

## Debates contemporáneos en la justicia electoral y rendición de cuentas

Luis Diego Brenes Villalobos\*

[https://doi.org/10.35242/RDE\\_2021\\_32\\_3](https://doi.org/10.35242/RDE_2021_32_3)

---

### Nota del Consejo Editorial



**Recepción:** 23 de febrero de 2021.

**Revisión, corrección y aprobación:** 5 de julio de 2021.

**Resumen:** El ensayo sistematiza debates recientes de la justicia electoral costarricense como repaso de criterios disidentes del magistrado electoral Luis Diego Brenes Villalobos, y en acompañamiento de la rendición de cuentas presentada para el periodo 2015-2021.

**Palabras clave:** Justicia electoral / Jurisdicción electoral / Rendición de cuentas / Derechos políticos / Población LGTBIQ+

**Abstract:** The paper systematizes recent debates of the Costa Rican electoral justice, in review of dissident criteria of the electoral magistrate Luis Diego Brenes Villalobos and following up on the accountability report presented for the period 2015-2021.

**Key Words:** Electoral justice / Electoral jurisdiction / Accountability / Political rights / LGTBIQ+ population.

---

\* Costarricense, abogado y politólogo, correo electrónico dbrenes@tse.go.cr. Doctor en Ciencia Política y diploma de Especialización en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, España. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica y licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Profesor adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Funcionario del Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica desde el año 2003. Actualmente funge como subdirector de la Revista de Derecho Electoral y magistrado suplente. Autor de los libros "Votar Importa", "El rol político del juez electoral" y "Sistema electoral costarricense", así como de más de una veintena de artículos en revistas especializadas. Principales líneas de investigación: elecciones, sistemas electorales, *judicial politics*, justicia electoral y constitucional.

El autor agradece los comentarios y observaciones formulados por los revisores, en calidad de par ciego, de la Revista de Derecho Electoral.

## 1. INTRODUCCIÓN

Según lo he defendido públicamente en otras oportunidades, la presentación de un informe de rendición de cuentas es una sana práctica de control político y ciudadano, en tanto fortalece la transparencia institucional y promueve ciudadanía activa y vigilante, materializando así la idealización de una política pública entre *accountability* y *responsiveness* (Brenes, 2012a, 2012b y 2012c y Manin, Przeworski y Stokes, 1999). Esa valoración la he suscrito en los informes que he rendido, en calidad de magistrado electoral, ante la Corte Suprema de Justicia, y en la lectura que sostengo respecto de los informes que anualmente presenta el Tribunal Supremo de Elecciones (en adelante TSE o el Tribunal).

Justamente, con ocasión de los informes que he presentado ante la Corte Suprema de Justicia (2018, 2020 y 2021), los dos primeros en calidad de magistrado propietario temporal para las elecciones respectivas, y el tercero para todo el periodo de nombramiento como magistrado suplente (2015-2021)<sup>1</sup>, he entendido ese espacio como el propicio para, adicionalmente, formular reflexiones en torno a retos institucionales, así como para compartir las discrepancias de criterio que en el ejercicio jurisdiccional sostengo.

Entiendo y defiendo la importante labor de conciliación y consenso que exige interactuar en un órgano judicial colegiado como el TSE; de hecho, las mayorías de las ocasiones en las que he integrado el pleno del TSE he procurado y logrado acompañar esos consensos. Sin embargo, también entiendo y defiendo, desde la independencia judicial y el respeto a la diversidad, el valor agregado que incorpora la disidencia y otras visiones del mundo sobre algunas temáticas electorales.

Tomando como referencia las sistematizaciones que en los informes de rendición de cuentas citados he señalado, el presente *ensayo* reúne esos criterios y pretende compartirlos en aras de sumar al debate académico.

---

<sup>1</sup> Los informes de labores mencionados pueden consultarse en detalle en el sitio web institucional: [https://www.tse.go.cr/curriculum\\_brenes\\_villalobos.htm](https://www.tse.go.cr/curriculum_brenes_villalobos.htm)

## **2. TSE Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL (BREVE REPASO)**

### **2.1 INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL TSE**

Respetando mandatos constitucionales, importa recordar que el TSE está integrado ordinariamente por tres magistrados propietarios y seis suplentes, nombrados por la Corte Suprema de Justicia. Ahora bien, frente a una elección nacional, desde un año antes y hasta 6 meses después del día de la elección, el TSE debe ampliarse con dos de sus magistrados suplentes para formar en ese lapso, de 18 meses, un Tribunal de cinco miembros (artículo 100 de la Constitución Política).

Esa misma ampliación del Tribunal también se dispone para las elecciones municipales, aunque para un periodo menor, de 9 meses; toda vez que la nueva integración debe constituirse desde 6 meses antes y hasta 3 meses después del día de la elección (artículo 13 del Código Electoral).

La Constitución Política también señala en su numeral 101 que la magistratura del TSE lo es por 6 años en el cargo, pero sumando la regla de que un propietario y dos suplentes deberán ser renovados cada 2 años, aunque con la posibilidad de ser reelectos.

Este diseño constitucional ha conllevado en la práctica que los nombramientos, en un primer momento, tanto de propietarios como de suplentes, lo sean para cumplir el periodo restante de la magistratura que se renueva, y no necesariamente por periodos fijos de seis años. De esta manera se garantiza la fórmula escalonada de renovación constitucionalmente prevista.

En el caso de quien escribe estas líneas, la Corte Suprema de Justicia, en sesión de Corte Plena n.º 43-15 del 30 de noviembre de 2015 me nombró como magistrado suplente del TSE para el período constitucional que vence el 6 de mayo de 2021. La juramentación para ese período se concretó el 7 de diciembre de 2015. Con posterioridad, la Corte Plena me designó en dos ocasiones para atender la ampliación a cinco miembros del TSE en calidad de magistrado propietario: la primera para la elección nacional de 2018 (sesión n.º 25-2016 del 22 de agosto de 2016) y la segunda para las elecciones municipales de 2020 (sesión n.º 30-2019 del 22 de julio de 2019).

En el marco de esas designaciones temporales como magistrado propietario (procesos electorales 2018 y 2020), y la global como

magistrado suplente (2015 a 2021), es que se circunscribe el debate que ahora se presenta.

## 2.2 GENERALIDADES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La jurisdicción electoral es la materialización misma de la potestad atribuida al TSE como juez de la República y constituye una de las tareas esenciales del organismo electoral. Su fortaleza deviene formalmente de la irrecurribilidad que de sus resoluciones expresamente advierte el numeral 103 constitucional, hasta el punto de que estas no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato.

En confirmación de ese fuero, la Constitución Política, en su artículo 10, incluso niega la posibilidad de recurrir ante la Sala Constitucional la declaratoria de elección que haga el TSE. De igual forma, el inciso d) del numeral 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional declara en general improcedente el recurso de amparo contra los actos o disposiciones del TSE en materia electoral; mientras que el artículo 74 de ese mismo cuerpo normativo advierte que no cabe la acción de inconstitucionalidad contra los actos o disposiciones del TSE relativos al ejercicio de la función electoral. El diseño resalta la singularidad de la jurisdicción electoral, toda vez que esta se ejerce a modo de juez constitucional especializado (Brenes, 2012a, pp. 1 y 90).

El Código Electoral se encarga de perfilar los diferentes procesos y mecanismos de impugnación que en Costa Rica integran la jurisdicción electoral. En total, siguiendo la clasificación y orden asignados por la ley, son 7 los procesos jurisdiccionales: **1)** Recurso de amparo electoral, **2)** Impugnación de acuerdos de asambleas de partidos políticos en proceso de constitución e inscripción, **3)** Acción de nulidad de acuerdos partidarios, **4)** Recurso de apelación electoral, **5)** Demandas de nulidad relativa a resultados electorales, **6)** Cancelación o anulación de credenciales; y **7)** Denuncia por parcialidad o beligerancia política.

En adición a las anteriores competencias, debe recordarse que el TSE cuenta con potestades interpretativas con carácter exclusivo y excluyente sobre todo el ordenamiento jurídico electoral nacional. De manera que, como resultado también de un mandato constitucional (artículo 102.3), al TSE le corresponde dar el correcto sentido a toda la normativa en materia electoral, independientemente de su rango jerárquico legal o constitucional.

A nivel comparado, estas particulares competencias distinguen al modelo costarricense en el entorno latinoamericano de sistemas electorales, pues en este se ha decidido concentrar las tareas de administración y justicia electoral, rompiendo el monopolio de la función jurisdiccional que típicamente ha sido atribuida, en forma exclusiva, al Poder Judicial (Brenes, 2012a, p. 29 y Brenes, 2015, p. 16).

Ahora bien, para concretar y operacionalizar esa justicia electoral, los diferentes procesos se traducen en expedientes que son distribuidos a cada uno de los magistrados encargados de instruirlos, a través de un sistema absolutamente aleatorio, de forma tal que, en atención a cada uno de los institutos definidos en la legislación como remedios procesales en esta jurisdicción, se asignan los asuntos a cada despacho conforme van ingresando. Consecuentemente, no existe ninguna discrecionalidad en el reparto de los casos, de manera que se otorga una garantía adicional a las que ya ha incorporado nuestro sistema para asegurar la imparcialidad y la objetividad de los magistrados electorales.

Calificado cada expediente, y conforme van ingresando, se trasladan en orden, para su instrucción, de acuerdo con un turno previamente establecido, que arranca con el presidente del TSE, continúa con su vicepresidenta, lo sigue el tercer magistrado propietario permanente, tras este se halla el magistrado propietario para el periodo electoral que mayor tiempo tenga ocupando el cargo y lo culmina el magistrado propietario para el periodo electoral con menor tiempo de haber sido designado por la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, el único criterio para ese reparto es la fecha y hora de entrada de los asuntos, de manera que no hay posibilidad de que un magistrado escoja cuáles casos instruye.

Justamente, en esa actuación como jueces electorales, los magistrados individualizamos la instrucción de los expedientes y sus respectivos proyectos de resolución. Tanto en calidad de magistrados ponentes, como en la disidencia de criterios mayoritarios, es que entonces surge un espacio de diferenciación en la labor del juez.

### **3. APORTES AL DEBATE EN LA JUSTICIA ELECTORAL**

#### **3.1 DEBATE GENERADO EN ASUNTOS JURISDICCIONALES**

La discusión en la justicia electoral es permanente y dinámica; tratándose de un órgano colegiado, cada uno de los jueces y juezas electorales procuramos dar la respuesta que, a nuestro criterio, sea la más adecuada al caso concreto, considerando las particularidades presentes, el ordenamiento jurídico vigente, el cumplimiento de los fines políticos y sociales de las normas electorales y el contexto histórico.

Esto impregna a la jurisprudencia electoral de una dinámica continua que evoluciona en forma constante para adaptar las normas a la realidad de la cultura política actual, siempre teniendo de referencia el marco trazado por las reglas escritas.

Este ejercicio consustancial a la función jurisdiccional lleva a que, en algunas oportunidades, los criterios y conclusiones sean divergentes o, incluso, aun siendo coincidentes, se arribe al mismo resultado con base en premisas y razonamientos distintos a los que sostiene la mayoría. Bajo estos supuestos se impone al juez razonar sus argumentos en un voto salvado o nota separada, donde explica las consideraciones fácticas o jurídicas que fundamentan su disidencia.

En la totalidad del periodo de referencia ejercido como magistrado suplente (2015-2021), dentro del TSE se han suscitado discusiones de importante valor doctrinario y jurisprudencial sobre diversidad de temas electorales; en algunos casos se han mostrado posturas disidentes y, en otros, se han agregado razones a las expuestas por la mayoría del Tribunal. De seguido se detallan, con una breve explicación a modo de resumen, los votos salvados y las notas separadas suscritas por mi persona. Se destaca el número de resolución, y se remite a ellas para la consulta íntegra de los votos.

#### **3.2 VOTOS SALVADOS**

- **Resolución n.º 8080-E8-2017 de las 11:15 horas del 20 de diciembre de 2017.** Con ocasión de una opinión consultiva requerida por la señora Montserrat Solano Carboni, en ese entonces defensora de los habitantes, respecto de la prohibición que pesa sobre los funcionarios de esa institución para el ejercicio de sus derechos

político-electorales, la tesis de mayoría del TSE entiende que a dichos funcionarios les aplica un régimen relativo y atenuado.

Contrario a ese criterio, expongo la tesis de que todos los funcionarios de la Defensoría de los Habitantes de la República, sin excepción alguna, están sometidos al régimen de prohibición de participación político-electoral más intenso dispuesto en el artículo 146 párrafo segundo del Código Electoral. Para ello, en el voto salvado se repasa el bien jurídico tutelado en la participación política prohibida a funcionarios públicos en general y a los de la Defensoría en particular, junto a un análisis de la naturaleza jurídica de ese órgano.

Adicionalmente, el voto salvado expone mi criterio disidente en relación con el uso de redes sociales, de manera que entiendo que a todo funcionario público con prohibición de participación política absoluta le está vedada cualquier manifestación de simpatía u ostentación partidaria en redes sociales, lo que se traduce en la prohibición de emitir comentarios positivos en favor de un determinado partido o candidato o negativos en contra de los que considere su adversario, incluyendo para tal efecto el uso de los botones "like", "me gusta", "me encanta", o acciones similares, en esas redes sociales.

- **Resolución n.º 1456-E8-2018 de las 15:00 del 7 de marzo de 2018.** En opinión consultiva referida a los partidos políticos que, conforme al artículo 96 inciso 2) constitucional, tienen derecho a la contribución estatal, formulé voto salvado bajo la tesis de que cualquier partido, independientemente de su escala nacional o provincial, que consiga, al menos, el 4 % de los votos en una o varias provincias, individualmente consideradas, también tiene derecho a la contribución del Estado. En sentido contrario, el criterio de la mayoría del Tribunal reconoce ese derecho, en el caso expuesto y respecto de los partidos nacionales, únicamente a los que logren ese porcentaje del 4 % a escala nacional.

Estimo que la resolución es de particular importancia, toda vez que, independientemente del criterio de mayoría o de mi voto salvado, estamos ante un caso típico de interpretación de norma constitucional electoral con una incidencia real en el reparto final que se hace de la deuda política.

- **Resolución n.º 1500-E10-2018 de las 11:00 del 12 de marzo de 2018.** A propósito de la determinación del monto máximo de la contribución del Estado a los partidos políticos con derecho a ello, según los resultados de las elecciones presidenciales y legislativas de febrero de 2018, y en razón del voto salvado antes expuesto (resolución n.º 1456-E8-2018), resultó por igual la necesidad de un voto disidente en razón de una manera diferente acerca de cuánto corresponde al cálculo de la contribución estatal y cuánto para los partidos políticos a los que finalmente se les reconocería.

En el criterio salvado respectivo expuse que el monto de la contribución estatal se debe calcular sobre la base de los votos válidamente emitidos para diputados en la provincia en que un partido político hubiere alcanzado ese 4 % y, si hubiere logrado ese porcentaje en más de una provincia, el monto se obtendrá de la suma de los votos válidamente emitidos para diputados en esas circunscripciones. Consecuentemente, para el caso concreto de la elección presidencial y de diputados de 2018, este criterio conlleva el reconocimiento adicional al partido Alianza Demócrata Cristiana en las provincias de Cartago y Limón; al partido Accesibilidad sin Exclusión en la provincia de Limón; y al partido Movimiento Libertario también en la provincia de Limón.

- **Resolución n.º 8764-E3-2019 de las 11:30 horas del 12 de diciembre de 2019.** El Tribunal conoció una apelación electoral en contra del rechazo en la inscripción de una candidatura por, presuntamente, haber incumplido el principio de alternancia en razón de género establecido en el inciso 8) del artículo 95 de la Constitución Política y desarrollado en el artículo 2 del Código Electoral. Lo anterior, dado que la administración electoral interpretó que los dos primeros puestos de la respectiva nómina eran del género masculino, aun cuando la persona que encabezaba esa lista había tramitado ante el Registro Civil el cambio de nombre en razón del género autopercibido, por lo que su género es femenino.

En el voto de mayoría, el colegiado rechazó la acción impugnatoria, alegando que la autoridad electoral no tenía competencia legal para efectuar un cambio en el sexo registral de una persona y que, de hacerlo, estaría sustituyendo al legislador.



Mediante voto salvado, me aparté del criterio de mayoría y declaré con lugar el recurso de apelación electoral presentado. Sostengo la tesis de que este Tribunal, al aplicar la opinión consultiva n.º OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de noviembre de 2017, denominada: "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", ejerció control de convencionalidad y reconoció el derecho al cambio de nombre por género autopercibido.

Bajo esta lectura, le corresponde al TSE, como juez electoral, efectuar una interpretación pro persona, en defensa de los derechos político-electorales de las personas trans, de conformidad con la opinión consultiva antes mencionada y en tanto la Corte IDH dispuso que el cambio de nombre, más allá de ser un derecho en sí mismo, trae consigo el reconocimiento de todas aquellas garantías que le asisten a una persona por su condición de género.

Para resolver de conformidad el caso concreto, fue necesario armonizar los conceptos "sexo" y "género", que son utilizados de forma indistinta en las normas constitucionales y legales que conforman las fuentes del derecho electoral. Así, una interpretación y aplicación pro persona de los mecanismos de alternabilidad y paridad establecidos en el artículo 2 del Código Electoral debe tener en consideración que: en aquellos casos donde medie un cambio de nombre por identidad de género, declarado previamente ante el Registro Civil, se debe necesariamente asociar al género autopercibo por la persona.

Estimo que una lectura restrictiva a ese artículo, entendiendo la inscripción de una candidatura ligada al sexo asignado al nacer contraría el derecho de la Constitución, incumple el estándar establecido por la Corte Interamericana en la referida opinión consultiva y plantearía una discriminación odiosa hacia los derechos político-electorales de las personas trans.

### 3.3 NOTAS SEPARADAS

- **Resolución n.º 1626-M-2017 de las 11:35 horas del 1 de marzo de 2017.** El artículo 171 de la Constitución Política expresamente señala en su párrafo primero que los regidores municipales "desempeñarán sus cargos obligatoriamente"; disposición que ya había

propiciado dos lecturas en el seno del Tribunal Supremo de Elecciones que discrepan respecto del alcance de la obligatoriedad del cargo y la excepcionalidad para su renuncia.

Mediante nota separada, aunque coincidió con la tesis que acepta la dimisión sin que medien motivos excepcionales para ello, adicionalmente estimé oportuno exponer otras razones para la lectura de ese precepto constitucional. En concreto señalé la necesidad de un repaso en la historia constitucional costarricense del binomio existente entre obligatoriedad y gratuidad del cargo de regidor, la exposición del choque entre normas constitucionales que subyace a las dos tesis del TSE: derecho fundamental de la libertad (incluida la de asociación política) y la irrenunciabilidad del artículo 171 constitucional, y, finalmente, la necesidad de la resolución de ese conflicto con valoraciones propias de pragmatismo judicial y la doctrina anglosajona del "*Living Constitution*", a fin de permitir la evolución de las normas y su encuadre con las nuevas dinámicas sociales, siempre teniendo como límite los derechos fundamentales de la ciudadanía y la imposibilidad de sustituir al legislador en su primordial función de creador de la ley como fuente privilegiada de derecho

- **Resolución n.º 6253-E1-2017 de las 11:45 horas del 12 de octubre de 2017.** En este caso, en nota separada de la tesis mayoritaria del TSE, se hizo ver que, cuando un tribunal de elecciones internas declara una elección, dentro de un partido político, le está vedado, en la fase de inscripción de los respectivos acuerdos ante el Registro de Partidos Políticos, revisar los requisitos de carácter meramente estatutarios cuyo cumplimiento hubiera sido inobservado, pues esa fiscalización se debió hacer antes de la respectiva adjudicación de la plaza.

En esta nota separada hago un repaso a la democracia interna partidaria y la intervención estatal, los alcances y efectos de las resoluciones de los tribunales de elecciones internas, la competencia del Departamento de Registro de Partidos Políticos y, finalmente, se plantean reflexiones en torno a la doble militancia y la responsabilidad partidarias derivadas de la definición de requisitos estatutarios novedosos.

### 3.4 DEBATE GENERADO EN SESIONES SOBRE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Las sesiones del TSE son también un espacio valioso para el análisis y debate respecto de diversidad de políticas institucionales. Si bien fueron muchos los temas de relevancia tratados, y en la mayoría se logró consensuar posiciones, hay tres que en particular me parece oportuno reseñar por cuanto llevaron a diferentes tesis dentro del Tribunal que podrían extrapolarse a lo jurisdiccional.

El primero de ellos lo fue con ocasión de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º OC-24/2017 del 24 de noviembre de 2017 (Corte IDH en adelante) y el informe que al efecto rindió la comisión especial integrada por el TSE para que estudiase e informare sobre las implicaciones de ese pronunciamiento a nivel institucional (sesión extraordinaria del TSE n.º 49-2018 del 14 de mayo de 2018).

Aunque me adherí al criterio de mis compañeros magistrados respecto de aprobar el informe con varias modificaciones propuestas por el propio TSE, sí consideré necesario externar mi opinión respecto del alcance de algunas de las consideraciones expuestas por la comisión especial y respecto de la decisión que de manera integral aprobó. En concreto discrepé en los siguientes dos puntos y por las razones que se anotan:

**1) Sobre la protección internacional de los vínculos de parejas del mismo sexo:** Los artículos 7 de la Constitución Política y 6 y 7 de la Ley General de la Administración Pública definen claramente la jerarquía del ordenamiento jurídico administrativo, y, entre otros temas, determinan que la jurisprudencia, como norma no escrita, tiene el mismo rango de la norma que interpreta, integra o delimita. Adicionalmente, la Sala Constitucional ha establecido que los tratados internacionales de Derechos Humanos, cuando reconozcan mayores derechos que la Constitución Política, tienen rango supraconstitucional (sentencia n.º 2003-02771). Por su parte, la Corte IDH no solo es el intérprete último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que además la Ley n.º 6889 del 9 de septiembre de 1983 (ley emitida por la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica para la aprobación del "Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos"), dispone la

incorporación de las decisiones de este Tribunal internacional como directamente ejecutables a nivel interno (en igual línea véase el Caso Artavia Murillo y otros "Fecundación In Vitro" Vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH del 26 de febrero de 2016). A lo anterior se suma el carácter vinculante incluso de las opiniones consultivas de la Corte IDH, así reconocido por la propia Sala Constitucional (resoluciones n.º 1995-2313, 2007-1682 y 2014-12703). Es bajo ese marco normativo que debe entenderse que la OC-24/17 genera consecuencias inmediatas y directas al Estado costarricense al sostener el deber internacional que tienen los Estados de reconocerle a los vínculos entre parejas del mismo sexo los mismos derechos que les asisten a las personas heterosexuales, con las mismas figuras jurídicas que regulan a estas últimas (párrafos 199 y 228). En aras de satisfacer el cumplimiento de esa normativa internacional, se impone el principio *pro homine*, criterio hermenéutico rector que informa el actuar de las autoridades gubernativas para interpretar de la forma más extensiva el ordenamiento, con el fin de satisfacer el reconocimiento de los Derechos Humanos. A la claridad de la opinión consultiva de la Corte IDH, su rango supraconstitucional y su carácter vinculante, debe agregarse que la doctrina del control de convencionalidad, según ha sido definida por la propia Corte, permite a las autoridades nacionales correspondientes (incluso las de carácter puramente administrativo), en el ámbito de sus competencias, aplicar directamente la Convención y sus interpretaciones, competencia que para el caso del Tribunal Supremo de Elecciones, a través del Registro Civil, se materializa en la inscripción de los hechos vitales de las personas (incluido el matrimonio), ahora con la obligación internacional de inscribir también los realizados entre personas del mismo sexo. Contrario a lo afirmado en el informe, el país no se encuentra bajo el supuesto que establece el párrafo 228 de la opinión consultiva, el cual menciona que, para poder reconocer los derechos derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo "podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes", dado que se antepone el carácter autoaplicativo de la propia opinión junto a la interpretación a partir de los principios *pro homine* y de la jerarquía normativa. No obstante, dado que actualmente se encuentran en estudio por parte de la Sala Constitucional varias acciones de inconstitucionalidad sobre la

materia, conforme al numeral 82 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y en aras de la seguridad jurídica como principio rector de la materia registran civil, procede quedar a la espera de la resolución de ese Tribunal Constitucional. **2) Sobre el derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambios de nombre:** La OC-24/17 también genera consecuencias inmediatas y directas al país en cuanto al cambio de nombre y la rectificación a la mención del sexo o género en los registros y en los documentos de identidad (párrafos 116 y 160). Si bien el nombre es un componente del derecho a la identidad sexual y de género, no es su único elemento. La Corte IDH es contundente al afirmar que tanto la identidad de género como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención (párrafo 78), de manera que los procedimientos de rectificación en la materia deben ir enfocados “a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida” (párrafos 121, 160 y 171), lo cual incluye, obligatoriamente, el derecho de cada persona a modificar su sexo en los documentos de identidad y en los registros civiles, de acuerdo a esa identidad de género auto-percibida. La propuesta de la Comisión de eliminar la mención al sexo en las cédulas de identidad y en las tarjetas de identificación de menores, sin su eliminación en la página web y certificaciones digitales e impresas, aunado a la inexistencia de una propuesta para la rectificación a la mención del sexo o la inclusión del género en el Registro Civil, como sede administrativa para formalizar ese cambio y validarlo ante el Estado y terceros, contraría el criterio emitido por la Corte IDH (párr. 116) y convierte en nugatorio el derecho pleno que le asiste a cada persona de rectificar su sexo de acuerdo al libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada (párrafos 95 y 105), independientemente del sexo, en el binario mujer/hombre, que se registrara al nacer. Conforme al criterio de la Corte IDH “debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico” (párr. 95), bajo el reconocimiento del derecho fundamental que le asiste a toda persona “a que el sexo o el género consignado en los registros coincida con la identidad sexual y de género efectivamente vivida y asumida por esta” (párr. 158). Las omisiones y divergencias apuntadas, en tanto no abordan ni diseñan adecuadamente un procedimiento que permita el cambio de sexo o la inscripción del género en sede

registral, llevan al suscrito magistrado a entender que el procedimiento sugerido es insuficiente de cara a los estándares interamericanos establecidos en la OC-24/17; sin embargo, al estimar la recomendación para el cambio de nombre por identidad de género como una medida transitoria y menos lesiva que el estado actual que omite del todo ese procedimiento, suscribo la reglamentación propuesta [Lo subrayado no pertenece al original]. (TSE, 2018, acta 49-2018 del 14 de mayo).

Como un segundo tema, en la sesión n.º 63-2018 del 21 de junio del 2018, el TSE conoció y aprobó un informe del Departamento Legal relativo a la viabilidad jurídica de que el trámite de nombramientos de personal regulado en los artículos 3 y 14 de la Ley de Salarios y Régimen de Méritos (LSRM), 7 de su reglamento y 45 del Reglamento Autónomo de Servicios (RAS), resultase también aplicable a todas las direcciones institucionales. En conclusión, de ese órgano:

sí resulta legalmente posible extender el ejercicio de las facultades en cuanto a nombramientos se refiere, a todas las direcciones institucionales, además de la STSE y la DGRC. Lo anterior en aplicación de la interpretación analógica e integración normativa que al amparo de los artículos 7 y 10 de la LGAP [Ley General de la Administración Pública] procede realizar, respecto de los artículos 3 y 14 de la LSRM, 7 de su reglamento y 45 del RAS. Ello, por resultar congruente con los principios de eficiencia, eficacia, una idónea distribución y utilización de los recursos públicos, igualdad de tratamiento para las direcciones, y apego a la realidad organizacional actual; principios todos, que promueven que la administración actúe conforme a derecho y en aras de una mejor satisfacción del interés público para el cual existe.

Contrario al criterio expuesto, estimé oportuno salvar el voto por cuatro razones fundamentales: **1)** La competencia para recomendar ternas en los procesos de nombramiento de plazas vacantes se encuentra depositada, por ley, únicamente en el director general del Registro Civil y en el secretario general del Tribunal Supremo de Elecciones (artículos 3 y 14 de la Ley de Salarios y Régimen de Méritos del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil -LSRM del TSE y RC-), por lo que una modificación vía reglamento a esa distribución competencial sería contraria al ordenamiento. De hecho, el artículo 14 de la Ley Orgánica del

TSE y del RC señala que el secretario del TSE es el jefe administrativo de las oficinas del Tribunal, de suerte que las recomendaciones que realiza el director general del Registro Civil, conforme al numeral 3 de la LSRM, constituyen la única excepción legalmente establecida a esa competencia asignada por ley orgánica a la Secretaría General. **2)** No resulta jurídicamente procedente extender las atribuciones que en materia de nombramientos de personal ostentan el director general del RC y el secretario general del TSE a los demás directores generales con fundamento en el artículo 27 del Código Electoral, esto por cuanto esa norma legal permite la interpretación y aplicación analógica de las reglas del Registro Civil al Registro Electoral, en el tanto se trate de cuestiones relativas a la materia electoral, no al desempeño como administraciones públicas de esas direcciones. **3)** Tanto la Dirección General de Estrategia Tecnológica como la Dirección Ejecutiva fueron creadas por vía reglamentaria, lo que conllevaría el traslado de competencias fijadas legalmente a direcciones cuyo sustrato normativo es infralegal; y **4)** Los principios generales aludidos por el Departamento Legal para justificar su postura se ven suficientemente satisfechos con la distribución de competencias prevista actualmente en la LSRM.

En los dos casos expuestos, por las razones anotadas, discrepo de la mayoría del Tribunal. El primero de los casos, en tanto refiere a un tema país en el que deben converger las decisiones de varias instituciones públicas, me continúa generando particular preocupación, por cuanto mantengo el criterio de que lo resuelto por la mayoría del TSE no aborda ni diseña un procedimiento adecuado que permita, bajo los estándares internacionales establecidos por la Corte IDH, el cambio de sexo o la inscripción del género en sede registral. Comparto que la reforma reglamentaria es un avance, por ello, incluso suscribo la reforma reglamentaria sugerida. Sin embargo, entre otras razones ya advertidas, estimo que lo resuelto, al eliminar la mención del sexo de la cédula, pero no hacerlo de los registros civiles digitales del TSE, vulnera el derecho a la intimidad que con especial vehemencia proclama la Corte para estos casos. En el fondo, la discusión pendiente pasa por la oportuna atención de los derechos políticos de las personas LGTBIQ+.

Como tercer punto, ligado al anterior, en la sesión n.º 112 del 28 de noviembre de 2019, el TSE conoció la consulta legislativa del proyecto "Reforma de los artículos 49 y 51 de la Ley n.º 30, Código Civil y 104 de la Ley n.º 5476, Código de Familia y sus reformas. Ley de igualdad en la inscripción de los apellidos", expediente legislativo n.º 20.304.

Aunque me adherí al criterio de mis compañeros magistrados en cuanto a la discrecionalidad legislativa para definir el modelo o mecanismo en la determinación del orden de los apellidos de los progenitores, sí externé mi cambio de postura en cuanto a que la asignación del orden de los apellidos no quedase librada a la voluntad de los progenitores. En esta oportunidad sostuve una posición distinta con base en las razones que de seguido se anotan:

**Nota separada del magistrado Brenes Villalobos:** Si bien el suscrito magistrado se había manifestado en contra de que la asignación de los apellidos quedase librada a la autonomía de la voluntad de los progenitores, por entender que ello atentaba contra el principio de seguridad registral (artículo octavo de la sesión ordinaria n.º 59-2017 del 11 de julio de 2017 de este Tribunal Supremo de Elecciones); bajo una mejor ponderación y ante nuevos elementos de juicio, como una nueva realidad en el registro de los hechos vitales, se impone revalorar y cambiar el criterio sostenido en aquella oportunidad. En concreto, el control de convencionalidad ejercido por este Tribunal al implementar la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º OC-24/2017 del 24 de noviembre del 2017, mediante las reformas al Reglamento del Registro del Estado Civil y al Reglamento de la Cédula de Identidad con Nuevas Características (Decreto del TSE n.º 7-2018 publicado en el Alcance 102 a la Gaceta Digital n.º 85 del 16 de mayo del 2018), así como su aplicación y puesta en práctica, pusieron de manifiesto que la seguridad registral se materializa y resguarda en razón de la identidad de la persona conforme a un número de cédula de identidad que es único, irrepetible y vitalicio. La lógica de seguridad registral detrás del cambio de nombre por la identidad de género auto-percibida es la misma para con un eventual cambio en el orden de los apellidos; incluso, en el segundo escenario, dado que el nuevo formato de la cédula de identidad indica expresamente el nombre y apellidos de los progenitores, la propia cédula de identidad aclararía una eventual duda sobre el orden de apellidos inscrito, mientras que, para aquellos casos en que el apellido de la madre y el padre sea el mismo, la certificación registral advertiría el orden decidido. Independientemente del cambio de criterio a favor de la libre determinación del orden de los apellidos por los progenitores, el suscrito magistrado reitera la discrecionalidad legislativa en la



materia, al tiempo que comparte la preocupación externada por el Pleno de este Tribunal respecto de la afectación a la registración automática en el modelo propuesto<sup>2</sup>. (TSE, 2019, acta n.º 112 del 28 de noviembre).

Respecto de la Opinión Consultiva n.º OC-24/2017 del 24 de noviembre del 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su implementación en el país, reitero mi convencimiento sobre temas aún pendientes de valorar e implementar.

Ahora bien, en el caso referido, sí estimo que el control de convencionalidad ejercido por el Tribunal, con ocasión de la citada Opinión Consultiva n.º OC-24/2017, permite nuevas lecturas en cuanto al registro de los nombres y apellidos de una persona. En el pasado, el argumento utilizado para rechazar que los progenitores escogiesen a la libre el orden de los apellidos fue la afectación a la seguridad registral; sin embargo, con posterioridad a ese criterio, al permitir el Tribunal el cambio de nombre de una persona por autopercepción de su género, se evidenció que la seguridad registral no se ligaba al nombre anterior de la persona, sino que se resguarda en el número de cédula de identidad que es único, irrepetible y vitalicio. El fondo de la argumentación utilizada para habilitar el cambio de nombre por autopercepción de género está por igual ligado en un eventual cambio en el orden de los apellidos de una persona.

#### **4. COROLARIO**

El presente artículo es una sistematización de debates recientes en la justicia electoral costarricense, es el repaso, en el último sexenio, de los criterios disidentes del magistrado electoral Luis Diego Brenes Villalobos.

La intención es compartir esos criterios con la academia, para su conocimiento y discusión, pero también como un intento de acompañar el siempre sano ejercicio de la rendición de cuentas.

Para la profundidad de cada caso, remito a la lectura íntegra de cada sentencia, en su voto de mayoría y tesis disidente, de suerte que lo ahora expuesto sirva como aperitivo de un debate más amplio y diverso.

---

<sup>2</sup> Este criterio fue reiterado con motivo de nueva consulta legislativa formulada sobre el mismo proyecto de ley n.º 20.304, emitido en la sesión n.º 11-2020 del 6 de febrero de 2020.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Brenes, L. D. (2012a). *El rol político del juez electoral*. San José: Editorial IFED-TSE.
- Brenes, L. D. (2012b, 24 de mayo). Rendición de Cuentas del TSE. *Diario Extra. Opinión*, p. 7.
- Brenes, L. D. (2012c, 23 de mayo). TSE: Transparencia y Rendición de Cuentas. *Prensa Libre. Opinión*, p. 15.
- Brenes, L. D. (2015). *Votar Importa*. San José: Editorial IFED-TSE y Fundación Konrad Adenauer.
- Brenes, L. D. (2018). Informe de labores 2018, magistrado propietario (del 4 de febrero de 2017 al 4 de agosto de 2018). Disponible en: [https://www.tse.go.cr/curriculum\\_brenes\\_villalobos.htm](https://www.tse.go.cr/curriculum_brenes_villalobos.htm)
- Brenes, L. D. (2020). Informe de labores 2020, magistrado propietario (del 2 de febrero de 2019 al 5 de mayo de 2020). Disponible en: [https://www.tse.go.cr/curriculum\\_brenes\\_villalobos.htm](https://www.tse.go.cr/curriculum_brenes_villalobos.htm)
- Brenes, L. D. (2021). Informe de labores 2021, magistrado suplente (del 7 de diciembre de 2015 al 6 de mayo de 2021). Disponible en: [https://www.tse.go.cr/curriculum\\_brenes\\_villalobos.htm](https://www.tse.go.cr/curriculum_brenes_villalobos.htm)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/2017 del 24 de noviembre.
- Corte Suprema de Justicia (2015). Sesión de Corte Plena n.º 43-15 del 30 de noviembre.
- Corte Suprema de Justicia (2016). Sesión de Corte Plena n.º 25-2016 del 22 de agosto.
- Corte Suprema de Justicia (2019). Sesión de Corte Plena n.º 30-2019 del 22 de julio.
- Manin, B., Przeworsky, A. y Stokes, S. (Eds). (1999). *Democracy, Accountability and Representation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tribunal Supremo de Elecciones (2017). Sentencia n.º 1626-M-2017 de las 11:35 horas del 1 de marzo.
- Tribunal Supremo de Elecciones (2017). Sentencia n.º 6253-E1-2017 de las 11:45 horas del 12 de octubre.

Tribunal Supremo de Elecciones (2007). Sentencia n.º 8080-E8-2017 de las 11:15 horas del 20 de diciembre.

Tribunal Supremo de Elecciones (2018). Sentencia n.º 1456-E8-2018 de las 15:00 del 7 de marzo.

Tribunal Supremo de Elecciones (2018). Sentencia n.º 1500-E10-2018 de las 11:00 del 12 de marzo.

Tribunal Supremo de Elecciones (2019). Sentencia n.º 8764-E3-2019 de las 11:30 horas del 12 de diciembre.

Tribunal Supremo de Elecciones (2018). Sesión extraordinaria n.º 49-2018 del 14 de mayo.

Tribunal Supremo de Elecciones (2018). Sesión ordinaria n.º 63-2018 del 21 de junio.

Tribunal Supremo de Elecciones (2018). Sesión ordinaria n.º 112 del 28 de noviembre.

Tribunal Supremo de Elecciones (2018). Sesión ordinaria n.º 11-2020 del 6 de febrero.