió a una TRHA en Barcelona, por lo cual el 8 de octubre del 2008, nacieron dos niñas en Barcelona, las cuales fueron inscritas ante el Registro Civil de la misma ciudad como hijas de ambas mujeres, posteriormente la cónyuge de nacionalidad Suiza, acudió a su país con el fin de inscribir a las menores como hijas de ambas trámite que logró efectuar.

La madre costarricense ingresa al país con su familia nuclear con el fin de hacer el trámite de inscripción de su hijas ante el Registro Civil de Costa Rica como costarricenses, aportando las certificaciones de nacimiento de España y los documentos de identidad provenientes de ambos países donde ya fueron reconocidas las menores de edad con los apellidos de ambas madres. Como

resultado obtienen que el Registro Civil de Costa Rica únicamente las inscribió como hijas de la madre costarricense con los dos apellidos de la misma, omitiendo el origen y la identidad que las niñas ostentan en su país de nacimiento.

Ante la denegatorio por parte del Registro Civil de Costa Rica de inscribir a las menores con los apellidos de sus madres, plantean un Recurso de Amparo ante la Sala Constitucional de Costa Rica el día 14 de enero del 2013, el cual fue resuelto bajo el voto 1682-2013, donde su inscripción fue rechazada ya que el Registro Civil actuó apegado a las normas de derecho interno y el principio de legalidad.

III. CAPÍTULO. METODOLOGÍA

a. El paradigma, el enfoque metodológico y el método seleccionado

Según lo explica Jackeline Mendoza, haciendo referencia a lo indicado por Guillermo Briones en 1998, el paradigma de investigación se puede entender como,

“El paradigma de investigación es lo que constituye la ciencia para el conocimiento de la realidad a la cual se refiere, es decir es la concepción del objeto de estudio de una ciencia, de los problemas para estudiar, de la naturaleza de sus métodos y de la investigación realizada.”(Unesr Files Wordpree, 2017)

Asimismo es necesario aclarar que los paradigmas tienen diferentes clasificaciones, el analítico, el cualitativo interpretativo, el funcionalista y el estructuralista, sin embargo en la presente investigación se aplicará el paradigma cualitativo interpretativo, ya que aplica técnicas de descripción, clasificación y explicación del tema investigado.

El método de investigación que se utilizó bajo la misma línea es el cualitativo, el cual se define como,

“El método cualitativo o la investigación cualitativa como también se le llama, es una técnica o método de investigación que alude a las cualidades es

utilizado particularmente en las ciencias sociales; pero de acuerdo a ciertas fuentes también se utiliza en la investigación política y de mercado, este método se apoya en describir de forma minuciosa, eventos, hechos, personas, situaciones, comportamientos, interacciones que se observan mediante un estudio; y además anexa tales experiencias, pensamientos, actitudes, creencias etc. que los participantes experimentan o manifiestan; por ende es que se dice que la investigación cualitativa hace referencia a las cualidades.” (Concepto Definición, 2017)

Este método va a permitir que del análisis de los objetivos planteados en la investigación se pueda obtener una respuesta al problema a investigar a partir de un análisis teórico de los contenidos relacionados con el tema y de esta manera valorar los cambios que los operadores y operadoras del derecho y la legislación interna costarricense deban de realizar y cuestionarse con el fin de garantizar el derecho a la identidad de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo.

Asimismo se propone realizar un análisis jurídico propositivo, el cual se debe entender como,

“En suma, el estudio propositivo parte de entender que la realidad jurídica existente no es del todo correcta por lo que se hace merecedora de correcciones y mejoras a través de nuevas regulaciones.”(UNAM, 2017)

Lo anterior en razón de que lo se pretende es generar ideas que permitan el cuestionamiento del actuar del Estado costarricense ante el reclamo del derecho a la identidad y a la inscripción de personas menores de edad nacidas en familias homo parentares, esto con el fin de determinar si se garantizan sus derechos humanos.

b. Descripción del contexto o del sitio, en dónde se lleva a cabo el estudio

El lugar donde se realiza el estudio es en la República de Costa Rica, que ha repercutido en las instituciones gubernamentales del Estado como lo son el

Registro Civil y la Procuraduría General de la República, y en Poder Judicial específicamente en la Sala Constitucional, el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia de San José y el Juzgado Primero de Familia de San José, quienes han sido los despachos judiciales donde se han presentado gestiones relacionadas con el tema a investigar.

En razón de lo anterior, lo que se pretende es visibilizar la posición de dichas instituciones y despachos judiciales, con el fin de entender su criterio con relación al reclamo de la inscripción de personas menores de edad con una doble maternidad o paternidad y es por ello necesario hacer un análisis del voto 1682-2013 y la referencia del voto 9879-2015 ambos de la Sala Constitucional, donde se expresan los criterios del Registro Civil como de la Procuraduría General de la República, y con base en ellos la Sala Constitucional emite su criterio.

c. Las características de los participantes y las fuentes de información

Siendo que la investigación tiene como base el análisis teórico de legislación interna, votos judiciales y derecho internacional de los derechos humanos, no se requirió la participación de personas que pudieran brindar información con el fin de que realizaran un aporte al presente trabajo.

En relación a los tipos de fuentes, la información se obtiene de fuentes primarias tales como la Constitución Política de Costa Rica, Convención de sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre los Derechos del Humanos, Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos, Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Código Civil, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil.

Asimismo como fuentes secundarias se considera como un insumo valioso los votos de la Sala constitucional números 1682-2013 y 9879-2015, siendo que sobre el tema existen escasos pronunciamientos al interno del país, asimismo es

importante considerar doctrina relacionado al tema de investigación.

d. Las técnicas e instrumentos para la recolección de los datos

Como técnicas e instrumentos que pueden generar datos para las investigaciones se pueden aplicar las entrevistas, experimentos, observación directa, encuestas, análisis de contenidos y sesiones de grupo, sin embargo el presente trabajo basa sus insumos en datos producto del análisis de contenidos, los cuales proviene de las fuentes primarias como la ley interna y el derecho internacional de los derechos humanos, mismos que son la base de los criterios judiciales que la Sala Constitucional, el Registro Civil y la Procuraduría General de la República ha emitido con relación al tema de investigación.

Primeramente es necesario una revisión de los documentos atientes al tema a tratar, con el fin de encausar las bases que se relacionan con el derecho a la identidad y la posibilidad que tienen las personas menores de edad de ser inscritos e inscritas como costarricenses si previamente tiene como parte de su nombre, el apellidos de sus dos progenitoras o sus dos progenitores, filiación que pretenden replicar y que se les garantice por parte del Estado costarricense y así se haga valer en el Registro Civil.

Una vez realizado la revisión de documentos, es necesario su análisis para determinar una respuesta al planteamiento del problema de la investigación, y emitir conclusiones que analicen el contenido y brindar recomendaciones.

IV. CAPÍTULO. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

a. ANÁLISIS DE RESULTADOS

a.1. Análisis de la legislación interna para la inscripción como costarricenses de hijos e hijas de parejas del mismo sexo, nacidos en el extranjero.

Como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, en Costa Rica encontramos como fuente del derecho interno para determinar como una persona puede ser inscrita como costarricense ante el Registro Civil, la primera de ella en el Código Civil específicamente en el capítulo II, titulado Del nombre de las personas y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil en el Título III, Capítulo III, titulado Nacimientos.

De estas dos fuentes los artículos determinantes para el desarrollo de la investigación son el artículo 49 y 52 del Código Civil y el artículo 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil.

Artículo 49 del Código Civil,

“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.”(Codigo Civil, 1888)

Artículo 52 del Código Civil,

“Cuando el hijo haya nacido fuera de matrimonio se le pondrán los apellidos de la madre. Si ésta tuviere uno sólo, se repetirá para el hijo.”(Codigo Civil, 1888)

Artículo 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil,

“Todo nacimiento que ocurra en el territorio costarricense debe inscribirse en el Departamento Civil; también se inscribirá el nacimiento ocurrido en el extranjero del hijo de padre o madre costarricense, si así lo solicita la parte interesada.”(Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil , 1965)

El Registro Civil cuenta con un sistema que es donde se debe de realizar la inscripción de las personas nacidas en Costa Rica o bien, nacidas en el extranjero pero son hijos o hijas de padres o madres costarricenses, ese particular sistema únicamente en cuenta con dos casillas donde se indica el nombre de los progenitores una titulada padre y otra titulada madre, lo cual responde a lo que indica la norma de inscripciones de nacimientos, sin embargo en el caso en concreto que se presente la solicitud inscribir a una persona menor de edad, el cual es hijo o hija de una pareja del mismo sexo a la luz de la legislación y mecanismos de inscripción internos es complejo, ya que se debería realizar una reforma legal.

En el Voto 1682-2013 de la Sala Constitucional es importante el fundamento a esta limitante que se menciona en el resultando número 3 del los señores Rodrigo Fallas Vargas y Luis Antonio Bolaños Bolaños funcionarios del Departamento Civil el primero en su condición de Oficial Mayor y en segundo como Jefe de Inscripciones, en un extracto de su informe mencionan,

“Ahí, se les indicó que si bien, los hijos de la recurrente [NOMBRE 07]. Tienen derecho a ser inscritos como costarricenses, esa inscripción debe apegarse a la legislación vigente. En ese orden, los artículos 49 al 59 del Código Civil de Costa Rica establecen las disposiciones en cuanto al nombre de las personas y obviamente ahí se hace alusión a su filiación y, en particular, a la forma en que puede ser consignada. De esas normas se colige que en el ordenamiento jurídico vigente no se admite la posibilidad de inscribir personas con dos maternidades, lo que hace imposible, en virtud

del principio de legalidad, realizar inscripciones como constan en los certificados de nacimientos emitidos en el extranjero. Así las cosas, la actuación impugnada es legítima en la medida que tiene fundamento normativo. En el país es jurídicamente imposible inscribir la comaternidad; únicamente, la filiación materna y paterna.”(Constitucional, 2013)

Esta posición fue amparada por la Sala Constitucional en el Considerando IV del mismo voto, ya que indica, “*Estima la Sala que la decisión que se impugna no resulta ilegítima o arbitraria en la medida que está fundada en normativa vigente.*”

Por lo anterior se puede entender que según la interpretación y aplicación de la norma nacional para inscripciones de nacimientos de hijos e hijas de parejas del mismo sexo, no es posible, por lo que es necesario realizar una integración con Derecho Internacional de Derechos Humanos, ya que la limitante que presenta la legislación interna es discriminatoria y pone en peligro el derecho a la identidad, al nombre, a la familia, a la autodeterminación, entre otros que pueden no ser ejercidos por la denegatoria a ser reconocido o reconocida como hijo de una pareja conformadas por personas del mismo sexo.

a.2. Análisis de Convenios y Declaraciones de Derechos Humanos ratificados por Costa Rica donde se garanticen el derecho a la identidad, al nombre, a la familia, a la igualdad, a la autodeterminación y a la vida privada.

Costa Rica ha ratificado diversos instrumentos de Derechos Humanos, los cuales dan un respaldo a los derechos que son de interés para el presente trabajo, por lo cual se procede a enunciar algunos de dichas fuentes que reafirman el compromiso del país en el respeto y garantías de los mismos.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. // 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”(Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, 1978)

Artículo 17. Protección a la Familia

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.” (Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, 1978).

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”(Convención

Americana Sobre los Derechos Humanos, 1978)

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 2

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.” (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989)

Artículo 3

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”(Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989)

Artículo 6

“1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. // 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”(Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989).

Artículo 5

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación

apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.” (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989)

Artículo 8

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.” (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989)

Artículo 27

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. // 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. // 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. // 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero.

En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de

cualesquiera otros arreglos apropiados.”(Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989)

Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos

Artículo 3

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.”(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976)

Artículo 6

“1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976)

Artículo 23

“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. // 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. // 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. // 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos 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 a los hijos.”(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976)

Artículo 24

“1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o

nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. // 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. // 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.”(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976)

Declaración Universal De Derechos Humanos

Artículo 1

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”(Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

Artículo 2

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”(Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

Artículo 7

“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”(Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

Artículo 25

“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo,

enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. // 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”(Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Capítulo Primero. Derechos

“Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona. Artículo I: *Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. // Derecho de igualdad ante la Ley.* Artículo II: *Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. // Derecho a la constitución y a la protección de la familia.* Artículo VI: *Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella. // Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.* Artículo VII: *Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales. // Deberes para con los hijos y los padres.* Artículo XXX: *Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.*”(Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948)

Como se puede extraer, el derecho a la identidad, al nombre, a la familia, a la igualdad, a la autodeterminación y a la vida privada, se encuentran inmersos en los anterior instrumentos internacionales, tanto es así que en cada uno de ellos se

reitera el derecho a la igualdad y a la no discriminación, por lo cual esto viene a poner en entredicho si efectivamente el derecho interno es concordante y permite dirimir conflictos en donde se soliciten se garanticen situaciones jurídicas que no contemplan las normas internas y por ende es necesario acudir al derecho internacional de los derechos humanos.

Con relación al tema de la investigación, es importante hacer hincapié en un artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño, ya que es la norma que va dirigida directamente a dicha población y se refiere a los derechos supra citados,

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.” (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989)

Las anteriores garantías tienen concordancia con el artículo 23 del Código de la Niñez y la Adolescencia, mismo refiere al Derecho a la Identidad,

“Las personas menores de edad tendrán derecho a un nombre, una nacionalidad y un documento de identidad costado por el Estado y expedido por el Registro Civil. El Patronato Nacional de la Infancia les prestará la asistencia y protección adecuadas, cuando hayan sido privados ilegalmente de algún atributo de su identidad.”(Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998). *Esta norma especial interna permite que se garantice el derecho al nombre y a la identidad que ya gozan las personas menores de edad.*

a.3. Análisis del voto 1682-2013 de la Sala Constitucional de Costa Rica, con relación al derecho a la identidad de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo

El fallo se da a raíz de un recurso de amparo, ante la negativa del Registro Civil para inscribir a dos personas menores de edad nacidas en el extranjero, pero con la filiación de dos madres, una de ellas costarricense. El matrimonio de las dos mujeres que se contrajeron matrimonio el 31 de marzo de 2011 en la ciudad de Barcelona, convivían desde el año 2008. En enero del año 2010, una de las mujeres queda en estado de embarazo, mediante un proceso de Inseminación Artificial con donante de semen anónimo, y material genético femenino (óvulo) de una de ellas, con el cual logran un embarazo gemelar. Ambas rindieron el consentimiento para la práctica de la técnica de reproducción humana asistida por lo que existe una voluntad procreacional de la pareja, dicho procedimiento se realizó en la clínica Stork en Copenhague en Dinamarca. Ambos niños nacen el mismo año, en la ciudad de Barcelona, España. En el Registro Civil de Barcelona, se registran ambos niños como hijos de las dos mujeres, de modo que los niños reflejan legalmente los dos primeros apellidos de sus madres. Una de las mujeres es de nacionalidad Suiza por lo que solicita que ambos niños obtengan dicha nacionalidad, misma que adquieren sin inconveniente en el año 2012.

Posteriormente en el año 2013 la pareja de mujeres se someten nuevamente a una inseminación artificial en la misma clínica y en el año 2013, son madres nuevamente de otro menor de edad, nacido en Barcelona y con los mismos derechos de filiación de sus hermanos, tanto en España como en Suiza.

En el año 2011 la madre costarricense realiza los tramites de inscripción de sus dos primeros hijos ante el Registro Civil, la recurrente indican que las niñas deben de ser inscritas ante el Registro Civil como lo indica el acta de nacimiento española, basando su argumentos en

“Reclaman que el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege el derecho de toda persona al nombre, sea a contar con su nombre propio y los apellidos de sus padres; aspectos que también están preceptuados en la Declaración de los Derechos del Niño, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1959, en sus artículos 3 y 8. Consideran que las acciones y omisiones por parte de las autoridades recurridas violentan los derechos fundamentales de los menores amparados a su identidad personal, de igualdad así como el derecho de tener una familia.”(Constitucional, 2013)

Se da audiencia a la Directora General, el Jefe del Departamento Civil y el Jefe de Inscripciones, todos del Registro Civil, con el fin de que rindan un informe, ambos indican lo siguiente,

“Los documentos de nacimiento de ambos niños contienen la información de dos personas que ejercen co-maternidad, siendo la primera de ellas [NOMBRE 01].costarricense y [NOMBRE 02], de solo un apellido en virtud de su nacionalidad suiza. Apoyada la Sección de Inscripciones en la legislación vigente, ordenó la inscripción de los nacimientos únicamente con la maternidad de la primera.”(Constitucional, 2013)

Amparados también en los artículos del 49 al 59 del Código Civil, los cuales no admiten la posibilidad de inscribir a una persona con los apellidos de dos madres o padres, por lo que en apego al principio de legalidad de la norma, inscribir a las menores de edad de la misma forma que consta en los certificados de nacimientos españoles, asimismo argumenta lo siguiente,

“En el país es jurídicamente imposible inscribir la co-maternidad; únicamente, la filiación materna y paterna. Solicitan que se desestime el recurso planteado.”(Constitucional, 2013)

La Sala Constitucional emite un voto de mayoría el cual se rechaza el Recurso de Amparo con base en los siguientes argumentos:

- Dar razón a los argumentos planteados por el personal del Registro Civil, ya que indica que la decisión no es ilegítima ni arbitraria, siendo que se tomo con base en la norma vigente del Código Civil.
- Las inscripciones de menores de edad solo se le permite indicar con filiación materna y paterna, con excepción que la madre al momento de la inscripción no indique quien es el padre del menor de edad.
- Que no se les puede negar su derecho a ser inscritos como costarricenses ya que su madre lo es, por lo cual no se le está violentado ni limitando dichos derecho.
- A pesar de que ambas niñas se encuentran inscritas ante el Registro Civil de España y Suiza con el nombre de ambas madres, no implica que el Estado costarricense se vea obligado a realizarlo de la misma manera.

Existe en la sentencia un voto salvado redactado por el Magistrado Paul Rueda, y le brinda el plazo de 15 días según lo permite el artículo 48 párrafo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para que la recurrente plantee una acción de inconstitucionalidad, asimismo realiza los siguientes argumentos de importancia:

- Toda decisión judicial cuando median intereses de personas menores de edad se debe de basar en el Interés Superior del Niño y la Niña, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño.
- Que el Estados tiene el deber de protección del interés superior del niño, para que se respeten sus derechos fundamentales como el derecho a la identidad, la certeza de su filiación, a la dignidad y al desarrollo de su personalidad.
- Se le debe permitir a toda persona el saber de dónde proviene e identificarse con quienes han ejercido sobre él la autoridad parental, que le corresponde al padre y la madre.

- *“..en la actualidad se vislumbran nuevas concepciones, según las cuales la maternidad y la paternidad han dejado de ser consideradas como relaciones de filiación basadas en un puro carácter genético o biológico, para imponerse como el establecimiento de una realidad más socio-afectiva que genética, determinada por el elemento volitivo de dos personas que entregan a un niño afecto, el cual es recibido por este, y a quienes el menor reconoce como las personas que sobre él ejercen la autoridad parental.”* Por lo que esa relación socio-afectiva es la que genera ese vínculo de filiación, que trasciende lo genético.
- La invisibilización de la otra madre que contribuye a la crianza de las menores de edad.
- Que en el tema de la co-maternidad existe un vacío legislativo, pero que la Sala no puede ser ajena estas nuevas formas de parentalidad.

Al ver la negativa de la Sala Constitucional y respaldo que se le da a la decisión del Registro Civil, las madres de las menores plantean un proceso de Filiación ante el Juzgado de Niñez y la Adolescencia de San José, el cual se declara incompetente, en razón que no tiene competencia para dirimir conflictos de filiación, por lo que llega a estrados del Juzgado Primero de Familia, donde la Jueza Shirley Víquez Vargas, presenta una consulta constitucional ante la Sala Constitucional, sobre la constitucionalidad del artículo 49 del Código Civil, el cual se podría aplicar al caso en concreto, pero podría ser contrario a la Constitución u al los artículos 53 y 54 del mismo cuerpo normativo, asimismo es contrario al interés superior de niño, y al artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este último indica que toda persona tiene derecho a un nombre propio, que el concepto de padre y madre del artículo 49 de Código Civil no debería de ir ligado a la realidad biológica, ya que el concepto de familia ha cambiado, también con base a las realidades y las dinámicas familiares que se deslumbran actualmente.

Hace mención a las Declaración de los Derechos del Niño donde vuelve a recalcar el derecho que tienen las personas menores de edad a contar con un nombre y una nacionalidad, sin excepción alguna, ni distinción o discriminación; asimismo hace mención al los artículo 7, 8 y el 3.1 concerniente a que todas las decisiones deben de tomar como base el interés superior del niño, misma que se indica en el artículo 5 del Código de Niñez y las Adolescencia. Es interesante el argumento que utiliza la jueza Víquez al indicar que el negar inscribir a las menores con lo apellidos de las progenitoras les da una calificación de “filiación impropia” lo cual no se permite en nuestro país, negando así el derecho a la identidad del cual debe de ser garantizado, sin importar la forma en la cual las menores fueron traídas al mundo, por lo que al no resolver la situación filial acorde a su origen, produce una violación a los derechos fundamentales de las niñas.

La Procuraduría General de la República en su informe indica en síntesis que la Jueza excede la competencia jurisdiccional y que cae en la competencia contenciosa administrativa ya que es la Dra. Víquez señala la pretensión de las promotoras la cual le solicita a la que la Sala indique si el Registro Civil violentó los derechos de filiación de ambas niñas, al negar su inscripción con los apellidos de ambas madres y que le ordene al Registro Civil inscribirlas como los apellidos que constan en sus certificaciones de nacimiento extranjeras y que modifique los asientos como corresponde, la Sala Constitucional no evacua la consulta de la Jueza Víquez, bajo los argumentos de que se desprende de la pretensión de las madres de las niñas que desean que en sentencia,

“...declare que el Registro Civil con su acto en el cual desconoció la inscripción originaria de los niños [Nombre 04], [Nombre 05] y [Nombre 06] llevada a cabo en Barcelona, violenta los derechos de filiación; y además que le ordene al Registro Civil ratificar la inscripción de los niños [Nombre 04], [Nombre 05] y [Nombre 06] con los apellidos [Nombre 07] como corresponde en virtud de la normativa citada y se modifique así sus asientos de nacimiento”. (Cosntitucional, 2015)

Por lo que sí es un proceso de filiación el cual se gestionó inicialmente, la jueza tenía que analizar los requisitos para dar curso a dicho proceso y de su competencia, ya que lo que ataca la pretensión es un acto administrativo con el cual no está conforme y desea que se le reconozca esa filiación a las menores de edad, por lo cual se estaría discutiendo sobre la validez y eficacia de un acto administrativo uno de un conflicto de filiación en sede judicial, por lo cual según la Constitución Política en el artículo 49 y el Código Contencioso Administrativo en el artículo 36 señalan que las acciones administrativas que de realizan los entes del Estado deben ser alegadas su inconformidad por los administrados ante la jurisdicción Contenciosa- Administrativa y la Sala Constitucional no puede obviar la competencia que se define desde la Constitución Política.

b. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

La ratificación de las Convenciones de Derechos Humanos por parte de Costa Rica, significa el obligarse a respetar las garantías que dicho instrumento le otorgue a las personas, así como la posibilidad de que su actuar sea supervisado por un ente internacional como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que para garantizar dicha aplicación en el ámbito interno existe el control de convencionalidad, donde no solo los órganos judiciales deben de resolver en concordancia con la norma interna e internacional, sino que debe de tomar en cuenta la interpretación que tanto la Corte Interamericana por medio de sus fallos y las observaciones realizan.

Dicha convencionalidad de la Sala Constitucional en la resolución 2014-012703 de las 11:51 horas del 1 de agosto del 2014, reconoce su importancia e inclusión en las disposiciones de que diriman situaciones relacionadas con la garantía de derechos humanos.

“III.- CARÁCTER VINCULANTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. El control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) es de acatamiento obligatorio, (...) debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas.”
(Constitucional, 2014)

Este voto es de gran trascendencia para las parejas del mismo sexo ya que hace eco de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la prohibición de discriminar a las personas por su orientación sexual,

“En el presente asunto, se discute entre otros aspectos, el aseguramiento que pretende hacer una persona a su pareja del mismo sexo por lo que, en criterio de la mayoría de este Tribunal Constitucional, resultan aplicables las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual. (...) considerando la doctrina establecida por ese Tribunal internacional en cuanto a la prohibición de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de incurrir en actos discriminatorios en contra de las personas por su orientación sexual, esta Sala estima procedente utilizar aquellas consideraciones jurídicas como parámetro de interpretación para resolver el presente asunto aun cuando se trate de situaciones fácticas distintas, ya que, la ratio decidendi es igual, por cuanto, se trata de impedir toda discriminación por razón de la orientación sexual.

Lo anterior atendiendo a que, según lo dispuesto por la CIDH “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención” y, por ende, quedan proscrita cualquier práctica fundada en esos aspectos.”(Constitucional, 2014)

Tomando en cuenta lo anterior y la obligación de las personas juzgadoras de guardar un control de convencionalidad en sus resoluciones y en respeto de los derechos humanos y los instrumentos de derecho internacional, es procedente analizar la legislación interna referente a la inscripción de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo.

El artículo 49 y 52 del Código Civil y el 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil, son la base legal que impone como se realizará la inscripción del nombre y apellidos de las personas en el Registro Civil, sin embargo a la hora de que en sede judicial se enfrente un caso que se requiera reconocer la filiación de hijos e hijas nacidos de uniones de personas del mismo sexo, es necesario la aplicación del control de convencionalidad, ya que es palpable que la legislación interna no protege ni da una respuesta antes ese supuesto, que en razón de los cambio que enfrenta la sociedad en su organización y los diferentes modelos de familia, al día de hoy es una realidad que se debe de darle una respuesta judicial, bajo el amparo de los derechos humanos de estas familias y en especial a las personas menores de edad.

Adriana Dreyzin de Klor, en el documento “El derecho internacional de familia en la postmodernidad”, trata el tema de la integración de normas nacionales e internacionales, para brindar una respuesta,

“El juez, en su calidad de operador jurídico, se ve obligado a crear reglas para superar el vacío de la legislación o la falta de actualidad que es una falencia que se presenta bajo el tópico concatenado a la necesidad de formular reglas de DIPr superadoras de las normas positivas. No

desconocemos que se trata de una tarea muy delicada porque el operador no está facultado a actuar con total libertad. Los límites para crear el derecho están dados por la arbitrariedad y por diferenciar la calidad de laguna o blanco en el caso concreto. Si puede cubrirse mediante otras fuentes que tienen prelación, debe atenderse a dichas reglas y de no ser así, proceder. ¿Cómo? De manera equivalente a la que el legislador hubiera actuado de tener que elaborar una ley que cubra el supuesto que ahora le toca considerar al operador jurídico. O sea, debe partir de los principios - valores de DIPr que orientan al legislador y que provienen de la Constitución y de las fuentes internacionales que gozan de igual jerarquía; y una segunda condicionalidad de su desempeño consiste en tornar la norma ajustada a la solución justa del caso.”(Dreyzin de Klor, 2017)

Es sabido que el derecho no avanza al mismo ritmo de la sociedad, por lo que son necesario las reformas y la integración de otros instrumentos legales con el fin de mitigar un poco el desfase y lo más importante, poder dar una respuesta a las situaciones en este caso de las familias de parejas del mismo sexo.

En Costa Rica es una realidad que las parejas del mismo sexo pueden tener hijos e hijas, la migración y la globalización han traído consigo mucho cambios, ya que el desplazamiento de las familias, ya sea por oportunidades laborales, de estudio, incluso por seguridad, estas migran y tienen en otros países posibilidades hasta de contraer matrimonio, derecho que en Costa Rica aún no está garantizado para las uniones de personas del mismo sexo, por lo que poco a poco el país se tendrá que pronunciar en garantía de los derechos de estas familias, sin embargo si han existido avances, como la posibilidad de asegurar al conviviente ante la Caja del Seguro Social, el poder solicitar medidas de protección ante los Juzgados de Violencia Doméstica, la visita conyugal en los centros penales, entre otras garantías que poco a poco han ido surgiendo, ya que esta personas merecen que se les respeten sus derechos y el Estado debe de brindar respuesta para garantizarlos.

La posibilidad de procreación de las parejas del mismo sexo, es ahora incluso posible en Costa Rica, ya que gracias al caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica” que fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 28 de noviembre de 2012, se obligó a el Estado costarricense a dar respuesta y garantía de los derechos reproductivos a las personas que pueden y necesitan someterse a la técnica de fertilización in vitro con el fin de procrear, por lo que en el Gobierno Solís Rivera, se emitió el Decreto 39210-MP-S, el cual fue visto positivamente en la revisión que realizó la CIDH de la sentencia donde el país fue condenado.

En razón de lo anterior, las normas relacionadas con la inscripción de las personas menores de edad en el Registro Civil, no se podría aplicar las vigentes en el caso de que los progenitores sean dos madres o dos padres.

Se hace necesario analizar las normas internacionales de los derechos humanos, las cuales protegen el derecho a la identidad de las personas, y por convención especial la de las personas menores de edad, artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño,

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.” (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989)

Esto obliga al Estado costarricense a brindarle una respuesta a con una visión integradora a este vacío legal, con el fin de garantizar el derecho a la identidad, el cual lleva consigo el derecho a la no discriminación, ya que al ser una familia no tradicional, no implica que las personas menores de edad puedan gozar igual que cualquier otra persona de su filiación, ya sea biológica o legal.

Con relación al voto 1682-2013 de la Sala Constitucional de Costa Rica donde se resuelve el recurso de amparo contra la negativa del Registro Civil de

inscribir a dos personas menores de edad con una doble filiación materna, misma que ya gozaban desde su nacimiento, por lo que las dos madres las cuales están casada en el extranjero y producto de su plan familiar se someten a técnicas de reproducción humana asistida, obteniendo ser madre de tres menores de edad. Ante la negativa del Registro Civil de inscribir primeramente a los dos hijos gemelos de las dos mujeres, siendo que una de ellas es costarricense y por ende sus hijos pueden gozar de la nacionalidad costarricense, sin embargo tanto el Registro Civil como la Sala Constitucional mantienen el mismo argumento de que la legislación interna no regula dicha situación y que solo se permite la inscripción de las personas con el apellido del padre y de la madre, no el de padre o madre, asimismo no se le violenta el derecho a nacionalidad costarricense, siendo que fueron inscritos con los apellidos de la madre costarricense.

El anterior argumento del voto de mayoría, no cuenta con una perspectiva de derechos humanos ni control de convencionalidad, lo cual violenta todos los derechos a los cuales podría gozar la persona menor de edad si se reconoce la filiación y los deberes también que se derivan de la co-maternidad y co-paternidad.

Sin embargo es rescatable el voto salvado del magistrado Paul Rueda, ya que tiene una visión conforme a la realidad que enfrenta la sociedad al día de hoy, ya las relaciones familiares y la conformación de las familias no es solamente la de padre, madre e hijos, sino existe diferentes tipos de familias y la que es de interés de investigación es la homo parental, misma que tiene protección dada desde la Constitución Política en el artículo 51,

“La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrá derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido”.(Constitución Política de Costa Rica, 1949)

El anterior artículo no hace diferencia sobre la conformación de la familia, incluso hace referencia a la protección especial que le debe de dar el Estado a las

personas menores de edad. La protección por parte del Estado para las familias también se reitera en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 17,

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.” (Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, 1978)

Asimismo el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales indica en el artículo 10,

“1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.”(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976)

En el inciso 3 de mismo artículo, también se da la protección a las personas menores de edad y se hace referencia con la garantía de sus derechos sin que medie algún tipo de discriminación por su filiación,

“3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social.

Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el

empleo a sueldo de mano de obra infantil.”(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976)

Lo anterior concuerda con el artículo 54 de la Constitución Política,

“Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación.”
(Constitución Política de Costa Rica, 1949)

Esto da sentido a la importancia que hace ver el Magistrado Rueda, de analizar la situación que las personas menores de edad enfrentan y brindarles una respuesta integral, donde se pueda analizar el derecho internos y el derecho internacional de los derechos humanos, incluso el Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual es una norma posterior al Código Civil y que en él lleva inmerso derechos que el Estado debe de garantizarle a las personas menores de edad en concordancia con los instrumentos de derecho internacional, por ejemplo el artículo 23 que se refiere el derecho a la identidad,

“Las personas menores de edad tendrán derecho a un nombre, una nacionalidad y un documento de identidad costeados por el Estado y expedido por el Registro Civil. El Patronato Nacional de la Infancia les prestará la asistencia y protección adecuadas, cuando hayan sido privados ilegalmente de algún atributo de su identidad.”(Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998).

El artículo 24 del derecho a la integridad, la cual no es solo física, sino que también la psíquica y la mental,

“Las personas menores de edad tendrán derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Este derecho comprende la protección de su imagen, identidad, autonomía, pensamiento, dignidad y valores.”(Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998)

En el artículo 30 y 33 se menciona el tema de la filiación y el derecho que las personas menores de edad tienen de una vida familia,

“Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca.”(Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998)

“Las personas menores de edad no podrán ser separados de su familia, salvo en circunstancias especiales establecidas por la ley. En este caso, tendrán derecho a la protección y asistencia técnica gratuitas por parte del Patronato Nacional de la Infancia.”(Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998)

Como se ha mencionado en la presente investigación, el artículo 49 del Código Civil, no da la posibilidad de inscribir a los hijos e hijas de parejas del mismo sexo con los apellidos de sus madres o de sus padres, siendo que el concepto madre y padre va ligado a una realidad biológica, sin embargo por la evolución de la sociedad, las diferentes dinámicas familiares, las posibilidades de concebir, y las diferentes técnicas de reproducción humana asistida (THA), se está ante otra forma de determinar la filiación, que es el resultado de la manifestación de la voluntad procreacional de las personas que se someten a los procedimientos de THA, esto riñe con la realidad biológica, véase que incluso Costa Rica, permite que en las técnicas de fecundación in vitro se utilice material genético de terceras personas, pero esto no determina la filiación, ya que está de por medio la voluntad procreacional, que es la que da la posibilidad de determinar quiénes serán los padres y madres de la persona en gestación.

El poder determinar la filiación y que la misma trascienda al ámbito legal, se debe de asegurar, situación que limita la legislación interna referente a la inscripción de las personas en el Registro Civil, sin embargo no a pesar de que exista un vacío jurídico, el cual se puede complementar tanto con normas especial como el Código de la Niñez y la Adolescencia, también con normas de derechos

internacional de derechos humanos, ya que Costa Rica ha ratificado todas las convenciones que sean mencionado a lo largo de presente investigación, las cuales son afines a apoyar la protección de la familia, de las personas menores de edad y la no discriminación. Por lo anterior el Estado costarricense no puede ser ajeno a estas nuevas formas de parentalidad y se debe buscar una integración de normas que permitan la protección a estos nuevos modelos de familia.

Es importante tomar en cuenta que Costa Rica ha participado como uno de los países propulsores de “Protección contra la violencia y la discriminación basadas en la orientación sexual y la identidad de género”, el cual fue presentado ante Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, esto con el fin de investigar y generar conciencia sobre violencia y discriminación basadas en la orientación sexual y la identidad de género, esto ha sido ya tratado desde el año 2008 en la ONU por medio de la Declaración sobre orientación sexual e identidad de género, donde Costa Rica es uno de los países firmantes, en la cual adquiere como compromiso reafirmar el principio de la no discriminación en el acceso de todos los derechos humanos a las personas independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

En razón del voto de mayoría de la sentencia 1682-2013 de la Sala Constitucional de Costa Rica y la posición de la Procuraduría General de la República y el Registro Civil, se podría determinar que el mismo Estado costarricense, está obviando su compromiso internacional, ya que no se le está garantizando a las familias homo parentales sus derechos ni la igualdad ante la ley.

V. CAPÍTULO. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

a. CONCLUSIONES

Es necesario referir los artículos del Código Civil y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil

Artículo 49 del Código Civil,

“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.”(Codigo Civil, 1888)

Artículo 52 del Código Civil,

“Cuando el hijo haya nacido fuera de matrimonio se le pondrán los apellidos de la madre. Si ésta tuviere uno sólo, se repetirá para el hijo.”(Codigo Civil, 1888)

Artículo 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil,

“Todo nacimiento que ocurra en el territorio costarricense debe inscribirse en el Departamento Civil; también se inscribirá el nacimiento ocurrido en el extranjero del hijo de padre o madre costarricense, si así lo solicita la parte interesada.” (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil , 1965)

Así como el artículo 13 de la Constitución Política de Costa Rica, se indica quienes son costarricenses:

“1) El hijo de padre o madre costarricense nacido en el territorio de la República; // 2) El hijo de padre o madre costarricense por nacimiento, que nazca en el extranjero, y se inscriba como tal en el Registro Civil, por la

voluntad del progenitor costarricense, mientras sea menor de edad, o por la propia hasta cumplir veinticinco años; // 3) El hijo de padres extranjeros nacido en Costa Rica que se inscriba como costarricense, por voluntad de cualquiera de sus progenitores mientras sea mayor de edad, o por la propia hasta cumplir veinticinco años; // 4) El infante, de padres ignorados, encontrado en Costa Rica.”(Constitución Política de Costa Rica, 1949)

En razón de los anteriores artículos, se puede determinar que se hace mención al padre y a la madre, no utiliza en plural o la palabra progenitores, por lo que no es claro si la familia homo parental pueda acceder a la inscripción de los hijos e hijas nacidos dentro de este tipo de familia.

Sin embargo en razón de la práctica registral de personas, nunca se ha inscrito a una persona menor de edad en el Registro Civil con una doble filiación materna o paterna, ya que el criterio del Registro Civil según lo externa en la sentencia 1682-2013 debe de apegarse a la legislación vigente se indica,

“Ahí, se les indicó que si bien, los hijos de la recurrente [NOMBRE 07], tienen derecho a ser inscritos como costarricenses, esa inscripción debe apegarse a la legislación vigente. En ese orden, los artículos 49 al 59 del Código Civil de Costa Rica establecen las disposiciones en cuanto al nombre de las personas y obviamente ahí se hace alusión a su filiación y, en particular, a la forma en que puede ser consignada. De esas normas se colige que en el ordenamiento jurídico vigente no se admite la posibilidad de inscribir personas con dos maternidades, lo que hace imposible, en virtud del principio de legalidad, realizar inscripciones como constan en los certificados de nacimientos emitidos en el extranjero. Así las cosas, la actuación impugnada es legítima en la medida que tiene fundamento normativo. En el país es jurídicamente imposible inscribir la co-maternidad; únicamente, la filiación materna y paterna. Solicitan que se desestime el recurso planteado.”(Costitucional, 2013)

Lo anterior fue reafirmado por el Por tanto de dicha sentencia, por lo que el voto de mayoría apoya la postura del Registro Civil, esto deja entre ver que la Sala Constitucional, así como el Registro Civil, amparados y aplicando de forma estricta los artículos supra mencionados, en Costa Rica no es posible la inscripción con una doble filiación materna o paterna a hijos e hijas de las parejas del mismo sexo, nacidos en el extranjero para ser inscritos como costarricenses.

El derecho internacional de los derechos humanos, brinda un apoyo legal que es supra constitucional, ya que regula una realidad a la cual se enfrenta la sociedad costarricense y las personas menores de edad nacidas en uniones de personas del mismo sexo, que no encuentran respuesta en el derecho interno, por lo que en garantía de su derecho a la identidad, a nombre, a la familia, a la igualdad, a la autodeterminación, a la vida privada y otros que conllevan el reconocimiento de su relación paterno y materno filial, es necesario hacer uso de los instrumentos de derecho internacional, para garantizarlos, ya que el derecho interno no debe de ser un obstáculo para crear igualdad y no discriminar, sino que el mismo debe ser examinado a la luz de los nuevos modelos de familia a los cuales la sociedad costarricense se enfrenta.

Lo anterior lo reflexiona Adriana Dreyzin de Klor en su artículo “El derecho internacional de familia en la postmodernidad”

“El jurista, el legislador y el derecho no pueden soslayar los cambios sufridos en la institución familiar como realidad sociológica pre jurídica o meta jurídica, más allá de las voluntades encontradas que puedan obstaculizar una reforma; ignorar las transformaciones, no cambia la situación ni influye en su número, aunque opera una sintomatología refractaria a la negación de su abordaje.”(Dreyzin de Klor, 2017)

Esta respuesta es la que al día de hoy se obtiene ante la situación planteada en la investigación, donde prevalece el derecho interno ante una realidad, al cual este no tiene respuesta que garantice el goce pleno de los

derechos humanos, función que menciona Adriana Dreyzin de Klor

“El objetivo principal de los derechos humanos (DDHH) consiste en establecer y ampliar una barrera que obre como límite meridiano a los regímenes nacionales amparados en la impunidad que ellos mismos generan, y vulneran sin escrúpulos derechos individuales y colectivos.”

Asimismo, invita a reflexionar sobre los efectos que pueden tener el reconocimiento de la filiación, que ya las personas menores de edad gozan y desean que la misma se mantenga en Costa Rica,

“Visto funcionalmente, el planteo sería: ¿Qué sucede a la hora de aplicar judicialmente derecho extranjero o reconocer un acto / documento / sentencia proveniente de un país que recepta una noción de familia distinta a la vigente en nuestro estado, cuando los efectos de la aplicación de ese derecho/documento / reconocimiento de la sentencia/ acto – limitándonos espacialmente a países de cultura occidental - no está prevista en la legislación local o no es acorde a los principios orientadores de la normativa local? ¿Corresponde echar mano de la cláusula de reserva? Podríamos presuponer que se trata de un tema concerniente al orden público internacional y por tanto de fácil lectura ya que con utilizar la excepción que obra de barrera a la aplicación del derecho extranjero o al reconocimiento del acto o decisión, se cierra el caso.”(Dreyzin de Klor, 2017)

Y explica un caso en concreto que no se aleja del planteado en la sentencia 1682-2013 de la Sala Constitucional de Costa Rica,

“A nuestro entender, el control de legalidad del documento sólo atiende a la eficacia probatoria del certificado de nacimiento presentado. Esto quiere decir que el registro de los datos filiatorios tiene como finalidad evidenciar un hecho legal y no un hecho biológico. En consecuencia, si dos hombres son registrados como padres de un mismo niño, esto no entra en

contradicción con la realidad biológica, sino que se limita a certificar la relación jurídica existente entre tres (en el supuesto cuatro) personas que en el caso concreto, conlleva a que los menores tengan dos padres – utilizando el término en su sentido neutro - con los derechos y deberes que implica.”(Constitucional, 2013).

Esta garantía de reconocer un hecho legal, es posible en Costa Rica, ya que el Código Civil en su artículo 23, no es posible aplicar la legislación costarricense cuando un acto no sea realizado en Costa Rica y como parte se tengan a personas extranjeras, en el caso anterior que menciona Adriana Dreyzin de Klor y en el que se discute en el voto 1682-2013, sería el mismo supuesto, ya que el reconocimiento de las personas menores de edad en ambos casos no fue donde pretenden inscribirlos o bien ejercer la realidad filiatoria de las personas menores de edad.

Existen normativas de derecho internacional amplia, donde se impide la discriminación por filiación, y el respeto de los derechos y obligaciones que todo ser humano tiene, sin hacer limitarlos por su orientación sexual o género, lo cual es evidente que la resolución de la Sala Constitucional en su voto 1682-2013 no cuenta con el control de convencionalidad, a pesar de que el mismo ente ha hecho hincapié respeto a su aplicación.

Por ejemplo el caso en concreto, no se puede obviar como fundamental el artículo 8 de la Convención sobre los derechos del niño, el cual es un gran pilar para el reconocimiento de la filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo,

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”

Por anterior, es importante hacer consciencia de analizar la posibilidad de

una reforma a los artículos 49 del Código Civil y al artículo 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil, ya que al hacer la diferencia entre padre y madre en ambos artículos, deja de lado a las familias homo parentales, y los derechos que todos los integrantes puede ejercer como es el derecho a la identidad, esto hace concluir que dichos artículos son el impedimento para el reconocimiento de la filiación entre parejas del mismo sexo y sus hijos e hijas, lo cual es un eco en el voto de mayoría número 1682-2013 de la Sala Constitucional, ya que el criterio es que la decisión del Registro Civil no fue ilegítima, siendo que al no contar las personas menores de edad con el apellido de un padre, se inscribieron solo con los de la madre costarricense en apego a la legislación interna.

Sin embargo es interesante el análisis que realiza el Magistrado Castillo Víquez, en indicar que el conflicto que plantean las recurrentes se debe de definir por un Juez o Jueza de la jurisdicción ordinaria y no en la instancia de la Sala Constitucional, ya que no es una controversia constitucional, sino más bien, lo que se debe de definir es cual legislación es aplicable al tema del nombre de las personas menores de edad, ya sea la Suiza, la Española o la costarricense, esto hace tener una visión diferente de la vía para resolver la petición de las recurrentes.

Finalmente, es clara la necesidad de analizar la normativa interna costarricense, referente al tema del derecho a la identidad de las personas menores de edad que se encuentren en el supuesto de la investigación, ya que si bien es cierto la Sala Constitucional indica que el actuar de los entes del Estado está apegado a la legalidad dictada por las normas internas, sin embargo es necesario que se debe de tomar en cuenta todos los cambios que la sociedad costarricense enfrenta y que los conflictos familiares, cada vez requieren respuestas que no son contempladas por el derecho interno, pero que al hacer caso omiso de los derechos fundamentales de las personas por invocar dichos argumentos, se terminan irrespetándolas garantía más básicas que garantiza el

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como es el de la igualdad, la no discriminación y la dignidad humana.

b. RECOMENDACIONES

- Se recomienda en aplicación del Control de Convencionalidad, que las personas juzgadoras que deban de resolver solicitudes de emplazamiento de filiación, en los casos de personas menores de edad hijos e hijas de parejas del mismo sexo, hagan un análisis de la norma interna, en este caso de los artículos 49 del Código Civil y al 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil, en conjunto con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto con el fin de determinar cuál es la norma que permita proteger el derecho a la identidad de las personas menores de edad, sin generar lesiones a los demás derechos que conlleva el reconocimiento o no de una filiación.
- En los procesos judiciales de filiación, es necesario realizar una entrevista a las personas menores de edad, ya que ellos y ellas son los titulares de los derechos que se discuten y los principales implicados, en el sentido quede la decisión judicial depende la posibilidad de ejercer derechos y deberes hacia sus progenitores y progenitoras, también en acato a la observación número 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Es necesario una modificación legislativa de los artículos 49 del Código Civil y al 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil,

Artículo 49 del Código Civil,

“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.”(Codigo Civil, 1888)

Recomendación: 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, seguido del primer apellido de sus padres y del primer apellido de sus madres.

Artículo 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil,

“Todo nacimiento que ocurra en el territorio costarricense debe inscribirse en el Departamento Civil; también se inscribirá el nacimiento ocurrido en el extranjero del hijo de padre o madre costarricense, si así lo solicita la parte interesada.” (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil , 1965)

Recomendación: Todo nacimiento que ocurra en el territorio costarricense debe inscribirse en el Departamento Civil; también se inscribirá el nacimiento ocurrido en el extranjero del hijo de padres o madres costarricense, si así lo solicita la parte interesada.

Lo anterior se recomienda siendo que de su interpretación gramatical de los artículo mencionados, se puede determinar que al indicar que el nombre se compone del apellido primer del padre y el primer apellido de la madre, excluye de la posibilidad de inscribir a una persona menor de edad con los apellidos de dos madres o dos padres, lo cual atenta contra los derechos de la no discriminación, la familia y a la identidad que cuentan las personas menores de edad.

- Se puede implementar en los anteriores artículos la palabra progenitor en lugar de madre y padre, para que de esta manera se no se haga una diferenciación de géneros, y donde no se excluya los diferentes orígenes

del vínculo filial.

- Se debe de modificar el sistema electrónico de inscripción en el Registro Civil, ya que únicamente permite incluir el primer apellido de la madre y el primer apellido del padre, por lo que esto limita el poder indicar los apellidos de dos madre o de dos padres.
- En Costa Rica el matrimonio entre personas del mismo sexo no es permitido por ley, pero la garantía del derecho a la identidad de las personas menores de edad que nacen dentro de las uniones de personas del mismo sexo, sí se le deben de mantener todos sus derechos al ingresar a territorio costarricense, así como al momento de solicitar adquirir su nacionalidad, lo cual no significa que el Estado apruebe las uniones de personas del mismo sexo, por lo que se recomienda que se debe de fundamentar desde un punto de vista del interés superior de las personas menores de edad, y se le debe de brindar la mejor respuesta en garantía de dichos intereses.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- (s.f.). Recuperado el 15 de marzo de 2016, de
www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf.
- Voto° 270-2015 (Juzgado de Familia del II Circuito Judicial de San José 15 de abril de 2015).
- Andreu, F. (2014). Convención Americana de los Derechos Humanos Comentada. Bolibia: Plural Editores.
- Beloff, M. (2014). Convención Americana de los Derechos Humanos Comentado. Bolivia: Plural Editores.
- Carta de derechos humanos emergentes. (2004). Barcelona, España.
- Codigo Civil*. (1888). San José, Costa Rica: Congreso Constitucional de la República Costa Rica.
- Código de la Niñez y la Adolescencia. (06 de febrero de 1998). *Ley 7739*. San José, San José, Costa Rica.
- Concepto Definición*. (15 de abril de 2017). Obtenido de
<http://conceptodefinicion.de/metodo-cualitativo>
- Constitución Política de Costa Rica. (07 de Noviembre de 1949). San José, Costa Rica.
- Constitucional, S. (01 de agosto de 2014). Voto° 12703-2014. San José , Costa Rica.
- Convención Americana Sobre los Derechos Humanos. (18 de Julio de 1978). San José, Costa Rica.
- Convención Sobre los Derechos del Niño. (20 de Noviembre de 1989). Nueva York, Estados Unidos.
- Cosntitucional, S. (03 de julio de 2015). Voto° 9879-2013. San José, Costa Rica.
- Costitucional, S. (14 de enero de 2013). Voto° 1682-2013. San José, Costa Rica.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). Bogotá, Colombia.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948).
París, Francia.

Derechos Humanos.Net. (09 de abril de 2017). Obtenido de
<http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#a8>

Dreyzin de Klor, A. (18 de 05 de 2017). Obtenido de [https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/familia/Familia%20para%20Costa%20Rica\[1\].pdf](https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/familia/Familia%20para%20Costa%20Rica[1].pdf)

Familia, T. d. (04 de diciembre de 2014). Voto° 1093-2014. San José, Costa Rica.

Herrera, M. y. (2015). *Codigo Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires, Argentina: INFOJUS.

http://www.ellitoral.com/index.php/id_um/106673-licencias-por-comaternidad-y-copaternalidad. (25 de febrero de 2017).

Juzgado de Familia, S. C. (15 de abril de 2015). Voto° 270-2015. San José, Costa Rica.

Ley 26.618. (15 de julio de 2010). Buenos Aires, Argentina.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil . (10 de mayo de 1965). *Ley n° 3504*. San José, San José, Costa Rica.

Montejo Redondo, O. (20 de 03 de 2017). *SCRIBD*. Obtenido de <https://es.scribd.com/doc/65770537/Barudy-Parentalidad>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (23 de marzo de 1976). New York, Estados Unidos.

UNAM. (15 de abril de 2017). Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>

Unesr Files Wordpree. (15 de abril de 2017). Obtenido de <https://unesr.files.wordpress.com/2007/10/proyecto-i-paradigmas-planos-del-conocimiento-mendoza-jackeline.pdf>