

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

**Los principios de igualdad y de no discriminación de las personas
lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT) en las relaciones laborales de
Costa Rica**

Joselyn Andrea Brenes Morales

B31134

2019



18 de enero de 2019
FD-147-2019

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: *Joselyn Andrea Brenes Morales*, carné B31134 denominado: "Los principios de igualdad y de no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT) en las relaciones laborales de Costa Rica". fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Dra. Laura Otero Norza
Presidente	Dr. Marvin Carvajal Pérez
Secretaria	Msc. Melissa Salas Brenes
Miembro	Dra. Sofia Cordero Molina
Miembro	Lic. Luis Salazar Muñoz

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **04 de febrero del 2019**, a las 4:00 p.m. en el cuarto piso de la facultad.

Atentamente,


Ricardo Salas Potras
Director

C. Expediente
C. Archivo



San José, 17 de enero de 2019

Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Director:

Sirva la presente para saludarle y a la vez, informarle que, en mi condición de Directora del Trabajo Final de Graduación, en modalidad de tesis de grado, para optar por el grado de Licenciatura, titulado ***"Los principios de igualdad y no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT) en las relaciones laborales de Costa Rica"***, elaborado por la estudiante **Joselyn Brenes Morales**, carné universitario B31134, manifiesto que he colaborado en la dirección de dicho trabajo con la estudiante Brenes Morales y considero que el mismo cumple, a cabalidad, con los requisitos de forma y fondo establecidos por el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación de esta Universidad y las estipulaciones que la Facultad de Derecho y el Área a su digno cargo exigen para su defensa pública.

La investigación analiza de manera profunda la regulación atinente a los principios de igualdad y de no discriminación, así como la normativa específica relativa a la población "LGBT" en el mundo del trabajo y hace importantes aportes para enmendar los arraigados patrones de discriminación que siguen pesando contra estos colectivos en la sociedad, y señaladamente, en nuestro sistema de relaciones laborales. Merece importante atención la metodología utilizada, que hizo a la estudiante Brenes Morales salir de las aulas y bibliotecas para conocer la vivencia de la población LGBT, a fin de acercarse a su realidad en diferentes centros de trabajo y conocer sus difíciles experiencias laborales.

Finalmente, la estudiante Brenes Morales realiza una importante contribución a la regulación y tratamiento de la población LGBT, a fin de que los principios de igualdad de trato y oportunidades y de no discriminación, en su visión material, les sean aplicados en nuestro país.

Por estas razones, y por cumplir sobradamente con los requisitos exigidos por la normativa universitaria, manifiesto mi aprobación y enhorabuena por el trabajo final de graduación descrito.

Cordialmente,


Dra. Laura Otero Norza

San Pedro de Montes de Oca, 17 de enero de 2019

Señor

Doctor Ricardo Salas Porras

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

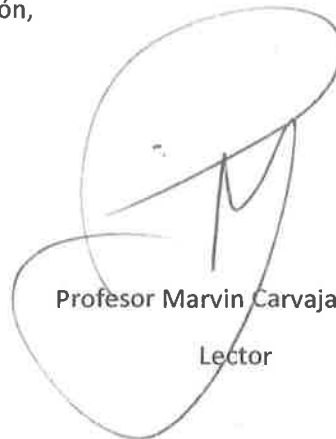
Estimado señor director:

He leído la tesis de la egresada Josselyn Brenes Morales, titulada "Los principios de igualdad y de no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT) en las relaciones laborales de Costa Rica", a la cual le doy mi aprobación, pues cumple con todos los requisitos de forma y fondo para ello.

El trabajo realizado por la egresada Brenes Morales es una aguda investigación relativa a un tema de absoluta actualidad y de alto impacto social. Desarrollo el tema con rigurosidad y compromiso por el respeto de los derechos humanos.

Por estas razones, reitero la aprobación dada al trabajo en cuestión.

Con toda consideración,

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a prominent vertical stroke.

Profesor Marvin Carvajal Pérez

Lector

16 de enero de 2019

Dr. Ricardo Salas Porras
Director, Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director,

Reciba de mi parte un cordial saludo. A través de la presente, hago constar que, en mi calidad de profesora lectora y miembro del Comité Asesor, he revisado el Trabajo Final de Graduación de la estudiante Joselyn Andrea Brenes Morales, carné número B31134, el cual lleva por título *“Los principios de igualdad y de no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT) en las relaciones laborales de Costa Rica”*.

El trabajo cumple satisfactoriamente con los requisitos de forma y fondo establecidos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica para este tipo de investigaciones, por lo cual extiendo la aprobación respectiva.

Cordialmente,



Msc. Melisa Salas Brenes
Lectora

San José, 6 de enero del 2019.

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

Estimados señores:

La estudiante Joselyn Andrea Brenes Morales, cédula 304840473, me ha presentado, en mi calidad de profesional graduada en Filología, el proyecto de graduación denominado "Los principios de igualdad y de no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en las relaciones laborales de Costa Rica", el cual ha elaborado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

He revisado el documento, de acuerdo con los lineamientos de corrección de estilo, los aspectos de estructura gramatical, acentuación, ortografía, puntuación y vicios de dicción que se trasladan al escrito, y he verificado que se han realizado todas las correcciones necesarias en él.

Por consiguiente, se encuentra listo para ser presentado oficialmente a la Universidad.

Atentamente,

A handwritten signature in dark ink, reading "Carmen Pinto Murillo". The signature is fluid and cursive, with the first name "Carmen" being the most prominent.

Msc. Carmen Pinto Murillo

Carné Colopro: 3939

Dedicatoria

A mi familia, por siempre creer en mí, por apoyarme en todos mis proyectos e impulsarme a volar alto. Ustedes llenan mi vida de luz y de risas, y me han enseñado que soñar y trabajar componen la fórmula del éxito.

A mis amigos, por su apoyo incondicional, por retarme a ser mejor y por hacer que el camino sea más brillante.

A las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, quienes hacen que el mundo sea más colorido y nos recuerdan que, sin importar las dificultades, siempre vale la pena ondear la bandera de los derechos humanos. El recorrido a veces se torna lento y doloroso, pero no hay duda de que, poco a poco, la luz brilla con más intensidad.

Agradecimientos

A mi querida Universidad de Costa Rica, por tomarme de la mano desde el inicio y permitirme construir mis sueños.

A la Dra. Laura Otero, por haber creído en este proyecto desde el día cero, por su guía y apoyo en todo momento. Gracias por toda la ayuda y consejos, por retarme a mejorar siempre y por ser un modelo a seguir.

Al Dr. Marvin Carvajal, por sus consejos y por las luchas realizadas a favor de los derechos humanos de la comunidad LGBTI.

A la Dra. Sofía Cordero, por sus valiosas enseñanzas, su gran disponibilidad, y por su honestidad y sus consejos a lo largo de los años.

A la MSc. Melissa Salas, por su apoyo y su excelente disposición a lo largo del camino.

Al Comisionado Presidencial para Asuntos de la Población LGBTI, el Lic. Luis Salazar, por permitirme realizar un pequeño aporte en la tutela de los derechos de la comunidad LGBTI del país, y por todo el trabajo que realiza en pro de sus derechos humanos.

Al Dr. Olivier Gassiot, por haberme enseñado que salir de la zona de confort tiene sus réditos, y por todos sus consejos.

Al Dr. Roberto Garita, por su invaluable amistad, su capacidad de enseñanza y por impulsarse a mejorar holísticamente.

Al Dr. Jaime Caravaca, por su guía, entusiasmo y gran apoyo desde el inicio.

A los profesores Mauricio Castro, Fabiola Cantero y Hugo Muñoz Ureña, por sus valiosos aportes a esta investigación.

A mis profesores, amigos y compañeros, por el conocimiento y apoyo brindado.

A todos los que aportaron su granito de arena en este proyecto.

Llegó el momento de no aceptar sin reflexión, cuestionamiento o pensamiento, las costumbres punitivas y coercitivas que han sido históricamente heredadas. We must recognize that sex, gender, body and sexuality presumptions are only societal construct used to reinforce the hegemonic narrative of the cisnormativity. Paremos de dizer “Isso é natural, isso é normal”, para iniciarmos uma mudança substancial em nossa realidade.

Jaime Caravaca-Morera (2016)

Índice

Dedicatoria.....	i
Agradecimientos.....	ii
Tabla de Abreviaturas.....	vi
Tabla de figuras	vii
Resumen.....	viii
Ficha Bibliográfica	x
Introducción.....	1
Capítulo I. Conceptualización y generalidades de los principios de igualdad y de no discriminación y principales normas jurídicas internacionales y nacionales que tutelan los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en materia laboral	22
Sección a. Los principios de igualdad y de no discriminación: aproximación histórica, conceptualización y aplicación en el ámbito laboral	22
a. Aproximación histórica del principio de igualdad	23
b. Conceptualización actual del principio de igualdad	27
c. El principio de igualdad en el ámbito laboral.....	33
d. Evolución histórica del principio de no discriminación.....	39
e. Conceptualización actual del principio de no discriminación.....	43
f. El principio de no discriminación en el ámbito laboral	55
Sección b. Normas jurídicas que tutelan los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en materia laboral: marco normativo de protección de los derechos de la población LGBT de Costa Rica y jurisprudencia relevante.....	68
a. Normas jurídicas internacionales vigentes en Costa Rica que tutelan los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en materia laboral.....	68
i. Instrumentos Normativos de Carácter Universal	69
ii. Instrumentos Normativos de Carácter Regional.....	92
b. Normas jurídicas de Costa Rica que tutelan los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en materia laboral: marco normativo costarricense y la jurisprudencia nacional	137
i. Constitución Política de la República de Costa Rica	138
ii. Leyes.....	140
iii. Decretos Ejecutivos.....	153
Conclusiones del Capítulo I.....	172
Capítulo II. Estado actual de los derechos laborales de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica: realidad actual de los derechos laborales de la población LGBT y principales avances y desafíos en la materia	176

Sección a. Percepción que posee la sociedad costarricense sobre las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans y sus derechos entre los años 1999 y 2018: evidencias de discriminación estructural en diversos ámbitos de la vida de la población LGBT	176
a. Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC): diversidad sexual y trabajo en Costa Rica	181
b. Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC): percepción de estudiantes universitarios sobre la homo/lesbofobia en Costa Rica para diagnóstico, con enfoque de género, sobre la situación del estigma, la discriminación y la homofobia en Costa Rica (2007)	183
c. Centro de Estudios Internacionales (CEI): sondeo de percepción de los derechos humanos de las poblaciones LGBT en Costa Rica en el año 2012: diversidad sexual en Centroamérica: promoviendo los derechos humanos y previniendo la violencia de género	187
d. Oficina Internacional del Trabajo (OIT): ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica.....	193
e. Centro de Investigación y Estudios Políticos (CIEP) y la Escuela de Ciencias Políticas (ECP) de la Universidad de Costa Rica: Informe de resultados de la encuesta de opinión sociopolítica realizada en enero de 2018.....	198
Sección b. Realidad que experimentan las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus relaciones laborales en Costa Rica: análisis de la etapa precontractual, del desarrollo de la relación laboral y de su terminación, y los principales avances y desafíos	204
a. Etapa precontractual: el caso de las ofertas laborales y los procesos de selección..	218
b. Desarrollo de la relación laboral.....	237
c. Terminación de la relación laboral: encubrimiento de despidos indirectos	252
d. Avances y desafíos	263
Conclusiones del Capítulo II	291
Conclusiones.....	295
Bibliografía	307
Anexos.....	324
Anexo 1.....	324
Anexo 2.....	336

Tabla de Abreviaturas

Alianza Empresarial para el Desarrollo	AED
Caja Costarricense de Seguro Social	CCSS
Convención Americana sobre Derechos Humanos	CADH
Centro de Estudios Internacionales	CEI
Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos	CIPAC
Corte Interamericana de Derechos Humanos	Corte, Corte IDH o Corte Interamericana
Lesbianas, gays, bisexuales y trans	LGBT
Lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales	LGBTI
Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-24/17 presentada por el Estado de Costa Rica	OC-24/17 u Opinión Consultiva
Organización de Estados Americanos	OEA
Organización Internacional del Trabajo	OIT
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia	Sala Constitucional
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia	Sala Segunda
Tribunal Supremo de Elecciones	TSE

Tabla de figuras

Gráfico 1. Reacción al sentir atracción por alguien de su mismo sexo	Página 184
Gráfico 2. Percepción de la homosexualidad	Página 185
Gráfico 3. Principal problema de ser lesbiana o gay	Página 186
Gráfico 4. Espacios en los que las personas LGBT en Costa Rica asumen su orientación sexual o su identidad de género	Página 188
Gráfico 5. Espacios en los que las personas LGBT en Costa Rica asumen su orientación sexual o su identidad de género	Página 189
Gráfico 6. Espacios donde las personas LGBT en Costa Rica reciben discriminación por su orientación sexual y su identidad de género	Página 190
Gráfico 7. Porcentaje de discriminación que viven las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus espacios de trabajo	Página 191
Gráfico 8. Apoyo a la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH	Página 200
Gráfico 9. Apoyo al reconocimiento civil de parejas formadas por personas del mismo sexo	Página 201
Cuadro 1. Resultado obtenido por las personas LGBT respecto de las denuncias planteadas ante la discriminación por orientación sexual e identidad sexual o de género	Página 192
Cuadro 2. Percepción de los participantes sobre diversas cuestiones que involucran a las personas LGBT, de acuerdo con afirmaciones sobre las personas LGBT	Página 194
Cuadro 3. Percepciones que se tienen respecto a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en el empleo, de acuerdo con afirmaciones sobre las personas LGBT, de acuerdo con afirmaciones sobre presencia de personas LGBT en las empresas	Página 195
Cuadro 4. Otras percepciones sobre las personas LGBT, de acuerdo con afirmaciones sobre derechos de personas LGBT	Páginas 196-197
Cuadro 5. Percepción sobre situaciones referentes a los miembros de la comunidad LGBT	Páginas 212-213
Cuadro 6. Otras percepciones sobre cuestiones relativas a situaciones referentes a las personas LGBT	Página 215
Cuadro 7. Percepción sobre la admisibilidad de que las personas LGBT puedan ejercitar ciertos derechos	Página 216
Cuadro 8. Rechazo a la discriminación que poseen las personas, según el nivel educativo que ostentan	Página 278
Cuadro 9. Rechazo a la discriminación que poseen las personas, según la religión que practican	Página 289

Resumen

Justificación:

El interés que surge para desarrollar esta investigación tiene su principal justificación en el hecho de que con la entrada en vigor, el 25 de julio del año 2017, de la ley No. 9343, se especificó un fuero de protección por no discriminación que cubre a las personas miembros de la comunidad LGBT, por lo que es necesario estudiar la incidencia de dicho mecanismo de protección. Además, dado que dicho grupo de personas constituye una población vulnerabilizada, nace la necesidad de realizar un esfuerzo investigativo que permita determinar las falencias y retos que tiene por delante el país en esta materia, para garantizarles a las personas LGBT el ejercicio efectivo de sus derechos de igualdad y de no discriminación, así como de sus derechos laborales.

Hipótesis:

La inobservancia de los principios de igualdad y de no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus relaciones laborales, obedece, entre otras causas, a la falta de información que existe en los diversos actores sociales respecto a los derechos de dicha población, consagrados en sus esferas jurídicas.

Objetivo General:

Analizar la experiencia laboral de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica, a la luz de los principios de igualdad y de no discriminación.

Metodología:

Esta investigación se realizó a partir de la utilización de diversos métodos investigativos, entre ellos se encuentran el sistemático, el inductivo, el deductivo y el analítico. Para ello se realizó una profunda investigación documental que incluyó el análisis de reconocidos doctrinarios del ámbito del Derecho Laboral y de los Derechos Humanos.

Asimismo, se recolectaron datos estadísticos relativos a la materia, los cuales fueron desarrollados por diversos organismos internacionales y nacionales.

Otra de las herramientas metodológicas empleadas fue la realización de un trabajo de campo que permitió obtener información de diversos actores sociales sobre lo que consideran son las causas del irrespeto de los principios de igualdad y de no discriminación de la población LGBT en las relaciones laborales de Costa Rica. Cabe señalar que la elección de dichos métodos de investigación responde a las características definitorias de los mismos y a las facilidades que aportaron en esta labor investigativa.

Conclusiones

Se puede sostener que, si bien es cierto en Costa Rica se cuenta con un ordenamiento jurídico bastante nutrido en lo que respecta a la tutela de los principios de igualdad y de no discriminación, así como de los derechos laborales, lo cierto del caso es que no siempre esas normas son eficaces, pues la realidad indica que son normas que se encuentran en el papel, mas no son puestas en práctica.

Se considera que la inobservancia de los principios de igualdad y de no discriminación de las personas LGBT en sus relaciones laborales obedece, no sólo a la falta de información que existe en los diversos actores sociales respecto a los derechos de dicha población vulnerabilizada, sino que dicha inobservancia constituye un fenómeno multicausal que se encuentra ligado, principalmente, a la falta de educación y de sensibilización sobre la situación de la población LGBT, así como a la dificultad probatoria existente.

Ergo, las personas LGBT en Costa Rica, en la mayoría de los casos, mas no en todos, sufren la vulneración tanto de sus derechos humanos laborales, como de los principios de igualdad y de no discriminación como consecuencia de los tratos diferenciados injustificados, producto de su orientación sexual y/o de su identidad sexual, todo lo cual atenta contra su dignidad humana y demás derechos humanos.

Ficha Bibliográfica

Brenes Morales, Joselyn. Los principios de igualdad y de no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT) en las relaciones laborales de Costa Rica. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2019: x y 341.

Directora: Dra. Laura Otero Norza.

Palabras Claves: Derechos Humanos. Derechos Laborales. Lesbianas. Gays. Bisexuales. Trans. LGBT. Principio de igualdad. Principio de no discriminación. Relación laboral. Etapa precontractual. Marco normativo. Reforma procesal laboral. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de convencionalidad. Principios de Yogyakarta. Declaración de Montreal. Experiencia Laboral. Proceso sumarísimo.

Introducción

“El argumento en favor de extender a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (personas LGBT) los mismos derechos que gozan todas las demás personas no es radical ni complicado. Se basa en dos principios fundamentales que sustentan las normas internacionales de derechos humanos: igualdad y no discriminación. Las palabras iniciales de la Declaración Universal de Derechos Humanos son inequívocas: “Todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”¹”. Lo expresado por la ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navanethem Pillay, reitera que, por su carácter de seres humanos, los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans son los mismos derechos que disfrutaban el resto de los individuos.

En la presente investigación se llevará a cabo un análisis sobre los principios de igualdad y de no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en las relaciones laborales de Costa Rica. Para ello se abordarán los caracteres relativos a la población objeto de este estudio académico, así como de los principios de igualdad y de no discriminación como ejes centrales de su protección. Lo anterior se realizará con el propósito de determinar cuáles son las principales falencias, avances y retos que existen respecto a los derechos laborales que protegen a la comunidad LGBT en Costa Rica.

Con el ánimo de propiciar claridad conceptual, se tiene que el término ***diversidad sexual*** ha sido empleado erróneamente para hacer referencia a la población objeto de este estudio; siendo que la expresión correcta para referirse a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans tiene que estar vinculada al acrónimo LGBT. Lo anterior, debido a que el uso de la expresión *diversidad sexual* para hacer referencia a dicha población lleva a asumir que la *normalidad* o *naturalidad* es una nota característica únicamente de las relaciones heterosexuales, siendo que éstas son también parte de una comunidad sexualmente diversa². Esto, por cuanto se tiene que la ***heterosexualidad*** es la atracción afectiva, emocional y sexual

¹ Navavethem Pillay, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Nacimos Libres e iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, 5.

² Asociación Empresarial para el Desarrollo, *Caja de Herramientas para la integración de las personas en los espacios laborales*. (San José, 2016), 12.

que una persona experimenta por otra de un género diferente del suyo, y está vinculada a la capacidad de mantener relaciones sexuales con los mismos³.

El que la heterosexualidad no suela incluirse dentro del concepto de *diversidad sexual*, o bien, que sólo las personas miembros de la comunidad LGBT se vinculen con dicha expresión, se debe, sobre todo, a que la heterosexualidad se impone desde que un ser humano está en el vientre de su madre. Para ejemplificar esto se tiene lo dicho por Bento:

Pensar a heterossexualidade como um regime de poder significa afirmar que longe de surgir espontaneamente de cada corpo recém-nascido, inscreve-se reiteradamente através de constantes operações de repetição e de recitação dos códigos socialmente investidos como naturais. O corpo sexuado e a suposta ideia da complementaridade natural, que ganha inteligibilidade através da heterossexualidade, é uma contínua e incessante materialização intencionalmente organizada, condicionada e circunscrita pelas convenções históricas, e que se apresenta como a-histórica⁴.

De modo que la heterosexualidad es considerada por muchas sociedades como lo *normal* o *natural* y comienza su proceso de reafirmación desde la edad temprana de los recién nacidos, a quienes se les impone un régimen, o estilo de vida, acorde con las reglas de la heteronormativismo y el cisnormativismo⁵.

Con el propósito de comprender los conceptos de orientación sexual e identidad de género, que son parámetros característicos que terminan la pertenencia o no de las personas a la comunidad LGBT, es necesario analizar lo que se entiende por sexo y por género. El **sexo** hace referencia a las diferencias biológicas que existen entre un hombre y una mujer, siendo que toma en consideración lo relativo a la fisiología humana, así como a los caracteres

³ Ibidem.

⁴ “Pensar la heterosexualidad como un régimen de poder significa afirmar que lejos de surgir espontáneamente de cada cuerpo recién nacido, se inscribe reiteradamente a través de constantes operaciones de repetición y de recitación de los códigos socialmente designados como naturales. El cuerpo sexual y la supuesta idea de la complementariedad natural, que gana inteligibilidad a través de la heterosexualidad, es una continua e incesante materialización intencionalmente organizada, condicionada y circunscrita por las convenciones históricas, y que se presenta como ahistórica”. Berenice Bento, *O que é transexualidade*. (São Pablo: Brasiliense, 1 ed., 2008), 30-31.

⁵ Sobre el heteronormativismo y el cisnormativismo, ver páginas 9 y 10.

hormonales, genéticos y anatómicos⁶. Mientras que el **género** “está referido a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas⁷”.

Judith Butler es una de las autoras más reconocidas por su trabajo sobre el tema del género, siendo que según su perspectiva éste es entendido de la siguiente manera:

El género no es exactamente lo que uno “es” ni tampoco precisamente lo que uno “tiene”. **El género es el aparato a través del cual tiene lugar la producción y la normalización de lo masculino y lo femenino junto con las formas intersticiales hormonales, cromosómicas, psíquicas y performativas que el género asume.** Asumir que el género implica única y exclusivamente la matriz de lo “masculino” y lo “femenino” es precisamente no comprender que la producción de la coherencia binaria es contingente, que tiene un coste, y que aquellas permutaciones del género que no cuadran con el binario forman parte del género tanto como su ejemplo más normativo. Fusionar la definición de género con su expresión normativa es reconsolidar, sin advertirlo, el poder que tiene la norma para limitar la definición del género. **El género es el mecanismo a través del cual se producen y se naturalizan las nociones de lo masculino y lo femenino, pero el género bien podría ser el aparato a través del cual dichos términos se deconstruyen y se desnaturalizan.** De hecho, puede ser que el mismo aparato que trata de instaurar la norma funcione también para socavar esa misma instauración, que ésta sea, por así decirlo, incompleta por definición. Mantener el término “género” aparte de la masculinidad y de la feminidad es salvaguardar una perspectiva teórica en la cual se pueden rendir cuentas de cómo el binario masculino y femenino agota el campo semántico del género. **Cuando nos referimos a “el género en disputa o problematización del género” (*gender trouble*) a la “mezcla de géneros” (*gender blending*), ya sea el “transgénero” (*transgender*) o el “cruce de género” (*cross-gender*), estamos ya sugiriendo que el género tiene una forma de desplazarse más allá del binario naturalizado.** La fusión del género con lo masculino/femenino, hombre/mujer/, macho/hembra, performa así la misma naturalización que se espera que prevenga la noción de género⁸. (El resaltado no es del original).

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 32.

⁷ Ibidem.

⁸ Judith Butler, *Deshacer el género*. (Barcelona: Paidós, 1 ed., 2006), 70.

Además, debe considerarse que la construcción del género está íntimamente ligado al contexto histórico y cultural en el que el mismo se desenvuelve⁹. Por lo que la comprensión de lo que es *masculino* o *femenino* puede variar de un lugar a otro, o de un momento a otro; siendo que, por tanto, el concepto del género no es estático ni unívoco.

Sin embargo, esto no evita que las categorías antes mencionadas de masculino y femenino sean idealizadas, y que todo aquello que no se subsuma dentro de alguna de ellas sea condenado. Lo anterior concuerda con lo dicho por Bento, quien afirma que “As formas idealizadas dos gêneros geram hierarquia e exclusão. Os regimes de verdades estipulam que determinadas expressões relacionadas com o gênero são falsas, enquanto outras são verdadeiras e originais, condenando a uma morte em vida, exilando em si mesmos os sujeitos que não se ajustam às idealizações¹⁰”.

Analizado lo anterior, se tiene que la *orientación sexual* es entendida como la atracción sexual, erótica, afectiva y emocional que una persona siente hacia otra de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como las relaciones sexuales e íntimas que mantienen con dichas personas¹¹. Cabe señalar que la orientación sexual puede sufrir variaciones a lo largo de la vida de las personas, por lo que tampoco se considera como una categoría estática ni unívoca¹².

Por su parte, la *identidad de género* se entiende como:

(...) la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta,

⁹ Ibidem.

¹⁰ “Las formas idealizadas de los géneros generan jerarquía y exclusión. Los regímenes de verdades estipulan que determinadas expresiones relacionadas con el género son falsas, en cuanto otras son verdaderas y originales, condenando a una muerte en vida, exiliando en sí mismos a los sujetos que no se ajustan las idealizaciones.” Berenice Bento, *O que é transexualidade*. (São Paulo: Brasiliense, 1 ed., 2008), 44.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 32.

¹² Ibidem.

el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos¹³.

Llegado a este punto, es preciso aclarar que en esta investigación se hace uso del acrónimo LGBT debido a las facilidades que brinda para representar a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, las cuales son la población objeto de este estudio. Sin embargo, se debe resaltar que dicho acrónimo no es utilizado universalmente por todos los Estados ni por la sociedad civil en general para reconocer a la población lesbiana, gay, bisexual y trans, siendo que incluso existen discrepancias respecto a la utilización de otras siglas y del orden de las letras que componen el acrónimo¹⁴.

Otro aspecto que debe aclararse es que en este proyecto académico no se tomará en consideración como parte de la población objeto de estudio a las personas intersexuales, es decir, a las personas que nacen “con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer¹⁵”. Esto debido a que, si bien las personas intersexuales forman parte de la comunidad LGBTI (nótese que se utiliza otro acrónimo), la realidad demuestra que no existen suficientes datos sobre su situación actual en el ámbito laboral costarricense. Por lo que a lo que dicha población respecta no se realizará un estudio pormenorizado, sino que sólo se abordarán medidas generales aplicables a la comunidad LGBTI como un todo.

Aclarado lo anterior, se tiene que las dos primeras letras del acrónimo LGBT, es decir, **L** y **G**, hacen referencia a las personas **lesbianas** y **gays**, quienes se consideran como homosexuales. La **homosexualidad** debe ser entendida como “la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género, así como a las relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Los términos gay y lesbiana se encuentran relacionados con esta

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, Ficha de datos: *Derechos de las personas LGBT: algunas preguntas frecuentes*.

acepción¹⁶”. Por su parte, la letra **B** representa a las personas **bisexuales**, categoría que se caracteriza porque la persona “se siente emocional, afectiva y sexualmente atraída por personas del mismo sexo o de un sexo distinto¹⁷”.

La letra **T**, identifica a las personas **trans** y contiene una serie de particularidades que hacen necesario realizar una categorización que permita una mejor comprensión. La primera categoría es la **transgénero**, la cual está ligada al hecho de que un individuo se identifique con un género que difiere del asignado por su sexo biológico¹⁸. La segunda categoría es la **transexualidad**, siendo que “Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social¹⁹”.

Por último, se tiene la categoría de los **travestis**, quienes de manera temporal, o permanente, asumen la identidad de género contraria a la que responde su sexo biológico, sin que eso implique un quebrantamiento con su identidad sexual²⁰. Este tipo de categorías hacen entrar en conflicto al sistema binario²¹ debido a que podría no darse una coincidencia entre el sexo asignado al nacer y el género que la sociedad le vincula. Es por esto que las personas trans rompen con la idealización creada por las normas del género²² y sufren, en la mayoría de los casos, de tratos discriminatorios.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 32.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Asociación Empresarial para el Desarrollo, *Caja de Herramientas para la integración de las personas en los espacios laborales*. (San José, 2016), 14.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ El sistema binario sexo/género se refiere al “modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que “considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos, categorías rígidas, a saber masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías (como las personas trans o intersex)”. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 32.

²² Sobre las normas de género, ver página 3.

Partiendo de la base terminológica antes dada, es posible definir a la comunidad LGBT como “(...) un movimiento social cohesionado que propugna el reconocimiento de derechos, las personas que conforman este grupo tienen aspiraciones similares en materia de sexualidad, -la protección de su identidad sexual y de género- no obstante, tienen diferencias específicas en cuanto a sus preferencias o atracciones²³”. Sin embargo, debe considerarse que la comunidad LGBT está compuesta por categorías diferentes de personas, por lo que las necesidades y características de cada una pueden o no coincidir con las del resto.

Butler ha sostenido que la comunidad LGBT es una minoría sexual debido a que rompe con el paradigma establecido por la sociedad, pero que, al igual que todas las personas, sus miembros poseen derechos sexuales. Sobre esto dicha autora ha manifestado que:

(...) los derechos sexuales unen dos dominios relacionados de ex-tasis, dos formas conectadas de estar fuera de nosotros mismos. Como sexuales, dependemos del mundo de los otros, somos vulnerables a la necesidad, a la violencia, a la traición, a la compulsión, a la fantasía; proyectamos deseo y nos lo proyectan. Ser parte de una minoría sexual implica, de forma profunda, que también dependemos de la proyección de los espacios públicos y privados, de las sanciones legales que nos protegen de la violencia, de las garantías institucionales de varios tipos contra la agresión no deseada que se nos impone y de los actos violentos que a veces sufrimos. En este sentido, nuestras propias vidas y la persistencia de nuestro deseo dependen de que hayan normas de reconocimiento que produzcan y sostengan nuestra viabilidad como humanos. Así pues, cuando hablamos de derechos sexuales no estamos simplemente hablando de derechos relacionados con nuestros deseos individuales, sino de las normas de las que depende nuestra propia individualidad. Esto significa que el discurso de los derechos afirma nuestra dependencia, nuestro modo de ser en las manos de los otros, el modo de ser con otros y para otros sin los cuales no podemos ser²⁴.

Ergo, los derechos sexuales que se encuentran en la esfera jurídica de la población LGBT están vinculados a la protección que el Estado, como detentor del poder regulador, debe brindar a dichas personas que están expuestas a sufrir actos de violencia. No obstante,

²³ Paola Carvajal Muñoz, “El reconocimiento de derechos a la comunidad LGBTI”. (Colombia: Revista Jurídicas CUC 9 (1), (2013): 123-141). Accesado el 13 de agosto de 2017 de: http://revistascientificas.cuc.edu.co/index.php/juridicascuc/article/viewFile/443/pdf_29, 129-130.

²⁴ Judith Butler, *Deshacer el género*. (Barcelona: Paidós, 1 ed., 2006), 57-58.

es común que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans no sean consideradas dentro de la categoría de *humanos*, debido a que rompen con el antes mencionado sistema binario.

En este sentido, debe traerse a colación el análisis hecho por Butler acerca del pensamiento de Foucault, quien expone sobre la sujeción y la regulación a las que se encuentran sometidos los seres humanos:

1) el poder regulador no sólo actúa sobre un sujeto preexistente, sino que también labra y forma al sujeto; además, cada forma jurídica de poder tiene su efecto productivo; y 2) estar sujeto a un reglamento es también estar subjetivado por él, es decir, devenir como sujeto precisamente a través de la reglamentación. Este segundo punto se desprende del primero en la medida en que los discursos reguladores que forman al sujeto del género son precisamente aquellos que requieren e inducen al sujeto en cuestión²⁵.

Por tanto, las normas emitidas por el Estado e impuestas a la sociedad determinan en gran medida el tipo de sociedad que se va a desarrollar; siendo que lo mismo sucede con las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans. En este caso, siguiendo la línea que Butler le atribuye a Foucault, las personas LGBT están sometidas a una regulación estatal, la cual está diseñada acorde con las ideas propulsadas por los sistemas de dominación social.

De forma que la población LGBT ha sido víctima de la conjugación de ideales que imponen diversos sistemas de dominación social como lo son el patriarcalismo, el heteronormativismo y el cisnormativismo. El *patriarcalismo* es entendido como “(...) un sistema político que institucionaliza la superioridad sexista de los varones sobre las mujeres, constituyendo así aquella estructura que opera como mecanismo de dominación ejercido sobre ellas, basándose en una fundamentación biologicista²⁶”. Esta figura implica una diferenciación considerada como natural y normal entre hombres y mujeres, lo que da paso a una idea de superioridad de los primeros sobre las segundas.

²⁵ Judith Butler, *Deshacer el género*. (Barcelona: Paidós, 1 ed., 2006), 68.

²⁶ Lucrecia Vacca, *Una Crítica Feminista al Derecho a partir de la Noción de Biopoder de Foucault*. (Páginas de Filosofía, Año XIII, no. 16, 2012), 60.

Por su parte, el *heteronormativismo* implica un “sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, conforme al cual dichas relaciones son consideradas como normales, naturales e ideales y son preferidas sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género²⁷”. Este sistema de dominación se compone de un conjunto de reglas jurídicas, sociales y culturales que imponen la obligación de actuar acorde con las mismas²⁸.

Sobre este aspecto, cabe mencionar que para determinar si efectivamente el heteronormativismo está causando un trato diferenciado carente de discriminación, es posible utilizar el *test but for* o *test de sustitución*, que posee origen anglosajón. Dentro de la tutela discriminatoria, este test se ha utilizado realizando una comparación de una situación dada con el trato estándar, con el propósito de determinar si existe, o no, algún tipo de discriminación²⁹. En el caso del heteronormativismo, la aplicación del mencionado test consistiría en comparar el trato recibido por una pareja homosexual y compararlo con el trato estándar, que en este caso sería el trato recibido por las parejas heterosexuales, siendo que en caso de que se produzca una diferencia de trato, se estaría frente a un acto discriminatorio.

Dicho lo anterior, se tiene que, para la heteronormatividad, únicamente las relaciones sexuales heterosexuales son consideradas normales, por lo que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, como es el caso de la homosexualidad, son condenadas. Al respecto, Bento dispone que:

Por heteronormatividade entende-se a capacidade da heterossexualidade apresentar-se como norma, a lei que régua e determina a impossibilidade de vida fora dos seus marcos. É um lugar que designa a base de inteligibilidade cultural através da qual se naturaliza corpos/gêneros/desejos e definirá o modelo hegemônico de inteligibilidade de gênero, no qual supõe que para o corpo ter coerência e sentido deve haver um sexo estável expresso mediante o gênero estável (masculino expressa homem, feminino expressa mulher)³⁰.

²⁷ Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 32.

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. (2015), 40-41.

²⁹ José Fernando Lousada Arochena et al., *Curso de Igualdad y Diversidad en las Relaciones Laborales*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018), 71.

³⁰ “Por heteronormatividade se entiende la capacidad de la heterosexualidad de presentarse como norma, la ley que regula y determina la imposibilidad de vida fuera de sus marcos. Es un lugar que designa la base de inteligibilidad cultural a través de la cual se naturalizan cuerpos/géneros/deseos y definirá el modelo

En otras palabras, la heteronormatividad va a regular lo que es válido para la sociedad, y todo lo que no logra compenetrarse con sus posturas es declarado como imposible y, en muchos casos, como prohibido. Este sistema de dominación se impone desde que se sabe que un ser humano está en el vientre de su madre, pues a partir de ese momento una serie de expectativas y estereotipos se ciernen sobre el feto, quien tiene que mantenerse dentro del orden establecido para lograr *calzar* en la sociedad.

Mientras que el *cisnormativismo* hace referencia a la “idea o expectativa de acuerdo a la cual todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres³¹”. En otras palabras, según este sistema de dominación, las personas deben aceptar el género de acuerdo con su sexo biológico. El género, según dicho sistema, es una especie de reflejo del sexo, por lo que ambas categorías tienen un vínculo inescindible.

Uno de los problemas que sufre la comunidad LGBT es que los mencionados sistemas de dominación, a los cuales no se acoplan, son propagados por los diversos agentes socializadores, como lo son, por ejemplo, el Estado, la Iglesia, la familia y los medios de comunicación. Por lo que, tal como lo menciona Caravaca, “Desde seu nascimento esses aparelhos converteram-se em estruturas de socialização de informações que iriam contribuir com a identificação e reprodução dos modelos culturais patriarcais, institucionalmente estabelecidos³²”.

Los mencionados sistemas de dominación social han inducido a la propagación de una serie de *fobias* en contra de la población LGBTI. En este sentido, se define la homofobia

hegemónico de inteligibilidad de género, en el cual se supone que para que el cuerpo tenga coherencia y sentido debe haber un sexo estable expreso mediante el género estable (masculino expresa hombre, femenino expresa mujer)”. Berenice Bento, *O que é transexualidade*. (São Paulo: Brasiliense, 1 ed., 2008), 51.

³¹ Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 32.

³² “Desde su nacimiento esos aparatos se convierten en estructuras de socialización de informaciones que irán contribuyendo con la identificación y reproducción de los modelos culturales patriarcales, institucionalmente establecidos”. Jaime Caravaca Morera. “*Histórias de vida e representações sociais de sexo, corpo, gênero e sexualidade entre transexuais do Brasil, Canadá e Costa Rica*”. (Tesis de Doctorado., Universidade Federal de Santa Catarina, 2016), 49.

como el temor, odio, o exclusión irracional hacia los gays; de la misma manera surge el concepto de bifobia cuando dichas actitudes se dirigen hacia las personas bisexuales³³.

En el caso de las lesbianas surge el fenómeno de la lesbofobia, el cual conlleva su exclusión, siendo que sus relaciones íntimas en muchos casos son aceptadas únicamente para satisfacer fantasías heterosexuales de los hombres³⁴. Por su parte, la transfobia hace referencia a los comportamientos de rechazo hacia las personas que se identifican con el género opuesto a su sexo biológico³⁵. Dichas fobias han sido recogidas por la expresión ***Homo-Lesbi-Bi-Trans-Inter fobia***, que ha sido utilizada por expertos de la materia con el propósito de identificar los diversos comportamientos de discriminación, exclusión y rechazo hacia la población objeto de esta investigación académica³⁶.

Sobre dicho aspecto, se tiene que desde finales del siglo XVII existe un sesgo relativo a las cuestiones de la sexualidad³⁷; siendo que el mutismo y la censura a las expresiones sexuales comenzaron a darse aproximadamente en ese momento, por lo que desde esa época se ha hecho necesario derribar los tabús que se han construido alrededor del tema y que hoy en día vienen a socavar los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans.

Aunado a la existencia de las mencionadas fobias, durante mucho tiempo se consideró a los miembros de la población LGBT como enfermos, debido a que la homosexualidad, y todo lo que se considerara una desviación de lo *natural*, formaba parte de la lista de ***enfermedades mentales*** de la Organización Mundial de la Salud. Sin embargo, la homosexualidad no puede considerarse como una patología, sino que ésta es simplemente una “variación natural de la sexualidad humana sin ningún efecto intrínsecamente dañino

³³ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 11.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Asociación Empresarial para el Desarrollo, *Caja de Herramientas para la integración de las personas en los espacios laborales*. (San José, 2016), 15.

³⁷ Michel Foucault, *Historia de la sexualidad: 1. La voluntad del saber*. (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2 ed., 6 reimpresión., 2014), 11-12.

para la salud de la persona o la de sus allegados³⁸”. Por lo tanto, las prácticas de *reconversión* que se realizan con el fin de *curar* la homosexualidad carecen por completo de sustento científico y de una justificación racional.

Es debido a esto que uno de los mayores avances que se ha tenido a favor de las personas LGBT se produjo el 17 de mayo del año 1990, cuando la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud eliminó a la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales³⁹. Incluso en la actualidad dicha fecha es de suma importancia y le ha merecido su conocimiento como el ***Día Internacional contra la Homofobia y la Transfobia***.

No obstante lo anterior, no puede obviarse el hecho de que en muchos países se ha concebido la homosexualidad como ***delito***, siendo que en muchos casos es producto de un legado colonial⁴⁰. Actualmente, en al menos 76 países del orbe existen leyes en las que se tipifican las relaciones sexuales consentidas entre personas adultas del mismo sexo; incluso en este momento en Irán, Mauritania, Arabia Saudita, Sudán y Yemen se aplica la pena de muerte, utilizando como justificación la protección de la salud y el bienestar público⁴¹. Sin embargo, la existencia de delitos por razones de orientación sexual e identidad de género constituye una intervención arbitraria e irracional en la vida privada de las personas, así como la vulneración de otros derechos humanos.

Debe señalarse que no siempre ese tipo de normas penales disponen de forma expresa la tipificación de la homosexualidad y afines, sino que las mismas son aplicadas bajo las causales de *actos pervertidos*, *delitos contra la moral*, o *delitos contra el orden natural*⁴². Dichas normas, además de contener en sí mismas un enorme nivel de indeterminación, pueden conllevar a la propulsión de odio en la sociedad civil hacia las personas

³⁸ Organización Panamericana de la Salud, “*Curas*” para una Enfermedad que no Existe: Las supuestas terapias de cambio de orientación sexual carecen de justificación médica y son éticamente inaceptables.

³⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Nacidos libres e iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*. (Ginebra, 2012), 4.

⁴⁰ Organización de las Naciones Unidas, Ficha de datos: *Tipificación penal*.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

homosexuales, lo que termina generando un mayor nivel de discriminación en contra de éstas y, por ende, una vulneración de sus derechos⁴³.

En este sentido, una de las principales ventajas que poseen los grupos que ostentan el poder de un Estado es la de *controlar* a quienes residen dentro del territorio en el que ejercen su voluntad. Por lo que para enfrentarse a las ideas sobre la sexualidad que vienen arrastrándose desde varios siglos atrás, resulta imperativo que los grupos de poder tengan, al menos, cierta apertura sobre el tema.

Al respecto, los mencionados grupos de poder deben tomar en consideración lo dicho por Butler, quien ha sostenido que “Lo más importante es cesar de legislar para todas estas vidas lo que es habitable sólo para algunos y, de forma similar, abstenerse de proscribir para todas las vidas lo que es invivible para algunos. Las diferencias en la posición y el deseo marcan los límites de la universalidad como un reflejo ético⁴⁴”.

En el caso de Costa Rica, dicha apertura se ha podido observar a cuenta gotas debido a que gran porcentaje de la población vive bajo las reglas del cristianismo; por lo que las cuestiones relativas a la sexualidad y lo atinente a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans suelen generar gran controversia. Ejemplo de ello se encuentra en el hecho de que el 9 enero del año 2018, en el contexto de las elecciones presidenciales de Costa Rica, y luego de recibir dicho Estado la notificación, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Opinión Consultiva OC-24/17 sobre algunos derechos de la población LGBTI, se dio inicio a un debate a nivel nacional sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex.

Dicho debate, que ha perdurado en el tiempo, ha evidenciado la división existente en la sociedad costarricense, pues existen grupos que propugnan por la igualdad de la población LGBT en todos los ámbitos, otros que consideran que dicha comunidad de personas sólo merece una serie de derechos específicos, mientras que otros grupos tienen una posición más

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Judith Butler, *Deshacer el género*. (Barcelona: Paidós, 1 ed., 2006), 23.

conservadora, la cual busca defender los valores de la familia tradicional y, de esa manera, limitar la expansión de declaraciones de derechos a favor de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans.

Sin embargo, cabe señalar que durante la administración Solís Rivera, que estuvo en el poder entre los años 2014-2018, y en los primeros meses de la administración Quesada Alvarado, que está al frente del Poder Ejecutivo entre los años 2018-2022, se han realizado importantes acciones tendentes a tutelar los derechos humanos de las personas LGBT, las cuales también han abierto espacios de diálogo en la palestra nacional sobre dicho tema.

Resulta claro que mantener la línea de la censura y del silencio respecto al sexo o, en este caso, a la población que conforma la denominada comunidad LGBT, no es viable. Esto se reafirma al tomar en cuenta que la sociedad está evolucionando a pasos agigantados y el Derecho, como muchas otras ramas, tiene que adaptarse, pues quedarse estancado resulta nefasto para una parte importante de la población, como lo son las personas LGBT.

Ejemplo de esto se encuentra en las violaciones a diversos derechos humanos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró en los casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *Duque vs. Colombia* y *Flor Freire vs. Ecuador*⁴⁵, dentro de las que se encuentran la vulneración de los principios de igualdad, de no discriminación, de dignidad humana, de seguridad social, entre otras. De modo que la Corte determinó que, en los mencionados casos, los Estados produjeron o toleraron violaciones a derechos fundamentales en contra de la población LGBT y, a partir de eso, ha dado paso a una línea jurisprudencial en la cual se han creado estándares que permiten proteger de forma más especializada a dicha población que se encuentra en estado de vulnerabilidad.

Lo anterior demuestra la necesidad latente de regular, formal, racional y objetivamente, fenómenos que se viven día a día en la actualidad, porque, de no hacerlo, se vulnerabilizaría aún más a un grupo de personas, como lo es la población LGBT, a quienes se les dejaría en un estado de desprotección frente a una parte de la sociedad cegada, en

⁴⁵ Un análisis sobre estos casos se realizará en la sección b) del capítulo I de esta investigación.

muchos casos, por preceptos religiosos que no hacen más que violentar sus derechos humanos.

De lo expuesto, se ha apreciado que los derechos humanos de las personas LGBT se han visto vulnerados debido a la proliferación de actos contrarios a su dignidad humana, los cuales surgen a partir de factores sociales y estructurales que insertan en las conciencias de los individuos parámetros considerados como naturales o normales, cuando en realidad no son más que una construcción social. Dichos parámetros sirven para justificar la utilización de acepciones como *inhumano* o *anormal* para todo aquello que no se subsuma dentro de lo que socialmente se ha considerado como *correcto*, siendo que la comunidad LGBT suele ser vinculada a dichas acepciones.

Ergo, el perpetuar estereotipos o prejuicios que consideran a los miembros de la población LGBT como *inhumanos* o *anormales*, y actuar conforme esa concepción, pone en riesgo derechos humanos que forman parte de las esferas jurídicas de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, como lo son, por ejemplo, el derecho a la vida privada, la dignidad humana y la autonomía personal; y, a su vez, se afecta la manera en la que las personas LGBT se perciben a sí mismas⁴⁶.

Dicha cuestión es de gran relevancia debido a que conlleva a que deba ampliarse la categoría de *seres humanos* para que abarque a todas las personas por igual, de lo contrario se estarían socavando derechos a poblaciones vulnerables o vulnerabilizadas. Al respecto, Butler sostiene que:

Una de las tareas principales de los derechos internacionales de gays y lesbianas es afirmar en términos claros y públicos la realidad de la homosexualidad, no como una verdad interna ni como una práctica sexual sino como uno de los rasgos definitorios de la inteligibilidad del mundo social. Dicho en otras palabras, una cosa es afirmar la realidad de las vidas lesbianas y gays como realidad e insistir en que dichas vidas merecen ser protegidas en su especificidad y por el hecho de ser frecuentes y otra cosa es insistir en que la misma afirmación pública de la homosexualidad pone en tela de juicio lo

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 85.

que se considera como una realidad y lo que se considera como una vida humana. Efectivamente, **la tarea de la política internacional de gays y lesbianas es nada menos que rehacer la realidad, reconstituir lo humano y negociar los términos de lo que se considera habitable y lo que no.** ¿Cuál es la injusticia a la que se enfrenta este tipo de labor? Se podría enunciar así: ser llamado irreal y, de alguna manera, institucionalizar este término como una forma de tratamiento diferencial es convertirse en el otro contra quien (o contra el cual) se hace lo humano. Es lo inhumano, lo que está más allá de lo humano, lo que es menos que humano, la frontera que afianza a lo humano en su ostensible realidad. Ser llamado una copia, ser llamado irreal, es una forma de opresión, aunque hay algo más fundamental. Ser oprimido implica algún tipo de existencia previa como sujeto, que se está allí como el otro visible y oprimido por el sujeto amo, como un sujeto posible o potencial, pero ser irreal es, repito, otra cosa. Para ser oprimido se debe ser, en primer lugar, inteligible. Darse cuenta de que se es fundamentalmente ininteligible (que incluso las leyes de la cultura y del lenguaje te estimen como una imposibilidad) es darse cuenta de que todavía no se ha logrado el acceso a la humano, sorprenderse a uno mismo hablando solo y siempre *como si fuera humano*, pero con la sensación de que no se es humano; darse cuenta de que el lenguaje de uno está vacío, que no te llega ningún reconocimiento porque las normas por las cuales se concede el reconocimiento no están a tu favor⁴⁷. (El resaltado no es del original).

En palabras de Butler, se debe luchar por lograr el reconocimiento social de las personas LGBT para que inexorablemente formen parte de la categoría de *seres humanos*, debido a que en la actualidad los miembros de dicha comunidad carecen, en muchos casos, de ese reconocimiento. Dicha situación pone en una difícil posición a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, debido a que las situaciones a las que se enfrentan, en no pocas oportunidades, hacen que su vida sea insoportable y que sufran vulneraciones los principios de igualdad y de no discriminación.

Los mencionados ***principios de igualdad y de no discriminación*** hacen referencia a que todas las personas “(...) tienen derecho al goce de sus derechos humanos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole,

⁴⁷ Judith Butler, *Deshacer el género*. (Barcelona: Paidós, 1 ed., 2006), 52-53.

origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición por medio de la creación de categorizaciones carentes de fundamento racional (...)»⁴⁸.

Más adelante, se profundizará sobre los mismos, pero los mencionados principios prohíben la realización de diferenciaciones entre personas que se encuentran en situaciones jurídicas iguales, que tengan como propósito, o por resultado, anular o menoscabar el goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones, sobre la base de causas que no les son imputables, como lo son la raza o la religión. No obstante, es posible realizar actos diferenciados sin que se violenten dichos principios cuando exista una justificación objetiva y razonable.

Ahora bien, la vulneración de los principios de igualdad y de no discriminación en detrimento de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica se da en la mayoría de los ámbitos de su vida, como lo son, por ejemplo, los espacios familiares, los relativos a la salud y, por supuesto, en lo que concierne al Derecho del Trabajo, cuestión de suma relevancia para el desarrollo de esta investigación.

Sobre este tema, se tiene que el ***Derecho Laboral***, también llamado Derecho del Trabajo, ha sido identificado como una rama del ordenamiento jurídico, específicamente la social, que tiene por objeto la regulación de la prestación de servicios por parte del trabajador, por cuenta ajena, a un empleador respecto del cual se encuentra en un estado de subordinación, y que recibe un salario que funge como contraprestación por el servicio brindado⁴⁹. Dentro de los aspectos regulados por esa rama del Derecho se encuentran, por mencionar algunos, la remuneración, el contrato de trabajo, el tiempo de trabajo, las vacaciones, las relaciones colectivas y las prestaciones.

Dentro del Sistema de las Naciones Unidas, la ***Organización Internacional del Trabajo*** es el organismo encargado de regular todo lo concerniente al trabajo por medio de

⁴⁸ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Carta de fecha 18 de diciembre de 2008 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Representantes Permanentes de la Argentina, el Brasil, Croacia, Francia, el Gabón, el Japón, Noruega y los Países Bajos ante las Naciones Unidas*. (2008), 3.

⁴⁹ María José López Álvarez et al., *Manual de Derecho del Trabajo* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 15.

la normativa internacional del trabajo. En ella, actualmente, se encuentran reunidos representantes gubernamentales, empresariales y de trabajadores de 187 Estados, los cuales forman parte del engranaje de una estructura que tiene como principales propósitos “establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres⁵⁰”.

En el caso de Costa Rica, en la propia Constitución Política existe, en el apartado atinente a las garantías sociales, la protección a ciertos derechos laborales, como lo son el trabajo decente, el salario mínimo, la jornada laboral, al descanso semanal, las vacaciones, la huelga respecto a los trabajadores y el paro en relación con los patronos, la seguridad social, la sindicación, entre otros. Además, en Costa Rica existen gran cantidad de normas jurídicas de diversos rangos que buscan tutelar lo relativo al derecho laboral.

La importancia de dicha rama del Derecho es vital, sobre todo si se toma en consideración no sólo que el ejercicio del derecho al trabajo permite que se puedan ejercitar otros derechos humanos como el derecho a la vivienda o a la salud, por mencionar algunos, al ser estos interdependientes, sino también que las personas que forman parte de la fuerza laboral de un país suelen invertir una importante cantidad de tiempo en sus lugares de trabajo. Ergo, resulta menester que las normas relativas al Derecho Laboral sean eficaces, así como que éstas se cumplan en atención a los principios de igualdad y de no discriminación.

Con base en lo anterior, surge la inquietud de que en Costa Rica existe un irrespeto constante a los principios de igualdad y de no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus relaciones laborales, los cuales no reciben observancia espontánea ni tutela judicial inmediata. Dicha inquietud surge a raíz de los múltiples actos de discriminación motivados en la orientación sexual y la identidad de género de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica, en los diversos ámbitos de sus vidas.

⁵⁰ Organización Internacional del Trabajo. Accesado el 17 de agosto de 2017 de: <http://www.oit.org/global/about-the-ilo/lang--es/index.htm>.

Una de las mayores preocupaciones al respecto está relacionada con el hecho de que los actos discriminatorios que sufren las personas LGBT, por motivos de su orientación sexual o su identidad de género, en no pocas oportunidades desembocan en la imposibilidad para dicha población de acceder al mercado formal laboral; lo que tiene efectos negativos sobre otros derechos humanos que poseen, como lo son, por mencionar algunos, el derecho a la salud y el derecho a la vivienda digna.

Debe considerarse que, si bien es cierto que se han creado instrumentos normativos en favor de la tutela de los derechos humanos de las personas LGBT en el ámbito laboral, no puede obviarse que muchas veces deparan consecuencias que se expresan como una reacción opuesta por parte de los detractores de dichas normas; lo que genera una órbita de peligro y tensión para los miembros de dicha población vulnerable. Por lo que resulta necesario que los Estados protejan dichos derechos, y que procedan a “explicar al público en general por qué es necesario actuar y de velar por que se adoptan las medidas necesarias para prevenir la violencia y responder con rapidez y eficacia cuando ella ocurra⁵¹”.

La premisa investigativa que se pretende demostrar a lo largo de la presente investigación académica es que la inobservancia de los principios de igualdad y de no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus relaciones laborales, obedece, entre otras causas, a la falta de información que existe en los diversos actores sociales respecto a los derechos de dicha población, consagrados en sus esferas jurídicas.

Para demostrar la validez de la hipótesis planteada, esta investigación tiene por objetivo general analizar la experiencia laboral de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica, a la luz de los principios de igualdad y de no discriminación. Mientras que los objetivos específicos son: (i) examinar los principios de igualdad y de no discriminación contemplados en diversos instrumentos normativos; (ii) sistematizar el marco normativo internacional y nacional que tutela los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en materia laboral; (iii) evidenciar la experiencia laboral de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica; y (iv) establecer los principales avances y

⁵¹ Organización de las Naciones Unidas, *Ficha de datos: Violencia homofóbica y transfóbica*, 2.

desafíos que existen respecto a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en el ámbito laboral costarricense.

Para ello, se utilizaron diversos métodos investigativos, según las características definitorias de los mismos y las facilidades que brindan. Para cumplir con el objetivo relativo al examen de los principios de igualdad y de no discriminación, contemplados en diversos instrumentos normativos, se realizó una investigación documental, histórica y normativa, que incluyó el análisis de reconocidos doctrinarios del ámbito del Derecho Laboral. Mientras que para la sistematización del marco normativo internacional y nacional que tutela los derechos de las personas LGBT en materia laboral, se utilizó, sobre todo, el método sistemático. Esto por cuanto, al realizar dicha sistematización, se estableció la base normativa que contempla una serie de derechos y obligaciones que conforman la esfera jurídica de las personas LGBT; siendo que existen normas que derivan de otras que están ubicadas en una posición de jerarquía y respecto de las cuales surge una relación de armonía.

Por otra parte, se utilizaron los métodos inductivo, deductivo y analítico para la consecución de los objetivos relativos a la determinación de la experiencia laboral de las personas LGBT en Costa Rica, así como los principales avances y desafíos de la materia. Además, entre las herramientas metodológicas empleadas, se encuentran los resultados obtenidos de un trabajo de campo, consistente en una serie de entrevistas realizadas a diversos actores sociales para conocer su percepción sobre los derechos laborales de las personas LGBT. Esto permitió obtener información acerca de las posibles causas del irrespeto de los principios de igualdad y de no discriminación de la población LGBT en las relaciones laborales de Costa Rica. Asimismo, se hizo uso de datos estadísticos relativos a la materia, los cuales fueron desarrollados por diversos organismos internacionales y nacionales, como lo es, por citar alguno, la Organización Internacional del Trabajo.

A partir de todo lo anterior, el desarrollo de la investigación se estructuró en dos capítulos, los cuales se subdividen, a su vez, en dos secciones. En el capítulo I se estudian los principios de igualdad y de no discriminación debido al papel fundamental que juegan

respecto a los derechos humanos, así como el marco normativo internacional y nacional que tutelan los derechos de las personas LGBT en materia laboral.

Por otro lado, en el capítulo II se aborda el estado actual de los derechos laborales de las personas LGBT en Costa Rica; siendo que, en su sección a) se analiza la percepción que posee la sociedad costarricense sobre las personas LGBT y sus derechos entre los años 1999 y 2018. Mientras que en la sección b) se identifica la realidad que experimentan las personas LGBT en sus relaciones laborales en Costa Rica desde la etapa precontractual, pasando por el desarrollo de las relaciones laborales y culminando con la terminación de las mismas. Finalmente, se estudian los principales avances y desafíos existentes respecto a los derechos laborales de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica.

Capítulo I. Conceptualización y generalidades de los principios de igualdad y de no discriminación y principales normas jurídicas internacionales y nacionales que tutelan los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en materia laboral

El capítulo I de este ejercicio académico tiene como principal propósito llevar a cabo un estudio pormenorizado acerca de los principios de igualdad y de no discriminación sobre los que descansa el sistema de protección de los derechos humanos; así como de los principales instrumentos normativos que tutelan los derechos laborales de las personas LGBT en Costa Rica. Una vez realizado este análisis se podrá contar con las herramientas necesarias para examinar la experiencia laboral de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica a la luz de los mencionados principios de igualdad y de no discriminación.

Sección a. Los principios de igualdad y de no discriminación: aproximación histórica, conceptualización y aplicación en el ámbito laboral

En la sección a) de esta labor investigativa se abordará lo relativo al principio de igualdad, incluida su evolución histórica, su conceptualización, así como su aplicación en el ámbito laboral. Una vez realizado lo anterior, se podrá abordar con mayor claridad lo relativo al principio de no discriminación, el cual en la actualidad posee un carácter autónomo, sin perder por ello la estrecha vinculación que posee con el principio de igualdad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en la Opinión Consultiva 24/17 acerca de los principios de igualdad y de no discriminación. La Corte IDH sostiene que el principio de igualdad está vinculado estrechamente con la naturaleza del género humano y de la dignidad humana, por lo cual establece que es “incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación⁵²”.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 61.

La propia Corte IDH ha declarado en varias ocasiones que los principios de igualdad y de no discriminación constituyen, en la actualidad, normas del denominado *ius cogens*⁵³, sobre las que “descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico⁵⁴”. Lo que implica que ambos principios deben ser respetados por los instrumentos normativos preexistentes, actuales y futuros, así como por otras formas de actuación estatal, y por las acciones u omisiones de particulares.

No obstante lo anterior, no puede dejarse de lado que la consolidación del principio de igualdad no tiene una uniformidad a nivel global debido a que las diversas nociones de dicho principio están vinculadas a aspectos sociales, culturales, políticos, económicos e históricos, por mencionar algunos. Por lo que el significado del principio de igualdad puede variar de un sistema normativo a otro, debido a que depende, en gran medida, del contexto.

a. Aproximación histórica del principio de igualdad

El principio de igualdad ha vivido una evolución que ha ocasionado que posea diversas manifestaciones que han sido recogidas bajo la denominación *triada de la igualdad*. Sin embargo, para llegar a las vertientes que comprenden dicha triada, y que se han consolidado en los últimos siglos, sobre todo después de la revolución francesa, es necesario tomar en consideración algunas cuestiones fundamentales.

Por ejemplo, el filósofo Aristóteles, al hablar de justicia, alrededor de los años 300 a. C., lo hacía en relación con la igualdad. Dicho filósofo sostiene que “justicia significa igualdad; pero no tratamiento igual de todos los hombres y de todos los hechos, sino aplicación de una medida en que difieren los hombres y los hechos; habrá, pues, no una igualdad de tratamiento absoluta, sino proporcional⁵⁵”. Por lo que, en ese momento, para

⁵³ La definición del *ius cogens*, también conocido como normas imperativas del derecho internacional, se encuentra en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969, específicamente en su artículo 53, el cual la define como: “(...) una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 61.

⁵⁵ Pedro Enrique Haba Müller, *Axiología Jurídica Fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico*. (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 3 ed., 2016), 27.

Aristóteles, ese tipo de justicia, conocida como distributiva, buscaba la igualdad proporcional de trato que se les da a diversas personas. Es decir, para él no puede tratarse de igual forma a quienes se encuentran en situaciones diferentes.

Lo anterior coincide con una de las primeras manifestaciones de la igualdad, donde la misma no significa “identidad de trato a todos, sino únicamente para los que tenían similares características; y diferente trato para aquellos que tienen distinciones debidamente reconocidas por el derecho; a estos últimos se les dará trato distinto⁵⁶”.

El camino evolutivo del principio de igualdad continúa con su positivización en instrumentos jurídicos. Esto significa que el Derecho detectó que en la práctica existía un problema de desigualdad que obligaba a establecer normas con el fin de contrarrestar la situación imperante.

La positivización del principio de igualdad se dio con la ***Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano***, esgrimida en Francia en el año 1789, de cara a la revolución francesa que se produjo en el mismo año, y en la que se establecieron como los tres pilares fundamentales la igualdad, la libertad y la fraternidad. Cabe señalar que la adopción de dicho instrumento normativo se dio con el propósito de interponer un freno al régimen monárquico imperante en ese momento, pues existían marcadas desigualdades, las cuales se veían beneficiadas por el sistema feudal imperante de la época.

El mencionado instrumento normativo dispone en su numeral 1 que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común⁵⁷”. Esto hizo que el principio de igualdad que se había estado forjando a lo largo de los años pasara a formar parte del derecho positivo, con el propósito de consagrarlo y, de esa manera, intentar garantizar su respeto.

⁵⁶ Hugo Manuel González Alarcón, “Análisis del Principio de Igualdad ante la Doctrina y la Jurisprudencia Comparada”. Revista Jurídica Online. Accesado el 26 de marzo de 2018 de: http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/87_a_122_analisis.pdf, 88.

⁵⁷ Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, artículo 1.

Sobre este aspecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha coincidido al afirmar que:

Igualdad en la ley supone que todos debemos estar sometidos razonablemente a los mismos estándares y disfrutar los mismos mecanismos jurídicos que permitan hacerlo valer, **responde a una exigencia del principio de generalidad frente a los privilegios, que precisamente empezaron a combatirse desde la revolución francesa, en cuanto exigía un trato igual o similar para todos quienes se encontraran en un mismo supuesto de hecho o en situaciones cuyas diferencias reales carecen de relevancia**⁵⁸. (El resaltado no es del original).

Según lo menciona Otero, la primera época de positivización del principio de igualdad, referente a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, responde a dos de los sentidos que conforman la denominada triada del principio de igualdad. Por una parte, se tiene la *(i) igualdad en la ley*, la cual tiene el objetivo de acabar con los beneficios y privilegios que disfrutaba un grupo de personas en el sistema feudal⁵⁹ mediante la exigencia de que “la ley enuncie en términos de generalidad e impersonalidad los supuestos de hecho que regula⁶⁰”.

Además, el principio de igualdad también conlleva a lo que se conoce como *(ii) igualdad en la aplicación de la ley*, lo que viene a significar que se da una exigencia para que la ley se aplique de igual manera a todas aquellas personas que están en la misma situación, a menos que la propia norma establezca casos de excepción⁶¹. De modo que con la emisión de constituciones políticas en diversos países se comenzó a contemplar estas nociones del principio de igualdad.

⁵⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2015-146 de las once horas y dos minutos del siete de enero del año 2015.

⁵⁹ Laura Otero Norza, “*La igualdad y no discriminación de género y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento internacional y europeo*”. (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2011), 12.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem., 13.

Otra influencia normativa sobre la conformación del principio de igualdad se presenta en la enmienda XIV de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, que se produjo en el año 1868 y en la que se estableció que:

Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos⁶².

A partir de dicho instrumento normativo, el principio de igualdad pasó a comprender también lo que se ha entendido como la *(iii) igualdad ante la ley*. Dicha acepción del principio en estudio contiene un “mandato dirigido al legislador de no establecer, al delimitar el ámbito de aplicación de las normas, diferenciaciones, distinciones o preferencias injustificadas o arbitrarias⁶³”.

Posteriormente, tras el estallido de la Segunda Guerra Mundial y de la mano con la emisión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la noción de igualdad comenzó a vincularse con la de no discriminación, debido a que se percibe la necesidad de crear una tutela jurídica mayor a favor de grupos que están viendo vulneradas de forma incisiva sus esferas jurídicas y personales como consecuencia de su credo o religión, raza, o nacionalidad, por mencionar algunos. Sobre esta cuestión se ahondará posteriormente pues de seguido se analizará la conceptualización que tiene en la actualidad el principio de

⁶² “Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América”. Biblioteca de la Libertad. Accesado el 26 de marzo de 2018 de: <http://biblioteca.libertyfund.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>.

⁶³ Fernando Valdés Dal Ré. “Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral”. Confederación Sindical Unión General de Trabajadores de España. Accesado el 26 de marzo de 2018 de: http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia%20de%20Fernando%20Valdes.pdf, 3.

igualdad sobre la base de la triada de la igualdad antes descrita.

b. Conceptualización actual del principio de igualdad

El principio de igualdad en la actualidad parte de la triada antes estudiada, y es entendido como “un principio informador de toda regulación jurídica y de toda actuación de los poderes públicos y permite el control constitucional de toda la acción de los poderes públicos, en particular de la acción legislativa, y de las diferencias normativas creadas o establecidas en las leyes⁶⁴”.

En el caso de Costa Rica, la *Constitución Política* establece, en su artículo 33, la defensa del principio de igualdad, de la mano con el principio de no discriminación al determinar que “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana⁶⁵”. Por lo que todo el ordenamiento jurídico costarricense se ve influenciado por lo dispuesto en este precepto constitucional, debido a que es uno de los pilares del sistema democrático del país.

En Costa Rica, un primer acercamiento al contenido del principio de igualdad fue dado por la Sala Constitucional en el año 1992 al determinar que, mediante dicho principio:

(...) se prohíbe hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales, se acuerda, en principio, un trato igual a situaciones iguales y se posibilita un trato diferente a situaciones y categorías personales diferentes. Pero la exigencia de igualdad no legitima cualquier desigualdad para autorizar un trato diferenciado, para determinar si realmente se justifica una discriminación, hay que analizar si el motivo que la produce es razonable, es decir, si atendiendo a las circunstancias particulares del caso se justifica un tratamiento diverso⁶⁶.

⁶⁴ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Nuevas Dimensiones de la Igualdad: No Discriminación y Acción Positiva”. (Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, No. 44, 2001: 219-242), 220.

⁶⁵ Constitución Política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949, artículo 33.

⁶⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1372 de las catorce horas y cincuenta minutos del veintiséis de mayo del año 1992.

En otras palabras, la Sala Constitucional reconoce que el principio de igualdad conlleva a garantizar una igualdad de trato cuando las situaciones son iguales, pero, a su vez, a tener en cuenta que existen personas que se encuentran en circunstancias distintas, lo que permite brindar un trato diferenciado, siempre que se cumplan ciertos requisitos que se abordaran más adelante.

Dicha tesis de la Sala Constitucional es retomada por Risso, quien afirma que la igualdad viene a comprenderse en los siguientes aspectos:

(...) a) en la prohibición de fueros y leyes especiales (excepto, claro está, las excepciones constitucionales), y b) en una igual protección por las leyes. Este es el principio general: todos los individuos deben recibir el mismo tratamiento y protección en el goce de los derechos. El principio general es la igualdad y toda diferenciación será de excepción y por ende de interpretación estricta, y requerirá una justificación apropiada, como en toda limitación de un derecho humano⁶⁷.

De conformidad con lo expuesto por Risso, el principio de igualdad requiere de algunos elementos para poder ser ejercido, entre ellos, como se acaba de mencionar, el hecho de que se debe velar por producir un tratamiento idéntico entre todas las personas, pero respetando que existen situaciones que permiten exceptuar dicho tratamiento igualitario.

Cabe señalar que cuando se habla del principio de igualdad se está frente a una esfera relacional debido a que se debe producir una comparación para determinar la identidad o no de las situaciones. En palabras de Rubio, se puede entender esta idea de la siguiente manera:

La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los “términos de la comparación”, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y temporal, pues de otro modo,

⁶⁷ Martín Risso Ferrand, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay”. (Revista de Derecho, no. 5, (2016): 171-192), 183. Accesado el 26 de marzo de 2018 de: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/819>.

como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad⁶⁸.

Sobre este mismo tema, se tiene que para aplicar el principio de igualdad se requiere tener en cuenta que el mismo está compuesto, esencialmente, por tres elementos que, en palabras de Otero, son conocidos como *juicio trimembre*, el cual implica que:

1. Se debe partir de una pluralidad de personas, elementos o situaciones; 2. La igualdad implica una dimensión relacional pues debe haber un nexo entre varios entes; y 3. La relación de igualdad se explicita en la comparación de los entes de los que se trata, por lo que debe haber un *tertium comparationis*, es decir una cualidad común, lo que hace iguales a dos entes, y éste es dado previamente en la norma⁶⁹.

Para determinar la aplicación del principio de igualdad debe establecerse una comparación entre la pluralidad de elementos subjetivos y objetivos que se encuentran en una dimensión relacional; siendo que a partir de dicha comparación se va a determinar si se está frente a una situación donde predomina la igualdad, o bien si existen criterios que, a lo sumo, llevan a la existencia de una semejanza o, en última instancia, de elementos diferenciadores.

Al respecto, Ruiz expresa lo siguiente:

(...) si ninguna relación de igualdad implica identidad absoluta y, por tanto, toda relación de igualdad supone que existe alguna diferencia entre los términos comparados, sean personas, cosas o hechos, se diría que esa relación viene a coincidir con la de semejanza o similitud (...) “Pues bien, **calificar a una relación como relación de igualdad permite poner de manifiesto la relevancia de los aspectos coincidentes entre los términos comparados, si bien queda oculto el dato de que no todos los aspectos —precisamente los**

⁶⁸ Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder, estudios sobre la Constitución*. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 640. Citado en Rodrigo Brito Melgajero. “El principio de igualdad en el derecho constitucional comparado”. Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM. Accedido el 12 de abril de 2018 de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/9.pdf>, 136-137.

⁶⁹ Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder, estudios sobre la Constitución*. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 608 y ss. Citado en Laura Otero Norza, “*La igualdad y no discriminación de género y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento internacional y europeo*” (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2011), 17.

considerados no relevantes— son coincidentes. A la inversa, calificar a una relación como de desigualdad implica poner de manifiesto la relevancia de los aspectos diferenciales ocultando los comunes. Pero si igualdad y desigualdad son conceptos antitéticos y, al menos en el anterior sentido, unívocos, en cambio, el concepto de semejanza es ambivalente”, por lo cual no siempre es conveniente asociarlo con la igualdad como principio⁷⁰. (El resaltado no es original).

Esto se aprecia con mayor claridad con el planteamiento expuesto por Pulido, quien sintetiza muy bien, en los siguientes cuatro mandatos, la manera en la que el principio de igualdad debe ser entendido:

1. Tratamiento idéntico a quienes se encuentran en la misma situación.
2. Tratamiento diferenciado a quienes se encuentran en dicha situación diferente.
3. Tratamiento uniforme a quienes presentan diferencias pero éstas no son relevantes, sino que más relevantes son sus semejanzas.
4. Tratamiento diferenciado a quienes presentan diferencias y éstas son relevantes más que sus semejanzas⁷¹.

Ergo, el trato igualitario debe darse entre aquellas personas que poseen situaciones idénticas; siendo que en caso de que existan situaciones distintas puede darse un tratamiento diferenciado. No obstante, dicho tratamiento diferenciado sólo debe producirse en aquellos casos en los que las diferencias sean de una cierta trascendencia y cuando tengan mayor relevancia respecto a los puntos de similitud que comparten los elementos analizados.

Asimismo, la Sala Constitucional ha aclarado que el principio de igualdad tutelado por la Constitución Política costarricense no establece una igualdad absoluta, cuestión que se

⁷⁰ Alfonso Ruiz Miguel, *Sobre el concepto de igualdad*. En *El principio constitucional de igualdad*, comp. Miguel Carbonell, (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003), 31-68. Citado en Ángela Vivanco Martínez, “El principio constitucional de igualdad y la discusión constitucional acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile”. En *Anuario de Derecho Público 2012 de la Universidad Diego Portales*, (Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2012), 88.

⁷¹ Carlos Bernal Pulido, “El Juicio de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Accesado el 25 de mayo de 2011 de: <http://190.41.250.173/rij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>. Citado en Hugo Manuel González Alarcón, “Análisis del Principio de Igualdad ante la Doctrina y la Jurisprudencia Comparada”. *Revista Jurídica Online*. Accesado el 26 de marzo de 2018 de: http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/87_a_122_analisis.pdf, 116.

puede apreciar en la siguiente resolución en la que se establece que el principio de igualdad:

(...) no tiene un carácter absoluto, pues no concede propiamente un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino que más bien permite exigir que no se hagan diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, y no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales. En este sentido, la Sala Constitucional ha dicho en numerosas ocasiones que no basta que la parte recurrente afirme sin más que, en un caso dado, se ha producido un trato distinto entre dos sujetos, para tener por demostrado un quebranto al Derecho Fundamental a la Igualdad, puesto que no todo tratamiento diferente, en sí mismo, constituye una violación al artículo 33 de la Constitución Política. Ahora bien, el poder determinar cuándo una diferencia tiene —o no tiene— la trascendencia jurídica que haga razonable y justificable el trato diverso, requiere encontrar algún elemento de comparación que permita precisar esa cuestión; razón por la cual quien alega ese tipo de quebranto está obligado a aportar elementos que permitan efectuar una comparación plena entre los sujetos tratados en forma diferente⁷².

Según la tesis expuesta por la Sala Constitucional, el principio de igualdad conlleva a la prohibición de crear diferenciaciones entre personas que se encuentran en una situación jurídica similar, mas no así cuando, a pesar de encontrarse un elemento de comparación, también existen circunstancias que tornan razonable y justificable la realización de una diferenciación. Sobre este tema se ahondará en líneas posteriores.

Antes de analizar la forma en la que debe actuarse en caso de que existan elementos diferenciadores que permitan exceptuar en algún grado la aplicación del principio de igualdad, debe tomarse en consideración que dicho principio ha sido clasificado desde una perspectiva formal y una material. En su *visión formal*, el principio de igualdad establece un mandato al poder legislativo, de tratar de igual manera a todas las personas⁷³.

Mientras que la *visión material* del principio de igualdad exige que el Estado, entendido éste en un sentido amplio, elimine aquellos impedimentos que dificultan que

⁷² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 13052 de las quince horas y cuarenta y seis minutos del veintisiete de setiembre del año 2011.

⁷³ Laura Otero Norza, “La igualdad y no discriminación de género y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento internacional y europeo” (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2011), 20.

ciertos grupos que a lo largo de la historia se han encontrado en posiciones de desigualdad puedan gozar de una igualdad real⁷⁴. Esto último se encuentra vinculado al deber que surge para el Estado en relación con las medidas afirmativas a favor de los grupos que no viven una situación de igualdad en la práctica, cuestión que se abordará en breve.

El principio de igualdad empaña a todo el ordenamiento jurídico, por lo que debe ser aplicado y respetado en todas sus áreas pues es un pilar necesario para garantizar el cumplimiento del resto de derechos. Sin embargo, existe la posibilidad de que dicho principio no deba ser aplicado cuando se cumplan ciertos presupuestos necesarios, como la fundamentación que se base en una justificación objetiva y razonable. En este sentido se tiene que:

Pese a su trascendencia constitucional, sin embargo, en la práctica muchas veces el principio de igualdad puede tensionarse ante la pretensión del legislador de establecer criterios de diferenciación respecto de ciertas personas o situaciones. El modo de abordar este aparente conflicto por el constitucionalismo contemporáneo se reduce al requerimiento de “razonabilidad”, esto es, **“la desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y tal justificación debe apreciarse mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato”**. Así, se pueden establecer diferenciaciones favorables a colectivos vulnerables o a otras situaciones, en la medida que efectivamente contribuyan a superar las barreras de entrada que su situación les impone, pero no que se traduzcan en un injustificado desmedro para los no favorecidos con la medida⁷⁵. (El resaltado no es del original).

Desde esa perspectiva, el legislador puede establecer diferenciaciones entre las personas, siempre que se cumpla con el juicio de razonabilidad y objetividad que está vinculado a la existencia de una relación de proporcionalidad entre los fines que intentan justificar la diferenciación y los medios que se utilizan para lograrlo. Entre las medidas

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ángela Vivanco Martínez, “El principio constitucional de igualdad y la discusión constitucional acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile”. En *Anuario de Derecho Público 2012 de la Universidad Diego Portales*, (Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2012), 89.

diferenciadoras que se avalan por parte del juez constitucional se encuentran aquellas que se emplean con el propósito de equiparar la situación vivida por grupos que están inmersos en un contexto de desigualdad real.

Lo anterior puede sintetizarse de la siguiente manera:

1. En primer lugar, para aceptar las diferenciaciones legales corresponde exigir que la causa de la distinción sea razonable y objetiva, sin implicar un tratamiento desigual a quienes se encuentran en igualdad de situaciones.
2. En segundo lugar, debe atenderse especialmente al fin perseguido con la diferenciación, verificando que el mismo sea legítimo.
3. Y, por último, deberá atenderse a la racionalidad de la distinción, que se manifiesta en una adecuada relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios utilizados.

El no cumplimiento de cualesquiera de estos requisitos (razonabilidad, fin legítimo y racionalidad) aparejará la violación del principio constitucional de igualdad⁷⁶.

En otras palabras, en caso de que se dé un incumplimiento de los requisitos antes mencionados, se estaría dando la violación del principio de igualdad, lo que decantaría en una declaratoria de inconstitucionalidad de la norma o el acto en cuestión. Por lo que resulta fundamental que los tribunales velen por un cumplimiento estricto de los requisitos mencionados, pues de lo contrario el legislador podría crear situaciones de desigualdad que no gozan de una justificación objetiva y razonable, y que traerían al traste un pilar fundamental del Estado democrático costarricense.

c. El principio de igualdad en el ámbito laboral

Una vez comprendida la conceptualización y forma de aplicación del principio de igualdad en la actualidad, se analizará dicho principio en el ámbito laboral. Se ha determinado que la aplicación del principio de igualdad en materia laboral conlleva a que todo trabajador

⁷⁶ Martín Risso Ferrand, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay”. (Revista de Derecho, no. 5, (2016): 171-192), 186. Accesado el 26 de marzo de 2018 de: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/819>.

reciba el mismo trato que el resto de sus compañeros de trabajo por parte de su empleador, así como de los mismos compañeros, siempre que se ostenten las mismas condiciones.

No obstante, es posible que el empleador, en ejercicio del principio de libertad contractual, realice diferenciaciones entre sus trabajadores siempre que éstas estén vinculadas a un trabajador en particular, no a un grupo de ellos, y que se dé en beneficio del mismo⁷⁷. Eso a menos de que dicha diferenciación afecte a los demás trabajadores o que resulte arbitraria.

En palabras de Rodríguez-Piñero, debe tomarse en consideración que:

El Derecho del Trabajo se caracteriza por tratamientos normativos diferenciadores, de ahí la necesidad de constatar la “existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal”. Ello lleva al Tribunal Constitucional a valorar cuando son equiparables las situaciones de los trabajadores, y si son aceptables los criterios tomados en cuenta para establecer la diferenciación en función de la finalidad perseguida por la norma diferenciadora, y se permite que ello se justifique por las características específicas de cada trabajo. A someter a escrutinio las desigualdades normativas de trato entre trabajadores, el Tribunal no ha insistido tanto en la comparabilidad de las situaciones (en su identidad real) como en la razonabilidad misma de la distinción normativa entre trabajadores. Se ha podido decir que “la jurisprudencia ha administrado con serenidad presión igualitaria e invocaciones de sus principios” aunque sin desconocer con ello la preeminencia del principio de igualdad⁷⁸.

Al constatar el cumplimiento o no del principio de igualdad en el ámbito laboral, es necesario tomar en consideración que el mundo del Derecho Laboral tiene ciertas particularidades debido a que, por su naturaleza, la relación existente entre patrono y trabajadores es una relación de poder. Esto no significa que el empleador tiene la prerrogativa de actuar según lo desee sin tener como límite el principio de igualdad, sino que dicho principio de igualdad está sometido a un análisis particular para determinar si se está respetando.

⁷⁷ Eduardo Caamaño Rojo. “El Principio de Igualdad de Trato en el Derecho del Trabajo”. (Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXI, 2000: 27 y ss.), 2-3.

⁷⁸ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Igualdad y No Discriminación en el Empleo”. (Revista Derecho y Conocimiento de la Universidad de Huelva, vol. 1, 2004: 463-490), 465-466.

Se ha establecido que el principio de igualdad en el ámbito laboral conlleva una prohibición para el patrono, debido a que el mismo no puede crear condiciones arbitrarias que perjudiquen a trabajadores. Un ejemplo de un accionar arbitrario por parte del empleador se produce cuando el mismo:

(...) no aplica la regla o medida a todos los trabajadores que son destinatarios de ella, de acuerdo a los supuestos establecidos por él mismo, o bien, cuando el empleador delimita las condiciones de aplicación de la regla o medida de tal manera que la diferenciación que se realiza entre los trabajadores ya no está de acuerdo con la finalidad perseguida por éste al momento de establecerla⁷⁹.

Sobre este tema, conviene traer a colación la explicación dada por Rodríguez-Piñero sobre escenarios de aplicación del principio de igualdad, según la intensidad del mismo:

Si el principio de igualdad se aplicara en todas sus consecuencias en un contrato de trabajo, existiría un límite muy incisivo en la autonomía contractual y en el poder de dirección, el empresario estaría obligado a tratar por igual a todos los sometidos a sus poderes directivos y no podría pactar o realizar diferencias de trato que no estén debidamente justificadas entre trabajadores que estén en igual situación, o realicen un trabajo de valor igual. Negar por completo la aplicación del principio de igualdad, por el contrario, supondría someter al trabajador a las eventuales arbitrariedades del empresario partiendo de una presunta “individual’s freedom to be irrational”. Posiblemente, la solución a que ha de llegarse excluya tanto la aplicación sin matices del principio de igualdad a todas y cada una de las decisiones empresariales, que se someterían a una revisión de razonabilidad, como la de entender que ni la autonomía contractual ni el poder de dirección se encontrarían afectadas por el principio de igualdad, siendo libre el empresario para tratar de forma desigual a sus trabajadores según su libre criterio y sin límite alguno más allá de la no discriminación por motivos vedados⁸⁰.

Entonces la aplicación del principio de igualdad en el ámbito laboral tiene características especiales que avalan el que los empresarios tengan ciertas prerrogativas que pueden utilizar en el ejercicio del poder de dirección, pero sin que esto signifique una

⁷⁹ Ibidem., 9.

⁸⁰ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Igualdad y No Discriminación en el Empleo”. (Revista Derecho y Conocimiento de la Universidad de Huelva, vol. 1, 2004: 463-490), 472.

ausencia de controles o una libertad plena del empresario, pues el principio de igualdad permea a todo el ordenamiento jurídico.

Sobre este tema, Caamaño ha establecido un listado de requisitos que se deben cumplir, con el propósito de garantizar la aplicación del principio de igualdad en materia laboral. Dichos requisitos consisten en⁸¹: (i) conformación de grupos de trabajadores que se encuentren, objetivamente, en situaciones semejantes; (ii) existencia de una relación laboral actual, o bien, pasada cuando el reclamo sobre la violación del principio de igualdad se fundamente en una situación producida durante la vigencia de dicha relación laboral y que llevó a la falta de pago de prestaciones o a la finalización de dicho vínculo laboral, por mencionar algunos ejemplos; y (iii) una o varias actuaciones por parte del patrono que a partir de una modificación unilateral y voluntaria crea un nuevo orden interno en el lugar de trabajo mediante el ejercicio de su poder de dirección.

Uno de los ámbitos del Derecho Laboral donde se aprecia un matiz a la aplicación del principio de igualdad está vinculado al contrato de trabajo, el cual se perfecciona entre particulares que se encuentran en posiciones de desigualdad. En este caso “(...) la igualdad operaría sobre todo como un límite al uso arbitrario o no racional de los poderes empresariales, y por ello de la autonomía privada, integrándose como cláusula general en el contrato de trabajo, aunque ello suponga una degradación de la igualdad a efectos de su protección judicial⁸²”.

Otro ejemplo de una aplicación particular del principio de igualdad en el ámbito laboral viene dado por las negociaciones colectivas de trabajo. Rodríguez-Piñero expresa la posición que ha mantenido el Tribunal Constitucional de España sobre este tema:

Según el Tribunal Constitucional, el convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en un sistema de fuentes, se ha de someter a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derecho fundamentales acogidos en nuestra Constitución, incluidas las exigencias

⁸¹ Ibidem., 6-8.

⁸² Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Igualdad y No Discriminación en el Empleo”. (Revista Derecho y Conocimiento de la Universidad de Huelva, vol. 1, 2004: 463-490), 473.

indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación. Ello no afecta al establecimiento de regulaciones diferenciadas entre distintos convenios colectivos, ni a la sucesión entre convenios colectivos, pues el principio de igualdad juega solo en el ámbito territorial y funcional de un mismo convenio colectivo, dentro del cual no cabe establecer diferencias irrazonables. Sin embargo la jurisprudencia constitucional habla de unos “perfiles propios” del principio de igualdad en la negociación colectiva, de su diverso alcance respecto a otros contextos, también para hacerlo compatible con la autonomía colectiva, lo que implica que las partes colectivas puedan establecer en el convenio las diferencias de regulación que estimen convenientes, pero con el límite de la arbitrariedad, pues la STC 177/199342 ha afirmado que en los convenios colectivos “no se pueden establecer diferencias de trato arbitrarias e irrazonables entre situaciones iguales o equiparables, y muy especialmente en caso de identidad de trabajo⁸³”.

Ergo, en las negociaciones colectivas de trabajo debe respetarse el principio de igualdad, el cual, como se ha dicho previamente, está inmerso en todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el respeto al mencionado principio en las negociaciones colectivas no implica una prohibición de establecer diferenciaciones, pues se permite que éstas se realicen cuando sean razonables y no arbitrarias.

Visto lo anterior, se considera conveniente traer a colación un caso que fue analizado por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en el que la Administración Pública contrató a un trabajador para el puesto de policía raso; sin embargo, se determinó que el mismo cumplía en la práctica las mismas funciones que los asesores legales policiales, sin que por ello se le pagara el salario correspondiente al último puesto mencionado.

(...) Por tales razones, el desconocimiento en este proceso de los derechos del demandante a las diferencias salariales generadas entre el puesto de policía raso y el de asesor legal policial, desde el 1 de octubre de 2004 al 21 de mayo de 2008, supondría legitimar una conducta abusiva del empleador, quien hizo que el trabajador ejecutara tareas propias de un puesto de mayor jerarquía, remunerándole con un salario menor, correspondiente al puesto en que formalmente se encontraba nombrado, pero que, de hecho, no desempeñaba, actuación que esta Sala no puede, desde ningún punto de vista, respaldar ni prohijar. A esa misma solución se arriba al amparo del principio de igualdad salarial. Este principio –derivado de ese genérico de igualdad- y contemplado en el artículo 57 de la

⁸³ Ibidem., 470.

Constitución Política, de manera general, hace referencia a que todo trabajador debe recibir el mismo beneficio salarial, si es que realiza igual prestación de servicios, que sus compañeros; eso sí, en idénticas condiciones. Durante el período comprendido del 1° de octubre de 2004 al 21 de mayo de 2008, el accionante desempeñó una labor diferente a la que realizaba en el puesto cuya titularidad formal ostentaba porque fue trasladado por la Administración a otro puesto, percibiendo un salario menor al que en derecho correspondía por esas funciones. **Esa circunstancia permite concluir que la Administración vulneró el principio de igualdad salarial, pues aquel no solo realizaba las mismas funciones que los otros asesores legales policiales sino que también lo hacía en idénticas condiciones, según se señaló en la testimonial evacuada, sin que el nombramiento formal pueda desplazar esta última conclusión.** De lo anterior se desprende la obligación del demandado de haber cumplido con el pago de las labores efectivamente ejecutadas, con independencia de que el actor no ocupara formalmente el puesto de Asesor Legal Policial, pues esa situación la propició el mismo Estado al actuar como lo hizo y beneficiarse de los servicios del accionante. Según lo expuesto, el principio de igualdad (artículos 33 y 57 de la Carta Magna y 67 del Código de Trabajo) fue aplicado correctamente por el ad-quem, sin que esto signifique una sustitución de la voluntad de la Administración en el campo salarial, pues ante una situación fáctica como la que se dio en este caso, se legitima el reclamo de un trato igualitario, equitativo y armonioso. De esta forma, al actor le correspondió, desde el momento de su traslado, el pago salarial correspondiente al puesto de Asesor Legal Policial, cuyas labores fue puesto a desempeñar desde entonces, debiéndose reconocer, en consecuencia, las diferencias salariales reclamadas⁸⁴. (El resaltado no es del original).

En suma, la Sala Segunda consideró que la Administración Pública vulneró el principio de igualdad en el ámbito laboral, en su acepción de igualdad salarial. Esto debido a que no le estaba pagando al trabajador acorde con las funciones que desempeñaba y de conformidad con el salario percibido por los otros trabajadores que se encontraban en sus mismas condiciones.

Una vez estudiado el principio de igualdad, que constituye uno de los pilares fundamentales del Estado democrático costarricense, debido a su implicación respecto al resto del ordenamiento jurídico nacional, resulta imperativo realizar un análisis sobre el principio de no discriminación. Por ello, a continuación, se procederá a determinar su

⁸⁴ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia., resolución No. 1053 de las quince horas del 21 de noviembre del año 2012.

evolución histórica, su conceptualización, así como su aplicación en el ámbito laboral, cuestión que es de vital importancia para el desarrollo del presente ejercicio académico.

d. Evolución histórica del principio de no discriminación

La discriminación ha existido a lo largo de la historia de la humanidad debido a que se han practicado actos diferenciadores en contra de grupos vulnerables, los cuales constituyen una violación a su dignidad humana. Ejemplo de ello son los actos discriminatorios que han sufrido, o sufren, los pueblos indígenas, las personas de raza negra o las mujeres.

La existencia del principio de prohibición de discriminación, también conocido como principio de no discriminación, no tuvo un origen autónomo; siendo que el nacimiento del mismo estuvo ligado al principio de igualdad, cuestión que se mantuvo durante un largo período de tiempo. Cabe señalar que el surgimiento del principio en estudio se relaciona, sobre todo, con los actos que se llevaron a cabo durante la Segunda Guerra Mundial.

Valdés Dal-Ré sostiene que en sus inicios el principio de no discriminación sólo era visto desde una *perspectiva meramente formal*, corolario del principio de igualdad, en la que se consideraba como discriminatorio todo aquello que produjera un trato diferenciado en el ejercicio de los derechos, sin que mediara una justificación objetiva y razonable⁸⁵. Es decir, el principio de no discriminación estaba estrechamente vinculado a lo dispuesto por el principio de igualdad.

Sobre este aspecto, Valdés Dal Ré ha señalado que:

En esta primera versión, la interdicción de discriminación se concibe como una simple concreción del principio de igualdad ante la ley, que se manifiesta no de manera autónoma sino en conexión con otros derechos fundamentales, cuyo ejercicio tiende a facilitar. El enjuiciamiento y valoración de las

⁸⁵ Fernando Valdés Dal Ré, *Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación*. En Igualdad de género y relaciones laborales, dirs. Fernando Valdés Dal Ré, y Beatriz Quintanilla Navarro, (Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008), 18-43.

conductas discriminatorias se efectúa, en esta fase inicial, con el utillaje conceptual elaborado para la detección de los tratamientos desigualmente vulneradores de la igualdad; esto es, con el juicio de discernimiento sobre la concurrencia o no de una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato. El derecho a no ser discriminado queda asimilado así y a todos los efectos a una diferenciación de trato de carácter razonable y justificado. Por consiguiente, las distinciones no entran sin más en colisión con el derecho; tan sólo se vedan las que resulten arbitrarias, enjuiciada la arbitrariedad en términos de ausencia de proporcionalidad entre el medio utilizado y el objetivo perseguido⁸⁶.

La cita transcrita reitera que, en su noción formal, el principio de no discriminación estuvo intrínsecamente ligado a la noción material del principio de igualdad, por lo que se consideraban como discriminatorios aquellos tratamientos diferenciados carentes de una justificación objetiva y razonable. Sin embargo, la discriminación vista desde un sentido meramente formal se fue dejando de lado y se abrió paso a la noción material de la discriminación, la cual tiene carácter autónomo.

Según el mismo autor, Valdés Dal Ré, con la ***noción de discriminación material***:

(...) se va abriendo camino otra configuración para la que la discriminación ya no plantea un problema de trato desigual injustificado. La discriminación evoca, en este segundo sentido, una situación de marginación social de ciertos colectivos de personas físicas (seres humanos) y, por lo tanto, **la interdicción de no discriminación instrumenta en el plano jurídico la vía de supresión de las malformaciones que se han ido creando en la sociedad**. O por decirlo con las rotundas palabras de nuestro Tribunal Constitucional, la cláusula de no discriminación “persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana”⁸⁷. (El resaltado no es del original).

De modo que en su visión material “(...) la proscripción de discriminación deja de ser un problema de desigualdad, para perseguir la interdicción de determinadas diferencias,

⁸⁶ Fernando Valdés Dal Ré. “Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral”. Confederación Sindical Unión General de Trabajadores de España. Accesado el 26 de marzo de 2018 de: http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia%20de%20Fernando%20Valdes.pdf, 10.

⁸⁷ Ibidem.

históricamente arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones desventajosas y abiertamente contrarias a la dignidad humana⁸⁸”. A partir de dicha noción material, el principio de no discriminación comenzó a obtener autonomía y dejó de estar dependiendo del principio de igualdad.

Así las cosas, se tiene que en adelante la discriminación en el ámbito individual adquiere un carácter humillante, inconciliable con el respeto debido a la dignidad humana; y, en el plano social, coloca a los individuos y grupos sociales víctimas de la discriminación en una situación de exclusión y marginación, cuyas consecuencias desventajosas se manifiestan en la negación o en la especial dificultad de disfrutar de bienes y derechos⁸⁹”. En este sentido, Rodríguez-Piñero se ha pronunciado al afirmar que:

(...) se comienza a entender que dicha interdicción [de la discriminación] no solo trata de evitar unas diferencias de trato, potenciales o existentes, de carácter “odioso” por rechazable, por su contrariedad a la dignidad humana, sino también trata de proteger a los grupos desfavorecidos para asegurarles la efectiva igualdad, apareciendo la paridad como medio y la igualdad efectiva como fin, convirtiéndose el principio de no discriminación en un derecho humano irrenunciable, que afecta a la esencia de su dignidad⁹⁰.

Así las cosas, se puede apreciar cómo el respeto de los principios de igualdad y de no discriminación, en su acepción material, es imprescindible para garantizar el efectivo disfrute de la dignidad humana, lo cual se justifica en la interdependencia que existe en materia de derechos humanos.

Por su parte, Otero indica que, a partir de la superación de la noción formal de la

⁸⁸ Laura Otero Norza, *“La igualdad y no discriminación de género y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento internacional y europeo”* (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2011), 24.

⁸⁹ Fernando Valdés Dal Ré. “Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral”. Confederación Sindical Unión General de Trabajadores de España. Accedido el 26 de marzo de 2018 de: http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia%20de%20Fernando%20Valdes.pdf, 12.

⁹⁰ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Igualdad y No Discriminación en el Empleo”. (Revista Derecho y Conocimiento de la Universidad de Huelva, vol. 1, 2004: 463-490), 476.

discriminación, ésta adquiere:

(...) un carácter «peyorativo» que obedece a dos razones: la primera, lo odioso de los criterios de diferenciación de estos grupos, basados en características biológicas (sexo, raza, edad) o situaciones sociales, ajenas a la responsabilidad de las personas discriminadas y contrarias a la dignidad humana; y la segunda, porque estas diferenciaciones generan un daño o desventaja para las personas que las sufren⁹¹.

De modo que, en adelante, la interdicción de discriminación no sólo exige un respeto al principio de no discriminación por parte de los aparatos estatales y por los diversos actores sociales, sino que también surge la necesidad de que se lleven a cabo acciones afirmativas dirigidas a los grupos históricamente discriminados o marginalizados. Esto se aprecia en lo sostenido por Valdés Dal Ré:

Una noción material de la prohibición de no discriminación pide algo más y algo distinto que la inexistencia de distinciones injustificadas. De un lado, exige la aplicación de un terminante mandato de paridad o de identidad de trato entre la víctima y el trato estándar. Este mandato se convierte en el instrumento primero para la eliminación de las discriminaciones; pero no es el instrumento único y último. **La equiparación “hacia la norma estándar” puede resultar insuficiente para erradicar las situaciones de discriminación preexistentes. Es necesario entonces establecer acciones positivas; unas acciones destinadas a poner en paréntesis la idea de la neutralidad de las reglas jurídicas y a sustituirla por otra que utiliza de manera selectiva el derecho como vía de diferenciación al objeto de conseguir una igualdad real y efectiva.** El objetivo no es sólo la paridad entre la víctima y la norma estándar. Es, además, *une égalité des chances*; esto es, el establecimiento de un sistema enderezado a favorecer y promover una igualdad de oportunidades, a garantizar un desarrollo sostenido de carácter igualitario⁹². (El resaltado no es del original).

En otras palabras, la discriminación material no sólo exige la proscripción de tratamientos discriminatorios, sino que también requiere, para lograr una igualdad real, la

⁹¹ Laura Otero Norza, *“La igualdad y no discriminación de género y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento internacional y europeo”* (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2011), 25.

⁹² Fernando Valdés Dal Ré. “Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral”. Confederación Sindical Unión General de Trabajadores de España. Accedido el 26 de marzo de 2018 de: http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia%20de%20Fernando%20Valdes.pdf, 12.

puesta en práctica de acciones afirmativas que permita equiparar al estándar la situación de grupos históricamente vulnerables; cuestión sobre la que se ahondará en líneas posteriores.

Cabe señalar que el paso de la discriminación formal a la discriminación material es producto de aportes de diversos actores sociales y no ha sido un fenómeno uniforme en el tiempo, sino que:

(...) declaraciones de inspiración formal anteceden a veces y otras suceden a formulaciones de contenido material. El resultado de este proceso de avances y retrocesos es la convivencia de textos internacionales que responden a tendencias distintas e, incluso, la cohabitación en un mismo texto de preceptos que obedecen a orientaciones diversas. No obstante, la aprobación de los Convenios 111 y 117 de la OIT marcan un punto de inflexión en la consolidación de este nuevo concepto de no discriminación, del que ya puede predicarse su definitiva consolidación en el panorama del moderno *ius gentium*⁹³.

Por lo que actualmente puede afirmarse que, a nivel internacional, la noción de no discriminación que impera es la material, lo que implica que existe una interdicción de diferencias basadas en cuestiones biológicas o sociales de grupos históricamente marginalizados.

Una vez analizada la evolución del principio de no discriminación, es necesario estudiar cuál es su conceptualización para, posteriormente, abordar su aplicación en el ámbito del Derecho Laboral.

e. Conceptualización actual del principio de no discriminación

El principio de no discriminación posee una conceptualización uniforme en los diversos instrumentos normativos de derechos humanos, por lo que resulta oportuno señalar algunas definiciones que permitan comprender mejor su contenido. Al respecto, la Corte

⁹³ Fernando Valdés Dal Ré. “Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral”. Confederación Sindical Unión General de Trabajadores de España. Accesado el 26 de marzo de 2018 de: http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia%20de%20Fernando%20Valdes.pdf, 11.

Interamericana de Derechos Humanos definió la discriminación como:

(...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas⁹⁴.

Según la Corte IDH, el punto central de la discriminación se encuentra en que la acción que crea una distinción tenga el propósito o resultado de menoscabar la igualdad que debe imperar en el disfrute de los derechos humanos de las personas. Lo que implica que debe existir una motivación que atente contra los derechos que les pertenecen a todas las personas en igualdad de condiciones, o bien, que estos se vean violentados. Sin embargo, se debe considerar que a nivel internacional se ha determinado que esa motivación no es un elemento que determina la existencia o no de un acto discriminatorio⁹⁵.

Rodríguez establece un concepto de discriminación, donde ésta es entendida como “una conducta, culturalmente fundada, sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales⁹⁶”. Según el citado autor, debe ponerse especial relevancia al hecho de que esa distinción injustificada tiene una connotación social y, en muchos casos, histórica, que motiva el desprecio que se genera en contra de una persona, en su individualidad o contemplada como miembro de un colectivo; desprecio que no tiene ningún merecimiento.

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 62.

⁹⁵ Anne Bayefsky. “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”. (Human Rights Law Journal, volumen 11, no. 1-2, 1990: 1-34), 5.

⁹⁶ Jesús Rodríguez Zepeda. “Definición y concepto de la no discriminación”. (El Cotidiano no. 134, noviembre-diciembre, 2005: 23-29), 23. Accedido el 12 de abril de 2018 de: <http://ucsj.redalyc.org/articulo.oa?id=32513404>.

Ahora bien, también debe destacarse que el tratamiento discriminatorio puede tener una apariencia neutra que en realidad está encubriendo una discriminación indirecta:

Ese enfoque se corresponde con la función prescriptiva de la prohibición de discriminación, e implica considerar como discriminatorias reglas o medidas aparentemente neutras que produzcan efectos negativos y desproporcionados en los grupos perjudicados. Ello permite un rechazo de criterios formalmente neutros, pero discriminatorios en sus efectos o resultados empíricos. La discriminación indirecta se revela en el impacto diferente sobre trabajadores y trabajadoras del requisito o de la condición, obliga a una revisión crítica de percepciones sociales, de razonabilidad y neutralidad aparentes, derivada generalmente de la adopción de estándares masculinos y que suponen injustificadamente una desventaja o perjuicio exclusivo para las mujeres⁹⁷.

En otras palabras, existe una discriminación indirecta en la cual el motivo o efecto discriminatorio se encuentra de cierta forma encubierto y, en muchos casos, permite reproducir percepciones sociales existentes en perjuicio de grupos históricamente discriminados. En el siguiente apartado se estudiará con mayor profundidad la discriminación indirecta.

En este punto conviene señalar que hay diversos tipos de discriminación como lo son la discriminación estructural y la múltiple. En cuanto a la ***discriminación estructural***, se tiene que ésta “es inherente al ordenamiento social, a las estructuras institucionales y a los mecanismos jurídicos, o que se ha institucionalizado en todos esos ámbitos, y que refleja y reproduce prácticas y resultados discriminatorios⁹⁸”. Es decir, es una discriminación que está inserta en la sociedad y que se trasmite de generación en generación a través de estereotipos o prejuicios.

Por su parte, la ***discriminación múltiple***, según la Convención Interamericana contra

⁹⁷ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Nuevas Dimensiones de la Igualdad: No Discriminación y Acción Positiva”. (Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, No. 44, 2001: 219-242), 231.

⁹⁸ Informe del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. (Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, reunión no. 96, 2007), 10.

toda forma de Discriminación e Intolerancia es:

(...) cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada⁹⁹.

En otras palabras, con la discriminación múltiple una persona, o un grupo de ellas, es discriminada con base en varias razones, como lo podría ser, por ejemplo, la discriminación que sufre una mujer lesbiana en razón de su género y de su orientación sexual. En este ejemplo, debe considerarse que la discriminación que sufre la mujer le acarrea consecuencias negativas en diferentes ámbitos de su vida como lo es el laboral, el familiar y el social, por mencionar algunos. Por lo que, para poder corregir una situación de discriminación sufrida por las mujeres, no sólo es necesario realizar:

(...) una revisión de normas jurídicas, una tutela singular de derechos, o medidas de acción positiva, sino también generar cambios en las mentalidades, actitudes y conductas que provocan la situación de desigualdad, fomentando una igual participación y representación de las mujeres en los órganos de toma de decisiones políticas, económicas y sociales en todos los niveles. También se trata de promover la igualdad entre hombres y mujeres en la vida familiar y en la vida civil y de promover el cambio de los roles y estereotipos establecidos en función del sexo¹⁰⁰.

Es decir, para poder combatir la discriminación múltiple que existe en contra de la población femenina, también es necesario erradicar la discriminación estructural que existe en detrimento de las mujeres, pues de lo contrario se continuarían vulnerando los principios de igualdad, de no discriminación y de dignidad de la persona humana.

⁹⁹ Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia del 5 de junio del año 2013, artículo 1.

¹⁰⁰ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Nuevas Dimensiones de la Igualdad: No Discriminación y Acción Positiva”. (Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, No. 44, 2001: 219-242), 237.

Cabe reiterar que existe un vínculo entre el principio de igualdad y el principio de no discriminación, cuestión explicada por Huerta de la siguiente forma:

Normalmente es aceptado que como el derecho se sustenta en la igualdad, esto es, igualdad ante la ley cuando la ley no distingue. La igualdad a su vez, se sustenta en la dignidad de la persona, misma que es considerada como fundamento de los derechos humanos. En general, la dignidad es considerada como un valor superior, y calificada como inviolable, pero esto no indica qué es. Resulta evidente que se refiere a algo que es valioso, y que constituye un reconocimiento del valor de la persona como ser humano. Que incluye elementos que se refieren al respeto y la consideración, así como la protección de una persona por el hecho de ser. La persona no es un medio, sino un fin, un ente con la capacidad de autodeterminarse, salvo en casos excepcionales. La dignidad está asociada a la vida y a la forma en que ésta se verifica. Por lo tanto, discriminar sería tanto como degradar a la persona, disminuir su valor¹⁰¹.

De lo expuesto, se tiene que la discriminación es entendida como una conducta, activa u omisiva, que infringe el principio de igualdad, así como el de dignidad humana, al llevarse a cabo una diferenciación que genera una degradación del ser humano sin poseer una justificación razonable y objetiva; lo que decanta, a su vez, en la violación del principio de no discriminación, el cual tiene como propósito prohibir los actos de discriminación.

El principio de no discriminación vendría a establecer una obligación negativa, tanto para los poderes públicos como para la sociedad civil en general. Dicha obligación tiene como principal fin “evitar la distinción legal que produzca diferencias de trato que afecte a la persona en sus derechos, pero sobre todo en su dignidad, y proteger a los grupos desfavorecidos y discriminados para procurarles una igualdad efectiva¹⁰²”.

Es importante señalar que existen algunas clasificaciones que se han creado respecto al principio de no discriminación, sin embargo, se debe aclarar que las clasificaciones que a continuación se mencionarán no son más que una guía. Dentro de las clasificaciones que se van a señalar, se tiene la que establece que las normas que tutelan la prohibición de no

¹⁰¹ Carla Huerta Ochoa. "La estructura jurídica del derecho a la no discriminación". Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM. Accesado el 13 de agosto de 2017 de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2312/13.pdf>, 196.

¹⁰² Ibidem., 188.

discriminación pueden ser *autónomas* o *subordinadas*¹⁰³. En el primer caso, la norma se autosustenta, puesto que no está prevista en relación con la amenaza que podría sufrir otro derecho. Mientras que las normas se consideran subordinadas cuando prohíben la discriminación, pero en relación con otros derechos y libertades que se tutelan en el instrumento jurídico que los prevé.

También se ha creado una clasificación del principio de no discriminación respecto a la *apertura o restricción* de las causales de discriminación que contemplan las normas. Cuestión que resulta de relevancia para este ejercicio académico debido a que, como se podrá ver con mayor claridad en la sección b) de este capítulo, no son pocos los instrumentos normativos que tutelan el principio de no discriminación, pero que no contemplan dentro de sus causales aquellas que se motivan en la orientación sexual o la identidad de género.

Una norma que contiene la prohibición de discriminación es considerada abierta cuando se acepta que cualquier motivo que constituya un acto de discriminación es catalogado como violatorio de la norma, sin que sea necesario “determinar si dicha distinción está cubierta o no por la disposición no discriminatoria¹⁰⁴”. Del otro lado, una disposición es considerada como restringida cuando se limita el alcance de protección de la norma antidiscriminatoria únicamente a las causales previstas por la misma.

Otra categoría que existe respecto a la discriminación es la que se divide entre *discriminación oficial y extraoficial*. Dicha clasificación fue explicada por la Corte Interamericana respecto a la población objeto de este ejercicio académico:

Por otra parte, las personas LGBTI también sufren de discriminación oficial, en “la forma de leyes y políticas estatales que tipifican penalmente la homosexualidad, les prohíben ciertas formas de empleo y les niegan acceso a beneficios, como de discriminación extraoficial, en la forma de estigma social,

¹⁰³ Anne Bayefsky. “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”. (Human Rights Law Journal, volumen 11, no. 1-2, 1990: 1-34), 4-5.

¹⁰⁴ Ibidem., 5.

exclusión y prejuicios, incluso en el trabajo, el hogar, la escuela y las instituciones de atención de la salud¹⁰⁵.

Por otra parte, es menester saber que existe una diferencia entre la discriminación y la diferenciación, cuestión que ha sido aclarada por la Sala Constitucional:

Es importante indicar que existen dos conceptos básicos que suelen confundirse al hablar del tema de la igualdad ante la Ley, como lo son la discriminación y la diferenciación. La Constitución prohíbe la discriminación, pero no excluye la posibilidad de que el poder público pueda otorgar tratamientos diferenciados a situaciones distintas, siempre y cuando se funde en una base objetiva, razonable y proporcionada. Resulta legítima una diferenciación de trato cuando exista una desigualdad en los supuestos de hecho, lo que haría que el principio de igualdad sólo se viole cuando se trata desigualmente a los iguales y, por ende, es inconstitucional el trato desigual para situaciones idénticas (...) ¹⁰⁶.

Sobre este mismo tema se pronunció la Corte Interamericana del siguiente modo:

66. Ahora bien, la Corte recuerda que no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad¹⁰⁷.

La diferenciación es permitida cuando se produce sobre la base de la existencia de una causa objetiva y razonable y se da en supuestos de desigualdad, lo cual no sería violatorio del principio de igualdad. En el caso de la discriminación, esa diferenciación se haría sin una

¹⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 39.

¹⁰⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 14583-2007 de las ocho horas y cincuenta y nueve minutos del doce del año 2007.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 66.

justificación objetiva y razonable, por lo que se violentaría tanto el principio de igualdad como el de no discriminación.

En síntesis, lo que califica a una diferenciación como un acto discriminatorio es su falta de justificación; siendo que la justificación debe cumplir con ciertos requisitos, como lo dispone la Corte IDH:

(...) la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma¹⁰⁸.

En suma, para que un acto diferenciador no sea considerado como discriminatorio es necesario que: (i) persiga un fin legítimo; (ii) utilice un medio adecuado que resulte ser el menos lesivo; y (iii) exista una relación de proporcionalidad entre los medios y el fin. Siendo que cuando dicha justificación no se produce y se da un efecto negativo producto de la diferenciación en contra de una persona, o grupo de ellas, se estaría ante la violación de los principios de igualdad y de no discriminación y, por tanto, de la dignidad humana.

Alcanzado este punto, resulta fundamental introducir el tema de las *acciones afirmativas o positivas* como instrumento que tiene como propósito equiparar la situación vivida por los grupos históricamente discriminados, sin que por ello se vulneren los principios de igualdad y de no discriminación. Dichas acciones han sido explicadas en la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia de la

¹⁰⁸ Ibidem., párrafo 81.

siguiente manera:

No constituyen discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos¹⁰⁹.

Las acciones afirmativas tienen como razón de ser la garantía del principio de igualdad en el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en aquellos grupos que se encuentran en una posición de desventaja. Estas medidas afirmativas tienen su origen en el conflicto de discriminación racial que se vivió en Estados Unidos, puesto que debido a esa situación se dio una lucha por los derechos civiles para garantizar los derechos de poblaciones discriminadas¹¹⁰.

Un ejemplo de acciones afirmativas aplicadas al campo del Derecho Laboral, son aquellas que buscan combatir la situación de desventaja sufrida por las mujeres, tal como lo señala Rodríguez-Piñero:

El Tribunal [Constitucional de España] ha considerado compatible con el art. 14 CE la posibilidad de medidas reequilibradoras, y considera que los poderes públicos deben adoptar una actitud diligente y positiva tendente a la corrección de la situación de desventaja de la mujer, en especial en materia de empleo y ocupación. La propia sentencia 128/1987 ha puesto en conexión el art. 14 con el art. 10 CE y ha considerado que la Constitución quiere terminar con la histórica situación de inferioridad que en la vida social y jurídica se había colocado a la mujer, también en el acceso y promoción en el empleo, situación persistente en la realidad social y que no puede ignorarse si no se quiere dejar vacíos de contenidos los preceptos constitucionales contrarios a la discriminación de la mujer. A partir de esta premisa, la Sentencia 128/1987 declara que es constitucionalmente legítimo un tratamiento diverso entre hombres y mujeres tendente a remediar la situación desventajosa de las mujeres en el ámbito laboral, y dirigida a eliminar situaciones de

¹⁰⁹ Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia del 5 de junio del año 2013, artículo 1.

¹¹⁰ Karla Pérez Portilla, “Acciones positivas”. En Enciclopedia Jurídica Mexicana, Anuario 2003. (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2003), 2. Citado en Rodrigo Brito Melgajero. “El principio de igualdad en el derecho constitucional comparado”. Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM. Accesado el 12 de abril de 2018 de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/9.pdf>, 141.

discriminación existentes, tratamiento diverso que, incluso ante prácticas sociales discriminatorias puede venir constitucionalmente exigido en el Estado social para asegurar la efectividad de la igualdad. Por ello, serán legítimas las diferencias que tienden a superar esa marginación, e ilegítimas las diferencias que perpetúen o consoliden esa marginación¹¹¹.

Ergo, son válidas aquellas medidas que generan un tratamiento diferente entre dos grupos de personas, siempre que procuren reparar una situación de desventaja histórica y eliminar la discriminación que sufren grupos históricamente marginalizados. Sin embargo, debe procurarse que las acciones positivas realmente generen un beneficio que permita equiparar la situación del grupo discriminado con el estándar, sin que se favorezca la perpetuación en el tiempo de la situación de desventaja que se combate.

Las situaciones diferenciadas encaminadas a buscar la igualdad pueden ser de alguno de los siguientes tipos “a) unas medidas positivas moderadas, que tratan de equiparar al desigual y b) medidas de discrimen inverso, por las cuales el discriminado tiene una cuota de participación real¹¹²”.

En el caso de acciones positivas a favor de las mujeres en el ámbito del empleo, Otero menciona lo siguiente:

(...) en relación con el ámbito del empleo, se incluyen como acciones positivas el conjunto de medidas que pueden aplicarse para facilitar a las mujeres el acceso a la formación profesional, a puestos de trabajo, a reducir dificultades de promoción laboral, a hacer realidad la igualdad de retribución o las que tienden a hacer compatibles las responsabilidades laborales y familiares, entre las que se pueden comprender las medidas tendentes a conciliar la vida personal, familiar y laboral (...) ¹¹³.

¹¹¹ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Igualdad y No Discriminación en el Empleo”. (Revista Derecho y Conocimiento de la Universidad de Huelva, vol. 1, 2004: 463-490), 484-485.

¹¹² Hugo Manuel González Alarcón, “Análisis del Principio de Igualdad ante la Doctrina y la Jurisprudencia Comparada”. Revista Jurídica Online. Accedido el 26 de marzo de 2018 de: http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/87_a_122_analisis.pdf, 113.

¹¹³ Laura Otero Norza, “La igualdad y no discriminación de género y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento internacional y europeo” (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2011), 49.

Para que dichas medidas o acciones positivas no resulten contrarias al ordenamiento jurídico, resulta necesario que cumplan con una serie de requisitos con el fin de que no vulneren los principios de igualdad y de no discriminación; siendo que dichos requisitos son¹¹⁴: (i) producción de un trato favorable a los miembros de un colectivo; (ii) la medida que se toma debe ser de carácter colectivo; (iii) la finalidad que persigue es la corrección de una situación de desigualdad; y (iv) la acción afirmativa no puede ser permanente, sino que debe tener un límite temporal debido a su carácter excepcional.

En palabras de Rodríguez-Piñero, el Tribunal Constitucional de España:

No solo considera no discriminatoria ni constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento que los poderes públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad formal, sino que el Tribunal Constitucional anima a los poderes públicos a corregir la desigualdad sustancial de partida para conseguir la igualdad efectiva entre trabajadores y trabajadoras¹¹⁵.

Teniendo claro el tema de las acciones afirmativas, es necesario traer a colación otro caso en el que se puede producir un tratamiento diferenciado sin que se subsuma en un acto discriminatorio cuando se está frente a supuestos en los que aplica la *doctrina de la buena fe ocupacional*. En palabras de Otero, la buena fe ocupacional permite que se disponga que “una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituya discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado¹¹⁶”.

¹¹⁴ Jesús Mercader Uguina, *Lecciones de Derecho del Trabajo*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 10. ed., 2017), 329.

¹¹⁵ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Igualdad y No Discriminación en el Empleo”. (Revista Derecho y Conocimiento de la Universidad de Huelva, vol. 1, 2004: 463-490), 485.

¹¹⁶ Laura Otero Norza, “La igualdad y no discriminación de género y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento internacional y europeo” (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2011), 262.

Así las cosas, la doctrina de la buena fe ocupacional no aplica de forma irrestricta como justificación de tratamientos diferenciados, sino que para que la misma resulte procedente es necesario que responda a la naturaleza de las actividades profesionales, es decir, de las funciones a desempeñar, y que se busque un fin legítimo y proporcional. De modo que la aplicación legítima de la buena fe ocupacional es difícil de probar y los casos en los que resulta procedente son pocos. Ejemplo de ello sería, por mencionar alguno, que en una película cuya protagonista sea una mujer trans se exija como requisito para optar por ese papel, ser una mujer trans.

Dicho esto, y teniendo claro lo expuesto a lo largo de este apartado, se puede utilizar lo dicho por Rodríguez para brindar una definición del principio de no discriminación que englobe sus aspectos más relevantes:

De esta manera, denomino compleja a la definición de la no discriminación capaz de incluir en su formulación la exigencia de medidas compensatorias, tratamiento preferencial o acciones afirmativas. De este modo, la no discriminación es el derecho de toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, de tal modo que se le haga posible el aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles, siempre y cuando un tratamiento preferencial temporal hacia ella o hacia su grupo de adscripción no sea necesario para reponer o compensar el daño histórico y la situación de debilidad y vulnerabilidad actuales causados por prácticas discriminatorias previas contra su grupo¹¹⁷.

Antes de pasar al siguiente apartado, debe hacerse una mención especial a lo sostenido por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-24/17 sobre la protección que merecen las categorías de orientación sexual y de identidad de género ante los actos discriminatorios. En la mencionada opinión consultiva se prohíbe que se dé un menoscabo de los derechos de las personas como consecuencia de su orientación sexual o su identidad de género.

Dicho órgano jurisdiccional dispuso que de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente “(...) está proscrita por la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], cualquier

¹¹⁷ Jesús Rodríguez Zepeda. “Definición y concepto de la no discriminación”. (El Cotidiano no. 134, noviembre-diciembre, 2005: 23-29), 29. Accedido el 12 de abril de 2018 de: <http://ucsj.redalyc.org/articulo.oa?id=32513404>.

norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas¹¹⁸”. De modo que según la Corte IDH, “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género¹¹⁹”.

Ergo, las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans cuentan dentro de sus esferas jurídicas con la tutela que se deriva de los principios de igualdad y de no discriminación, siendo que, en caso de sufrir diferenciaciones de trato carentes de una justificación objetiva y razonable, se estarían poniendo en juego dichos principios, así como otros derechos humanos.

Entendida la conceptualización y algunas características del principio de no discriminación, resulta importante pasar a analizar lo que en la actualidad se entiende por no discriminación en el ámbito laboral.

f. El principio de no discriminación en el ámbito laboral

Antes de centrar la atención en la aplicación del principio de no discriminación en el ámbito laboral, se debe tener claro que los actos discriminatorios no sólo son aquellos que se producen como consecuencia de una diferenciación en el trato carente de una justificación objetiva y razonable; sino que la vulneración del principio de no discriminación puede darse cuando “se le califica con criterios denigrantes claramente contrarios a la opinión científica mayoritaria, como sería considerar que una persona por su color, género, etnia u orientación sexual (entre otros) sea un individuo de menor valía o bien una persona enferma¹²⁰”.

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 68.

¹¹⁹ Ibidem., párrafo 78.

¹²⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2013-3090 de las dieciséis horas y diez minutos del seis de marzo del año 2013.

Dentro de las consecuencias de la discriminación dentro del mundo del Derecho Laboral, se encuentran “(...) menor motivación para trabajar y lograr un buen rendimiento, lo cual redundaría en menor productividad laboral y en tensiones en el lugar de trabajo, con las consiguientes repercusiones negativas que ello supone en el rendimiento general y el bienestar en el seno de la empresa¹²¹”. Es decir, la discriminación en el trabajo genera consecuencias negativas no sólo para el trabajador que la sufre, sino también para el resto de compañeros, debido al ambiente de discriminación en el que se desenvuelven, así como para la empresa, como consecuencia de la disminución del rendimiento laboral.

Otro aspecto a señalar es que la interdicción discriminatoria no sólo atañe a la relación laboral existente entre el trabajador y el patrono, sino que “afecta también a las relaciones entre trabajadores y trabajadoras, sometiénolas a escrutinio y control¹²²”. Ahora bien, parte de que el principio de no discriminación aplique en materia laboral, implica que:

Ni las exigencias de la empresa ni las condiciones del mercado, aunque se funden sobre criterios aparentemente neutros e imparciales, justifican así un impacto desfavorable desproporcionado, ni una descalificación del colectivo del grupo protegido. Ello implica que las medidas empresariales han de tener en cuenta el valor constitucional de la no discriminación y de evitar el eventual efecto discriminatorio. Ello se ha aplicado también en el acceso al empleo y en los criterios utilizados para la selección de los trabajadores (STC 41/1999)¹²³.

Aclarado lo anterior, se debe entrar a analizar el tema de la discriminación directa e indirecta según la manera en la que el acto discriminatorio se lleve a cabo en la práctica. Al respecto, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT ha dicho que:

La discriminación puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas, prácticas y políticas excluyen o dan preferencia a ciertas personas por el mero hecho de pertenecer éstas a un colectivo específico.

¹²¹ Informe del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. (Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, reunión no. 96, 2007), 10.

¹²² Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Igualdad y No Discriminación en el Empleo”. (Revista Derecho y Conocimiento de la Universidad de Huelva, vol. 1, 2004: 463-490), 478.

¹²³ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Nuevas Dimensiones de la Igualdad: No Discriminación y Acción Positiva”. (Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, No. 44, 2001: 219-242), 231.

Entre las formas de discriminación directa figuran los anuncios de empleo en los que se excluye la candidatura de las personas mayores de una edad determinada, o la imposición por los departamentos de recursos humanos de pruebas de embarazo periódicas con el fin de no contratar a las candidatas embarazadas o incluso de despedir a las empleadas que están en estado. (...) **La discriminación es indirecta cuando ciertas normas o prácticas aparentemente neutras tienen efectos desproporcionados en uno o más colectivos determinables, y ello sin justificación alguna.** Así, por ejemplo, la organización de cursos de formación fuera de las horas de trabajo, durante los fines de semana o en horas tardías puede traducirse en la exclusión de aquellos trabajadores que pudieran interesarse en asistir, pero que no podrán hacerlo por deber atender sus responsabilidades familiares, exclusión que comprometerá sus perspectivas de carrera¹²⁴. (El resaltado no es del original).

Sobre este tema, Otero sostiene que la discriminación directa está vinculada a la *teoría del disparate treatment*, donde debe probarse la intención discriminatoria por parte del patrono, el cual mantiene un tratamiento diferenciado y negativo sobre un grupo de personas¹²⁵. Es decir, cuando se está frente a un caso de discriminación directa, es necesario acreditar que las acciones llevadas a cabo tenían como propósito excluir a cierto grupo de personas por pertenecer a un determinado colectivo.

Mientras que la discriminación indirecta se relaciona con la *teoría del disparate impact*, la cual indica que el empresario lleva a cabo prácticas que parecen ser neutras, pero que, sin embargo, tienen un efecto negativo sobre un grupo de trabajadores, sin que pueda verse justificado por las necesidades de la empresa¹²⁶. Es decir, con la discriminación indirecta, el tratamiento, en apariencia neutro, causa una diferenciación grosera en contra de un grupo determinado de trabajadores sin que medie algún tipo de justificación.

¹²⁴ Informe del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. (Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, reunión no. 96, 2007), 9.

¹²⁵ Laura Otero Norza, *“La igualdad y no discriminación de género y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento internacional y europeo”* (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2011), 39.

¹²⁶ Ibidem.

Tanto la discriminación directa como la indirecta tienen particularidades, siendo que en el caso de la primera se ha subdividido en la discriminación abierta y la oculta, según la forma en la que se expresa la medida efectuada, tal como se aprecia en el siguiente ejemplo:

Se está frente a un caso de discriminación directa abierta cuando es el sexo el elemento explícito que motiva un trato o condiciones laborales menos favorables para un trabajador, frente a un trabajador del otro sexo que se encuentre en una situación laboral comparable... Por otra parte, se está frente a un caso de discriminación directa oculta cuando la medida discriminatoria que afecta a un trabajador se vincula con ciertos atributos o cualidades personales que exclusivamente o en gran medida sólo pueden ser cubiertos por personas de un sexo determinado¹²⁷.

En el caso de la discriminación indirecta, la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, la define claramente del siguiente modo:

Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos¹²⁸.

De la anterior definición se debe resaltar el hecho de que dicha forma de discriminación no se configura cuando existe una justificación razonable y legítima. Esto hace retomar la idea, analizada anteriormente, sobre la relación de proporcionalidad que debe existir entre los medios empleados y los fines perseguidos.

Siguiendo la misma línea, Otero menciona que hay dos elementos básicos que están fundidos en el concepto de discriminación indirecta:

El primero, que se trata de medidas o prácticas neutras con efecto adverso, es decir son aplicables tanto a hombres como a mujeres con un

¹²⁷ Eduardo Caamaño Rojo. “La discriminación Laboral Indirecta”. (Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 2001). Accesado el 11 de octubre de 2018 de: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=s0718-09502001000200004&script=sci_arttext.

¹²⁸ Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia del 5 de junio del año 2013, artículo 1.

efecto desproporcionalmente desfavorable para un grupo. El segundo, el carácter injustificado del efecto adverso: Se requiere que la medida con efecto adverso no esté justificada para que se pueda hablar de discriminación indirecta.

Sobre este tema cobra relevancia la ya mencionada «business necessity», pues se considera ilegal una práctica de empleo, si el demandante prueba que la misma produce un impacto adverso sobre la base del sexo o cualquier otra causa de discriminación y el demandado no consigue probar que la práctica cuestionada está relacionada con el trabajo y es necesaria para la empresa, o si el demandante prueba la existencia de una práctica de empleo alternativa y el demandado se niega a aplicarla¹²⁹. (El resaltado no es del original).

En suma, la discriminación indirecta implica la existencia de medidas que externamente aparentan ser neutras, pero que producen un efecto negativo para determinado grupo de personas sin que medie una justificación objetiva y razonable. Siendo que las causas de justificación válidas para ese tipo de discriminaciones son aquellas relacionadas con el trabajo y el funcionamiento de la empresa.

Sobre este tema, resulta oportuno traer a colación la sentencia *Griggs contra Duke Power Corp*, de 1971, resuelta por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, y que ha sido analizada por Valdés Dal Ré:

A la sentencia Griggs no sólo corresponde el mérito de la construcción dogmática y la aplicación práctica de la noción de la discriminación indirecta. En su haber también se encuentra la elaboración de un complejo y completo modelo probatorio, destinado, precisamente, a garantizar la tutela efectiva en los supuestos de discriminación indirecta. En esquemática síntesis, tal modelo, denominado test de Griggs, se asentó sobre dos ejes. Sobre la parte demandante del proceso judicial recae, en primer lugar, la carga de suministrar una prueba de que la práctica sospechosa de discriminación produce resultados adversos desproporcionados para el grupo de pertenencia. Aportados estos datos, a la parte demandada había de corresponder la carga de acreditar (the burden of persuasion) a los jueces que las cualificaciones requeridas se encuentran amparadas en una exigencia de empresa. Sobre el

¹²⁹ Laura Otero Norza, “La igualdad y no discriminación de género y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento internacional y europeo” (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2011), 44-45.

empresario pesa, en suma, la prueba positiva (existencia de una necesidad de empresa) de un hecho negativo (ausencia de efecto discriminatorio)¹³⁰.

Así las cosas, siguiendo el *test de Griggs*, la carga de la prueba en un caso de discriminación indirecta se divide en dos: (i) a la parte demandante le corresponde suministrar acervo probatorio sobre la práctica sospechosa de discriminación en contra de un determinado grupo de personas; mientras que (ii) a la parte demandada le corresponde acreditar que la medida que se tomó responde a una necesidad de la empresa.

Cabe señalar que para Quintanilla, en el caso de las discriminaciones indirectas, “cobra especial relevancia el elemento colectivo de la discriminación, pues no se trata de un perjuicio cometido contra un individuo concreto con determinadas características, sino que incide perjudicialmente en los individuos de esas características, es decir, se perjudica al grupo social al que pertenece ese individuo¹³¹”. Lo que significa que las discriminaciones indirectas no sólo causan una vulneración de la esfera jurídica del individuo, sino que dicha vulneración se extiende al resto del grupo social del que forma parte dicha víctima.

El tema de la discriminación directa e indirecta ha sido estudiado por Rodríguez-Piñero, quien logra sintetizar este tipo de discriminación en el ámbito laboral y en contra de las mujeres de la siguiente manera:

Esta producción de consecuencias desfavorables es la base de la noción de discriminación indirecta que en la valoración de las diferencias de trato incluye un control sobre los efectos de criterios aparentemente neutros. En la discriminación directa el sexo es el motivo real único o más decisivo para la diferenciación de trato, de modo que la mujer recibe un tratamiento desfavorable que no recibiría de no ser varón o, sobre todo, mujer. En la discriminación indirecta no aparece una razón o motivo discriminatorio, pero se adoptan parámetros profesionales, formalmente neutros, pero discriminatorios en sus efectos. La discriminación indirecta, al contrario de la directa, no exige un motivo o causa discriminatorio, sino supone una política, consciente o inconsciente, que tenga un efecto desfavorable sobre las mujeres,

¹³⁰ Fernando Valdés Dal Ré. “Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral”. Confederación Sindical Unión General de Trabajadores de España. Accesado el 26 de marzo de 2018 de: http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia%20de%20Fernando%20Valdes.pdf, 22.

¹³¹ Beatriz Quintanilla Navarro. *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*. (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996), 34.

y que por ello se evidencia en los resultados, incluso empíricos, de esa práctica. La discriminación se revela aquí por el impacto diferente sobre trabajadores y trabajadoras del requisito o de la condición, y, por ello, por los efectos de la medida¹³².

Para Rodríguez-Piñero, en el ámbito del Derecho Laboral pueden encontrarse políticas empresariales que de forma inconsciente poseen un efecto desfavorable en contra de una población vulnerabilizada en su relación laboral, sin que por esa “inconsciencia” pueda alegarse que no existe discriminación, sino que la discriminación se produce de forma indirecta al impactar negativamente a ese grupo de trabajadores.

Además, para el mismo Rodríguez-Piñero, es necesario realizar un análisis más profundo cuando el presunto acto discriminatorio se produce en perjuicio de poblaciones históricamente discriminadas, como lo son, por ejemplo, las mujeres:

Ya la STC 145/1991 advierte al juez que frente a la alegación por una mujer de una discriminación en el empleo no puede limitarse a analizar la razonabilidad o la justificación objetiva de la diferencia de trato, sino que debe también comprobar “si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE”, a través de una búsqueda obligada de la discriminación que “le ha de llevar a investigar la realidad subyacente hasta sus últimos límites, y a otorgar protección, si es preciso, en el borde mismo del principio de congruencia¹³³”.

Por otra parte, el máximo tribunal costarricense en materia constitucional se ha pronunciado respecto a la aplicación del principio de no discriminación en el derecho al trabajo; siendo que este último le sirve a las personas para “lograr la existencia digna y cuyo cumplimiento debe el Estado vigilar, proteger, fomentar e implementar por los medios correspondientes, cerciorándose de que en todos los organismos oficiales o privados, no se apliquen políticas de empleo discriminatorias a la hora de contratar, formar, ascender o conservar a una persona en el empleo¹³⁴”.

¹³² Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Igualdad y No Discriminación en el Empleo”. (Revista Derecho y Conocimiento de la Universidad de Huelva, vol. 1, 2004: 463-490), 482.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 3467 de las quince horas y seis minutos del veinte de julio del año 1993.

De forma que la tutela antidiscriminatoria en el ámbito laboral conlleva a la existencia de una norma que les prohíbe a los patronos, así como a todos aquellos sujetos que participan en las relaciones laborales, llevar a cabo prácticas discriminatorias desde el período precontractual, así como el desarrollo de políticas durante la vigencia de la relación laboral, o bien, en los actos que ponen fin a dicha relación de forma injustificada.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “(...) la discriminación en materia laboral implica efectuar diferenciaciones, por parte del empleador (as) debido a razones que no son admitidas como legítimas por el ordenamiento jurídico -por ejemplo, por condiciones de sexo, raza, religión, opinión, origen social, actuación sindical, entre otros¹³⁵”.

Ejemplos de discriminación que pueden vivirse en el ámbito laboral son los siguientes:

Hay discriminación cuando, por ejemplo, a una persona profesionalmente calificada, pero miembro de un grupo religioso minoritario, se le deniega un empleo, o cuando trabajadores competentes son víctimas de acoso laboral por motivo de sus creencias religiosas o de su afiliación sindical. La discriminación se manifiesta también cada vez que un trabajador migrante cobra un salario inferior al de un trabajador nacional por un empleo idéntico, o cuando el pago de la remuneración a los trabajadores de una casta inferior o a los trabajadores agrícolas indígenas se retrasa sistemáticamente con respecto a la fecha de cobro de sus colegas de casta superior o no indígenas. También es víctima de discriminación la enfermera o la radióloga que desempeña un trabajo de valor igual al de un técnico paramédico, pero que percibe una remuneración inferior¹³⁶.

Las manifestaciones de actos discriminatorios en materia de empleo son múltiples y diversas, pues pueden implicar un despido injustificado, la no contratación de una persona calificada, o incluso recibir una remuneración menor a la que se tiene derecho. También este

¹³⁵ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 641 de las nueve horas y treinta y cinco minutos del primero de agosto del año 2012.

¹³⁶ Informe del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. (Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, reunión no. 96, 2007), 9.

tipo de discriminación puede tener como causa la orientación sexual o la identidad de género, cuestión de gran interés debido a que constituye el centro de este desarrollo investigativo.

En cuanto a la discriminación sufrida por las personas miembros de la comunidad LGBT debido a su identidad sexual, se ha considerado lo siguiente:

En realidad, la discriminación que sufren las personas en función de su identidad sexual tiene una importante connotación de discriminación por estereotipo. Desde una consideración tradicional de la sexualidad y del sexismo, lo más transgresor es sin duda alguna la transexualidad. Es lo que más se aleja de los cánones tradicionales que cabe esperar del sexo que le ha sido asignado a las personas al nacer. Por consiguiente, el tratamiento peyorativo hacia las personas de identidad de género distinta de la que puede considerarse como tradicional forma parte de la afirmación de los modelos socialmente imperantes. De modo que la discriminación preponderante en este ámbito puede ser la directa, más que la indirecta, al revés de lo que sucede con la discriminación por razón de sexo que sufren las mujeres en relación con los hombres¹³⁷.

Lo que se traduce en que muchos miembros de la comunidad LGBT sufren de discriminación, que puede considerarse estereotipada y estructural, la cual en muchos casos se vincula con la discriminación directa, pero no necesariamente refleja la realidad de todas las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans que han sufrido actos discriminatorios en sus lugares de trabajo. Esto por cuanto no en pocas ocasiones los patronos toman medidas que tienen apariencia neutra, pero que en el fondo terminan socavando los derechos y la dignidad de los miembros de la comunidad LGBT.

Al respecto, la Sala Constitucional ha dicho lo que a continuación se cita:

Sobre la discriminación sexual. A través de su línea jurisprudencial esta Sala ha reconocido como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser

¹³⁷ José Fernando Lousada Arochena et al., *Curso de Igualdad y Diversidad en las Relaciones Laborales*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018), 216.

humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que **la discriminación por motivos de orientación sexual es contrario al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país.** A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe en su artículo 26 la discriminación por motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; de lo que también deriva que **no son permitidos los actos que atenten contra el derecho a la igualdad y dignidad humana de las personas por su orientación sexual, pues tienen derecho a acceder a cualquier establecimiento comercial y a recibir un trato igual, sin discriminación en razón de su preferencia sexual** (véase sentencia no. 2007-018660)¹³⁸. (El resaltado no es del original).

En esta resolución, la Sala Constitucional reafirmó que la discriminación basada en motivos de orientación sexual es contraria a la dignidad humana y al derecho constitucional costarricense. Aquí debe entenderse también protegida la identidad de género de las personas, de modo que, si bien no fue referida expresamente por la mencionada resolución, la Sala Constitucional ha sido consistente en que está proscrita toda discriminación contraria a la dignidad humana, lo que incluye, por supuesto, a aquella que se basa en la identidad de género del individuo. Por lo que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans gozan de una tutela antidiscriminatoria en todos los ámbitos de su vida, incluido, por supuesto, el ámbito laboral.

En esta misma línea, también se tiene la siguiente resolución emitida por la Sala Constitucional:

IV.- SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL. Tradicionalmente, las personas que conforman la población LGTB (siglas que designan, colectivamente, a lesbianas, gays, bisexuales y transexuales) han sido sujetos de acciones discriminatorias, sea, por acción u omisión por parte de autoridades públicas como por parte de terceros. Lo anterior, pese a que conforme nuestro ordenamiento jurídico, toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona resulta contraria a la dignidad humana y al principio de igualdad. **La orientación**

¹³⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2012-4524 de las once horas y tres minutos del treinta de marzo del año 2012.

sexual es un aspecto esencial de la identidad de la persona, cuya protección se ha ido reconociendo a partir de la interpretación de las disposiciones de diferentes instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, las cuales prohíben la discriminación basada en el sexo. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26 establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”; de igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, establece que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (artículo 24). No obstante, en el sistema universal de protección de las Naciones Unidas, existe una declaratoria específica conocida como los Principios de Yogyakarta, cuya denominación completa es Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, presentado en el 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra. El documento contiene una serie de principios que pretenden marcar estándares básicos para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas que conforman la población LGBT. En su principio 2 se establecen los derechos a la igualdad y a la no discriminación, según los cuales “todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.” Una proclama como esta visibiliza la necesidad de tutelar la libre orientación sexual y la identidad de género dadas las violaciones de derechos humanos, estigmatización y prejuicios que sufre esta población. **Este Tribunal, en su función protectora de derechos fundamentales, ha tutelado la orientación sexual de las personas como parte del respeto a la dignidad humana y al principio de igualdad.** Así, en la sentencia No. 2007-018660 de las 11:17 horas de 21 de diciembre de 2007 y en otras posteriores, este Tribunal ha reconocido “(...) como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, **puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es contrario al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución**

Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país”¹³⁹. (El resaltado no es del original).

Es clara la posición de la Sala Constitucional al determinar que la orientación sexual es una parte esencial de la identidad de las personas y que posee una tutela y un reconocimiento dentro del bloque de constitucionalidad; siendo que su protección está intrínsecamente ligada a la dignidad humana y a los principios de igualdad y de no discriminación.

No obstante, se tiene claro que la tutela antidiscriminatoria que protege a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus lugares de trabajo surge a raíz de la existencia de actos discriminatorios dirigidos en contra de dicha población; por lo que es fundamental saber identificar algunas de las principales manifestaciones de la discriminación en el empleo que sufre la población objeto de esta investigación académica.

En la Organización Internacional del Trabajo se han enlistado algunas de las manifestaciones de la discriminación en materia laboral que atentan contra los derechos de los miembros de la comunidad LGBT, siendo que algunas de ellas son:

- Violencia verbal, psicológica y física, además de enfrentar manifestaciones de odio.
- Discriminación en el lugar de trabajo si consta o se sospecha que son lesbianas, gays, bisexuales o trans.
- Denegación de empleo, despido, denegación de ascenso.
- Acoso: bromas indeseables, indirectas y comentarios tendenciosos, abuso verbal, chismes difamatorios, apodos, intimidación y hostigamiento, falsas acusaciones de pedofilia, frases insultantes en lugares visibles, llamadas telefónicas insultantes, mensajes anónimos, daños a los bienes, chantaje, violencia e incluso amenazas de muerte.
- Denegación de prestaciones a la pareja del mismo sexo (por ejemplo, días de asueto adicionales por diferentes razones como traslado, nacimiento de un

¹³⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2014-012703 de las once horas con cuarenta y un minutos del 1 de agosto del año 2014.

hijo, licencia parental, cuidado de la pareja enferma, pérdida de un familiar; prestaciones educacionales para los trabajadores y su familia; suministro de bienes y servicios de calidad por parte del empleador; prestaciones de supervivencia en los regímenes de pensiones profesionales o a los efectos del seguro de vida, y seguro de enfermedad para los trabajadores y su familia).

- Autoexclusión (por ejemplo, cuando las personas LGBTI evitan ciertos empleos, carreras o empleadores por temor a sufrir discriminación por su orientación sexual)¹⁴⁰.

A partir de lo citado, puede apreciarse que las situaciones que viven día a día las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus lugares de trabajo pueden ser consideradas como discriminatorias y, por ende, como violatorias de sus derechos humanos, incluidos entre ellos el de igualdad y el de dignidad humana.

Ante este panorama, en muchas ocasiones los miembros de la comunidad LGBT han optado por ocultar su orientación sexual o su identidad de género en el empleo, esto con el propósito de evitar ser víctimas de discriminación, ya sea en la etapa precontractual, durante la vigencia de la relación laboral, o bien, en situaciones que desembocan en la terminación injustificada de dicha relación.

Sin embargo, la misma Organización Internacional del Trabajo ha sido enfática al declarar que el ocultamiento de la identidad de las personas, en este caso de las que pertenecen al colectivo LGBT, constituye en sí mismo un acto de discriminación. Esto por cuanto el ocultamiento lleva aparejada una vida llena de miedo al descubrimiento, lo que podría decantar en la toma de represalias negativas¹⁴¹.

Lo anterior tiene un agravante que se presenta cuando el ocultamiento de la orientación sexual o de la identidad de género se pone en práctica y la persona miembro de la comunidad LGBT es despedida como consecuencia de su orientación sexual o su identidad de género, lo que decanta en un problema probatorio debido a la dificultad de demostrar que la culminación de la relación laboral se debe a un acto discriminatorio.

¹⁴⁰ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). Derechos laborales de las personas LGBTI. (2016), 12.

¹⁴¹ Ibidem., 7.

Finalmente, cabe reiterar que no todos los tratamientos diferenciados que se realicen en relación con las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus trabajos constituyen un supuesto de discriminación laboral, sino sólo aquellos que no cuenten con una justificación objetiva, razonable y proporcional.

Una vez concluido el análisis sobre los principios de igualdad y de no discriminación, con especial énfasis en su aplicación en el mundo del trabajo, es necesario determinar cuál es el sistema normativo internacional y nacional que protege a las personas LGBT en el ámbito laboral, cuestión que se realizará en la sección b) de este capítulo.

Sección b. Normas jurídicas que tutelan los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en materia laboral: marco normativo de protección de los derechos de la población LGBT de Costa Rica y jurisprudencia relevante

La presente sección tiene como propósito realizar un análisis sobre los principales instrumentos normativos, tanto internacionales como nacionales, que tutelan los derechos laborales de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica. De forma que, a partir de dicho análisis se obtendrá un insumo importante que ayudará a determinar los derechos laborales que se encuentran insertos en las esferas jurídicas de la población objeto de esta investigación.

a. Normas jurídicas internacionales vigentes en Costa Rica que tutelan los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en materia laboral

A lo largo de esta sección se pretende realizar una compilación sobre las principales normas de carácter internacional en materia laboral vigentes en Costa Rica, que tienen como propósito consagrar derechos que corresponden a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans que viven en el territorio costarricense. No obstante, antes de comenzar el análisis mencionado, se considera prudente citar lo dicho por la Corte IDH sobre la interpretación que se les debe dar a los instrumentos relativos a la tutela de los derechos humanos.

58. Además, la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la

evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴².

El siguiente abordaje se hará acatando lo establecido por la Corte IDH, siendo que el recuento comenzará por las normas de carácter universal, posteriormente por las emitidas por la Organización Internacional del Trabajo y, finalmente, se estudiarán las de índole regional, en este caso las concernientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Lo anterior se debe a que no en pocas ocasiones las normas internas del país derivan de las contenidas en instrumentos normativos de carácter internacional.

Antes de comenzar el análisis de las normas mencionadas, es necesario destacar que a lo largo de esta sección se hará mención de diversas resoluciones emitidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que es el máximo tribunal en materia constitucional de Costa Rica. Es por esto que es necesario hacer ciertas consideraciones sobre dicho órgano jurisdiccional, empezando por lo establecido en la Constitución Política:

Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.

Le corresponderá además:

- a) Dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley.
- b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley¹⁴³. (El resaltado no es del original).

¹⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 58.

¹⁴³ Constitución Política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949, artículo 10.

Mientras que la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone en su numeral 1:

La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica¹⁴⁴.

Por lo que le corresponde a la Sala Constitucional velar por la correspondencia entre las normas y los actos sujetos al Derecho Público con lo dispuesto por la Constitución Política costarricense y el Derecho Internacional; siendo que lo resuelto por dicho tribunal tiene la característica de ser *erga omnes*, tal como lo dispone el numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, al afirmar que “La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma¹⁴⁵”.

Una vez esclarecido el papel fundamental que posee la Sala Constitucional dentro del Estado costarricense, se procederá a realizar un análisis de los principales instrumentos normativos de carácter universal que tutelan los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica.

i. Instrumentos Normativos de Carácter Universal

La Constitución Política de la República de Costa Rica dispone en su numeral 7 que “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. (...)”¹⁴⁶. Por su parte, el artículo 48 del mismo cuerpo normativo dispone que:

Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así

¹⁴⁴ Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135, del 11 de octubre de 1989, artículo 1.

¹⁴⁵ Ibidem., artículo 13.

¹⁴⁶ Constitución Política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949, artículo 7.

como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. (...) ¹⁴⁷.

Respecto a la jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, debe considerarse la siguiente resolución de la Sala Constitucional:

Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución ¹⁴⁸.

Por lo que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el derecho internacional sobre derechos humanos tiene no sólo un rango similar a la Constitución Política costarricense, sino que sus normas tienen un valor superior al derecho constitucional cuando otorguen una protección mayor a los derechos humanos.

Sobre esta categoría de instrumentos normativos debe hacerse otra aclaración previa, y es que a nivel global se han emitido múltiples normas que tienen como fin erradicar toda forma de discriminación. Por lo que, si bien no todos los instrumentos normativos están enfocados directamente en proteger a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, dicha población se encuentra protegida por la tutela antidiscriminatoria.

En cuanto a los instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter universal que tutelan los derechos de las personas pertenecientes a la comunidad LGBT, se

¹⁴⁷ Ibidem., artículo 48.

¹⁴⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2313-95 de las dieciséis horas con dieciocho minutos del 9 de mayo del año 1995.

encuentran los que se presentan a continuación en orden cronológico.

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue dictada el 10 de diciembre del año 1948 después de finalizada la Segunda Guerra Mundial y es considerada como el principal instrumento normativo de carácter internacional en materia de derechos humanos, eso a pesar de que el mismo, al ser una mera declaración, carece de vinculatoriedad para los Estados.

Dicha declaración dispone en su numeral primero que “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 otros¹⁴⁹”. Mientras que su artículo dos reza “Toda persona tiene 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 condición¹⁵⁰”. Por su parte, el numeral siete establece que “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 discriminación¹⁵¹”.

Según lo dispuesto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se entiende que nadie puede sufrir ningún tipo de distinción respecto a sus derechos que se justifique en las diferencias existentes entre los individuos. Es decir, se consagran los principios de igualdad y de no discriminación, así como la protección y tutela de la ley de todas las personas por igual.

Por lo que el principal instrumento normativo en materia de derechos humanos establece desde sus primeros numerales una protección expresa de los principios de igualdad

¹⁴⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, artículo 1.

¹⁵⁰ Ibidem., artículo 2.

¹⁵¹ Ibidem., artículo 7.

y de no discriminación, siendo que incluso se incluyen categorías de grupos de personas en condición de vulnerabilidad debido a que históricamente han sido víctimas de actos diferenciados carentes de justificación. De manera que, sin lugar a dudas, las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans se encuentran cobijadas por los mencionados principios, los cuales, entre otras cosas, buscan resguardar la dignidad humana.

También, en este instrumento normativo se encuentra esgrimido el derecho al trabajo, el cual viene a constituir el eje central de esta labor investigativa y que, según el numeral 23 dispone que:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses¹⁵².

Como puede extraerse del numeral antes transcrito, desde la emisión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el derecho al trabajo ha sido un aspecto ampliamente regulado. Muestra de ello es que en dicho instrumento se haya enlistado una serie de elementos a los que tienen derecho los trabajadores, entre los que se encuentran una remuneración justa y gozar de condiciones equitativas.

Finalmente, el artículo veinticuatro de la mencionada Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas

¹⁵² Ibidem., artículo 23.

pagadas¹⁵³”. En otras palabras, al lado del derecho al trabajo, el trabajador cuenta con otros derechos que buscan garantizar un descanso adecuado que le permita ligar su vida laboral con su vida privada y que, de esta forma, pueda desarrollarse como persona.

Con el propósito de ejemplificar la aplicación a nivel interno de los preceptos contenidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se tiene la siguiente resolución emitida por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia:

SOBRE EL DESPIDO DISCRIMINATORIO: El artículo 33 de la Carta Magna establece un principio genérico de igualdad aplicable a las relaciones de empleo. Esta máxima dispone la equidad ante la ley y la imposibilidad de discriminación contraria a la dignidad de las personas. De tal modo, **que se recubre a la persona trabajadora de una tutela efectiva frente a actuaciones del empresario que amenacen con menoscabar esa garantía, mediante tratos que condicionen el justo acceso al trabajo digno y bien remunerado.** El Convenio 111 de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo denominado “sobre la discriminación (empleo y ocupación)” (debidamente ratificado por Costa Rica) define ese concepto en su artículo primero de la siguiente forma: “1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: / a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; / b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”. **La Sala Constitucional ha integrado esas dos normas junto a la Declaratoria Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para razonar que el derecho a no sufrir trato discriminatorio y el respeto a la dignidad humana son pilares fundamentales del ordenamiento constitucional.** Al respecto, conviene traer a colación el voto 2005-13205 de las 10:30 horas del 9 de marzo de 2007 de ese órgano de la jurisdicción: “En cuanto al derecho a no ser discriminado, el parámetro de constitucionalidad comprende normas de rango constitucional, como el artículo 33 de la Carta Fundamental, y regulaciones del derecho internacional de los derechos humanos, cuya aplicación como criterio de validez constitucional goza de expreso sustrato positivo y ha sido ampliamente cimentada por la jurisprudencia de esta Sala. **De esta forma, el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone**

¹⁵³ Ibidem., artículo 24.

que "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". Este numeral evidencia la íntima relación entre el derecho a la igualdad y la convivencia fraternal -entiéndase solidaridad- en una sociedad, de manera que el uno sin la otra no se puede dar. El numeral 2 de esa Declaración concretiza el derecho a no ser discriminado, en tanto "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 (el subrayado no corresponde al original). (...) Propiamente en materia de discriminación laboral, el Estado ha ratificado una serie de convenios sobre la materia, como el Convenio OIT 111 Sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, la Convención Interamericana contra la Discriminación de Discapacitados, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros. Sin bien ninguno de estos convenios contempla explícitamente la enfermedad -término más amplio que la mera discapacidad, pues no toda persona enferma es discapacitada- como motivo de discriminación, no menos cierto es que, por una parte, el inciso b) del primer artículo del Convenio 111 admite la posibilidad de especificar, a través de cierta vía, cualquier tipo de discriminación que anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación y, por otra parte, **tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos proscriben de manera expresa toda clase de trato discriminatorio**. Esta concepción es recogida por el referido numeral 33 de nuestra Constitución Política que dispone que toda persona sea igual ante la ley y no pueda practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. En consecuencia, el Principio del Estado Social de Derecho, el derecho a no sufrir trato discriminatorio por cualesquiera motivos y el respeto a la dignidad humana son elementos de nuestro orden constitucional que coexisten pacíficamente, cuya tutela y fomento no solo le corresponde al Estado, sino también a todos los integrantes de la comunidad". Como puede deducirse, la regla contemplada por el canon 63 de la Constitución Política encuentra su límite en los derechos fundamentales de la persona trabajadora, toda vez que la potestad patronal de libre despido se ve coartada a que se ejecute dentro de los parámetros de la razonabilidad y la proporcionalidad (...) ¹⁵⁴. (El resaltado no es del original).

Ergo, para la Sala Segunda y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, los principios de igualdad y de no discriminación forman parte del ordenamiento jurídico y tienen asidero, entre otros instrumentos, en la Declaración Universal

¹⁵⁴ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1259-2010 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del 9 de setiembre del año 2010.

de los Derechos Humanos, la cual proscribiera cualquier tipo de trato discriminatorio. De modo que incluso los particulares, como en el caso de los patronos, se ven obligados a cumplir con dichos preceptos, lo cual viene a significar un límite a la potestad de libre despido que poseen.

2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se esgrimió el 16 de diciembre de 1966, mientras que el Pacto DESC fue dictado el 19 de diciembre del año 1966. Ambos instrumentos normativos poseen una norma que tutela el principio de no discriminación:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social¹⁵⁵.

Por lo que en ambos Pactos se encuentra consagrado el principio de no discriminación, el cual incluso contiene ciertas causas históricas de discriminación, como lo son el idioma o la religión. Sin embargo, dichos Pactos no sólo tutelan las causas que enuncian, sino que tienen una cláusula abierta, lo que lleva a entender que también proscriben los actos discriminatorios basados en la orientación sexual o la identidad de género de los individuos.

Asimismo, el Pacto DESC contiene una serie de artículos, en su parte III, que tutelan de forma directa el derecho al trabajo, como se puede observar en el numeral 6:

Artículo 6. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá

¹⁵⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, artículo 2.

figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana¹⁵⁶.

Como puede apreciarse, el Pacto DESC, tal como lo hizo previamente la Declaración Universal de Derechos Humanos, tutela el derecho al trabajo, el cual puede ser escogido libremente; así como también establece que el Estado debe brindar la formación en aras de garantizar la adecuada preparación de los trabajadores.

Relacionado con lo previamente citado, se encuentra el artículo 7 del mismo cuerpo normativo, el cual dispone una serie de elementos que deben garantizárseles a todos los trabajadores, como lo son un salario mínimo que les permita tener un estilo de vida óptimo y digno, y que sea equitativo en la medida en la que se realizan labores similares; así como cuestiones relativas a la seguridad y salubridad que deben privar en los espacios laborales, por mencionar algunos¹⁵⁷. Mientras que el numeral 8 del cuerpo normativo en análisis viene a tutelar el derecho a la sindicación que poseen los trabajadores.

En último lugar, se tiene que el Pacto DESC también tutela expresamente el derecho a la seguridad social, el cual tiene una estrecha relación con el derecho al trabajo; siendo que el artículo 9 de dicho pacto dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social¹⁵⁸”.

En el caso de los mencionados Pactos, se tiene que su aplicación a nivel costarricense es común, siendo que incluso la propia Sala Constitucional ha justificado sus decisiones, en reiterada jurisprudencia, en normas contenidas en estos instrumentos:

II.-SOBRE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. El artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que “Todos son iguales ante la

¹⁵⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 19 de diciembre de 1966, artículo 6.

¹⁵⁷ Ibidem., artículo 7.

¹⁵⁸ Ibidem., artículo 9.

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”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestro Ordenamiento mediante Ley de la República No. 4229 de 11 de diciembre de 1968, ordena en el artículo 26 que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone en el artículo 2° que los Estados Partes en el Pacto se “(...) comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncia, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (...)¹⁵⁹.

Entonces, para la Sala Constitucional, la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y la prohibición de discriminarlas se fundamentan, entre otros, en los artículos 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo que reafirma la importancia de dichos instrumentos dentro del bloque de constitucionalidad costarricense.

3. Declaración de Montreal

La Declaración de Montreal fue adoptada el 29 de julio del año 2006 en el marco de la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos LGBT y, al igual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al ser una simple declaración no conlleva a ningún tipo de vinculatoriedad para los Estados, ya que carece de coercitividad. Sin embargo, dicha declaración es de vital importancia por cuanto es el primer instrumento normativo de carácter internacional que tiene como principal objetivo el reconocimiento de los derechos de las personas que forman parte de la comunidad LGBT.

¹⁵⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2010-11927 de las once horas con siete minutos del 9 de julio del año 2010.

La declaración en análisis establece una serie de derechos y de libertades referentes a las personas que forman parte de la comunidad LGBT; y tiene como principal propósito llegar a ser adoptado por los Estados partes de la Organización de las Naciones Unidas debido a que, al ser estos derechos humanos, deben ser garantizados por todos los Estados a todas las personas por igual. En otras palabras, lo que dicho instrumento normativo hace es declarar derechos ya existentes y, por tanto, considera que no es admisible ninguna discusión a nivel jurídico relativa a la existencia de los mismos¹⁶⁰.

Dentro de los derechos fundamentales que la Declaración de Montreal determina que requieren de una salvaguardia especial, se encuentran los referentes a la protección de la violencia del Estado y de la violencia privada¹⁶¹; enfocándose, sobre todo, en el hecho de que la homosexualidad es castigada con pena de muerte en algunos países y que hay evidencias sobre la existencia de casos de tortura en contra de los miembros del colectivo en estudio. También se pretende tutelar la libertad de expresión, de reunión y de asociación; así como la libertad de tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo en privado, entre adultos y mediando el consentimiento mutuo¹⁶².

Asimismo, se plantea como objetivo propiciar que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans cuenten con un entorno seguro para evitar que se vean obligadas a salir de sus países por motivos de persecución¹⁶³; siendo que en caso de que exista un temor fundado sobre una persecución que se base en cuestiones referentes a la orientación sexual o la identidad de género, los países se vean obligados a brindarles asilo, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951¹⁶⁴. Además, se exige la realización de una reforma de los tratados internacionales, con el fin de que se les reconozcan a las parejas homosexuales los mismos derechos que poseen las

¹⁶⁰ Declaración de Montreal, del 29 de julio de 2006, 1.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Ibidem., 5.

¹⁶⁴ Ibidem., 5.

heterosexuales, incluida la posibilidad de contraer matrimonio y de crear una familia¹⁶⁵.

4. Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género

Los Principios de Yogyakarta datan del 26 de marzo de 2007 y constituyen una guía universal para los Estados, quienes deben cumplirlos con el fin de salvaguardarlos. Estos principios surgen ante la necesidad de que los derechos de las personas LGBTI –nótese que se toma en consideración a la población intersexual- sean reconocidos como tales, así como de recoger en un instrumento las pautas que deben seguirse a nivel mundial. Cabe señalar que, aunque estos principios no forman parte del sistema internacional de derechos humanos, sí existe un consenso notable entre los Estados que buscan idear mecanismos que permitan reconocer los derechos de las personas LGBTI¹⁶⁶.

A continuación, se procederá a analizar brevemente algunos de los principios declarados en dicho instrumento jurídico, sin embargo, debido a la trascendencia del mismo, un análisis completo se encuentra en el anexo 1 de esta investigación.

Principio 1. El derecho al disfrute universal de los derechos humanos. Se contempla que “los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos¹⁶⁷”. Para asegurar lo anterior, se dispone que los Estados deben garantizar la aplicación práctica del disfrute de los derechos humanos de todas las personas sin exclusión.

Principio 2. Los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Este principio viene a reiterar lo dispuesto en otros instrumentos normativos debido a que establece que todas las personas, de todas las orientaciones sexuales e identidades de género, tienen derecho

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 16.

¹⁶⁷ Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, del 26 de marzo de 2007, principio 1.

a disfrutar de todos los derechos humanos sin sufrir ningún tipo de discriminación basada en esas condiciones. Para ello, los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para erradicar la discriminación que sufre esta población y para garantizar su adecuado desarrollo¹⁶⁸.

Principio 12. El derecho al trabajo. Este principio resulta de vital importancia al ser eje central del objeto de la presente labor investigativa y establece que todas las personas tienen el derecho de optar por un “trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género¹⁶⁹”. Para lograr lo anterior, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias con el propósito de erradicar la discriminación laboral que se base en motivos de orientación sexual e identidad de género en todas las etapas del empleo, desde la contratación hasta la remuneración¹⁷⁰.

Sobre la aplicación de estos principios en Costa Rica, la Sala Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en la resolución No. 2014-012703 de las once horas con cuarenta y un minutos del 1 de agosto del año 2014:

IV.- SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL. (...) La orientación sexual es un aspecto esencial de la identidad de la persona, cuya protección se ha ido reconociendo a partir de la interpretación de las disposiciones de diferentes instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, las cuales prohíben la discriminación basada en el sexo. (...) en el sistema universal de protección de las Naciones Unidas, existe una declaratoria específica conocida como los Principios de Yogyakarta, cuya denominación completa es Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, presentado en el 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra. El documento contiene una serie de principios que pretenden marcar estándares básicos para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas que conforman la población LGBT. En su principio 2 se establecen los derechos a la igualdad y a la no discriminación, según los cuales “todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La ley prohibirá toda discriminación y

¹⁶⁸ Ibidem., principio 2.

¹⁶⁹ Ibidem., principio 12.

¹⁷⁰ Ibidem.

garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.” Una proclama como esta visibiliza la necesidad de tutelar la libre orientación sexual y la identidad de género dadas las violaciones de derechos humanos, estigmatización y prejuicios que sufre esta población¹⁷¹.

Así las cosas, para el máximo tribunal en materia constitucional de Costa Rica, los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, establecen estándares mínimos que deben garantizarse a favor de los miembros de la comunidad LGBT, incluidos, por supuesto, los relativos a los principios de igualdad y de no discriminación.

5. Resolución A-32-L.2 de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Dicha resolución fue dictada por el Consejo de Derechos Humanos el 24 de junio de 2016 y tiene como principal objetivo realizar el nombramiento de un Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género por un período de tres años. Cabe advertir que desde el 4 de diciembre del año 2017 dicho cargo recae sobre el costarricense Víctor Madrigal-Borloz, quien posee una amplia trayectoria internacional en cuestiones relativas a los derechos humanos¹⁷².

El Experto Independiente tiene como principales obligaciones: (i) evaluar la aplicación de las normas relativas a superar la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género; (ii) crear consciencia sobre los temas de orientación sexual e identidad de género; (iii) organizar, facilitar y apoyar la prestación de asesoramiento, asistencia técnica, fomento de la capacidad y cooperación internacional en las luchas contra la violencia y discriminación en dicha materia; y (iv) realizar de un informe anual al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General¹⁷³.

¹⁷¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2014-012703 de las once horas con cuarenta y un minutos del 1 de agosto del año 2014.

¹⁷² Gobierno de la República de Costa Rica. “ONU designa a costarricense como experto independiente sobre protección contra violencia y discriminación basada en orientación sexual e identidad de género”. Accesado el 13 de julio de 2018 de: <https://presidencia.go.cr/comunicados/2017/12/onu-designa-a-costarricense-como-experto-independiente-sobre-proteccion-contra-violencia-y-discriminacion-basada-en-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero/>.

¹⁷³ Resolución A-32-L.2 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos el 24 de junio de 2016.

De todo lo anterior, se extrae que a nivel internacional existen diversos instrumentos normativos que tutelan los principios de igualdad y de no discriminación a favor de todas las personas, incluidos, por supuesto, los miembros de la población LGBT. Sin embargo, también se pudo apreciar que los instrumentos jurídicos analizados carecen, en muchos casos, de coercitividad, lo que dificulta la garantía de su eficacia.

Ahora bien, dentro de los instrumentos normativos que tutelan los derechos de las personas LGBT en el ámbito laboral se encuentran los emitidos por la Organización Internacional del Trabajo. Siendo que la OIT se encarga de regular todo lo concerniente al trabajo debido a que dentro de sus principales propósitos destacan “establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres¹⁷⁴”.

Para ello, la OIT hace uso de recomendaciones y convenios, siendo que estos últimos son tratados internacionales vinculantes que pueden ser o no ratificados por los Estados parte y que establecen principios básicos que deben ser aplicados por aquellos países que los han ratificado de forma debida¹⁷⁵. Actualmente, la OIT tiene en su haber 189 convenios esgrimidos por la Conferencia General, empezando por el convenio número 1 sobre las horas de trabajo en la industria, hasta el convenio número 189 sobre trabajadores domésticos; aunque es importante señalar que algunos convenios han caído en desuso a lo largo del tiempo, como el convenio número 46 sobre las horas de trabajo en las minas de carbón.

Ahora bien, resulta fundamental analizar cuál es el valor normativo que poseen los convenios de la Organización Internacional del Trabajo dentro del Ordenamiento Jurídico costarricense. En este sentido, debe considerarse que al ser los convenios tratados internacionales, de acuerdo con el artículo 7 de la Constitución Política costarricense, tienen un valor supra legal, sin embargo, cuando se trate de convenios que tutelan derechos humanos

¹⁷⁴ Organización Internacional del Trabajo. Accesado el 17 de agosto de 2017 de <http://www.oit.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm>.

¹⁷⁵ Organización Internacional del Trabajo. Accesado el 10 de setiembre de 2018 de: <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>.

su valor podría ser constitucional, o incluso supra constitucional, en el supuesto de que se otorgue una tutela superior a la dada por la Constitución Política¹⁷⁶.

Dentro de los instrumentos normativos emitidos por la OIT que interesan para el desarrollo de esta investigación y que son vinculantes para Costa Rica se encuentran:

6. Convenio No. 100 sobre igualdad de remuneración

El Convenio sobre la igualdad de remuneración, dictado en el año 1951, tiene como eje central la promoción del respeto del derecho humano de igualdad, y como principal propósito que los Estados Miembros adopten medidas para que exista igualdad en la remuneración recibida por hombres y mujeres, la cual históricamente no ha existido pues la mano de obra femenina suele pagarse muy por debajo de la masculina¹⁷⁷.

Para ello, dispone que los Estados parte deben promover, a su vez, tanto la igualdad de oportunidades como de trato. Por lo que dicha igualdad de remuneración, de trato y de oportunidades también tiene que verse reflejada en la esfera jurídica de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, quienes deben recibir dichas condiciones con plena igualdad sin que su orientación sexual o su identidad de género les perjudique.

Con el propósito de ejemplificar la importancia que este convenio tiene dentro del Ordenamiento Jurídico costarricense, conviene citar el siguiente extracto de la resolución No. 304-2007 dictada por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia:

III. En otras palabras, precisa determinar si se está en un supuesto de discriminación en lo que respecta al salario. Para ello, debemos partir de la consagración del principio de igualdad, en términos generales, como un derecho fundamental. Así, el artículo 33 de la Constitución Política reza: “Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. Ese principio, también encontró una regulación constitucional específica para la materia salarial, en los numerales

¹⁷⁶ Ver análisis realizado en páginas 81 y 82.

¹⁷⁷ Organización Internacional del Trabajo, Convenio No. 100 sobre igualdad de remuneración, dictado en 1951, artículo 2.

57 y 68. La primera norma dispone: “Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica, por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia. Todo lo relativo a fijación de salarios mínimos estará a cargo del organismo técnico que la ley determine” (énfasis suplido). Y, el numeral 68 establece: “No podrá hacerse discriminación respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros, o respecto de algún grupo de trabajadores./ En igualdad de condiciones deberá preferirse al trabajador costarricense”. **Por otro lado, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Igualdad de Remuneración N° 100 de 1951, en su artículo 1° dispone: “A los efectos del presente Convenio: a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último; b) la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.”.** Por su parte, el artículo 2 de ese instrumento, en lo que interesa señala: **“1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor...”.** A efectos de la aplicación de ese principio en esta materia, interesan las consideraciones que a su respecto ha externado el órgano contralor de constitucionalidad (artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional). En ese orden de ideas, cabe indicar que en el Voto N° 2568 de las 11:48 horas del 4 de junio de 1993, indicó: “El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. **La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que debe existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva.** En el presente caso, el hecho que una regulación normativa, llámese reglamento, decreto o en último caso, ley de la República haya fijado un límite razonable para

diferenciar, lo que fue una práctica empírica para el otorgamiento de títulos académicos, práctica que fue sustituida por el normal desarrollo de las ciencias y la administración, en orden a considerar mayores ventajas económicas, a quien ha logrado una superación mayor en su preparación personal, no puede ser un parámetro de igualdad indiscriminada, de tal identidad, que implique conceder iguales reconocimientos a quienes tienen una preparación académica distinta. Y si también fue necesario fijar una regla temporal, para convalidar lo que por equivocación conceptual llevó al Estado Costarricense a la necesidad de reconocer el grado académico a quien no lo ostentaba, por error de la estructuración administrativa, eso no implica, desde la óptica constitucional, que se deba consolidar el error como derecho adquirido, de tal forma que se deba hacer el mismo reconocimiento, aún en contra de la lógica y la razón. Que el Estado haya convalidado la situación jurídica de quienes sin ser doctores, así se los reconoció, por falta de regulación normativa ordenadora, no puede conceder igual derecho a los que, después de emitida la norma reguladora, quieren hacer valer la situación anterior por sobre ésta...” (énfasis suplido)¹⁷⁸. (El resaltado no es del original).

Entonces, en palabras de la Sala Segunda y de la Sala Constitucional costarricense, el Convenio No. 100 de la OIT es aplicable en el Ordenamiento Jurídico de Costa Rica y promueve la igual remuneración en el empleo. Sin embargo, según lo dicho en la resolución transcrita, esa igualdad salarial, de la misma manera que el principio de igualdad en general, no es irrestricta, sino que puede existir una diferencia en la remuneración cuando exista una justificación objetiva, razonable y proporcional. De modo que la igualdad salarial no puede verse como una igualdad económica real y efectiva, sino que es imprescindible analizar las circunstancias de cada caso en concreto.

7. Convenio No. 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación

En el año 1958 la OIT esgrimió el Convenio número 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. Según ese convenio, la discriminación es entendida como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 304-2007 de las nueve horas con treinta minutos del 18 de mayo del año 2007.

¹⁷⁹ Organización Internacional del Trabajo, Convenio No. 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, dictado en 1958, artículo 1.

Se evidencia, entonces, que la discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género no se encuentra contemplada dentro del convenio, sin embargo, el mismo en el inciso b del artículo 1 dispone que:

(...) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados¹⁸⁰.

De forma que la inclusión de la discriminación por motivos basados en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas puede ser incorporada por los Estados. Además, ciertos Estados interpretan que dentro de la categoría de discriminación por sexo o género se encuentra contenida la que se basa en la orientación sexual.

Sin embargo, cabe señalar que del propio articulado del instrumento en análisis se extrae que no toda diferenciación de trato producida en el desarrollo de una relación laboral es discriminatoria. Siendo que dentro de las diferenciaciones permitidas por el convenio 111 se encuentran: (i) “Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones, exigidas para un empleo determinado¹⁸¹”; (ii) “Las medidas especiales de protección o asistencia¹⁸²”; y (iii) “otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial¹⁸³”. Así que dentro de este convenio se encuentra prevista la doctrina de la buena fe ocupacional¹⁸⁴.

Por otra parte, este convenio prevé la obligación de los Estados de promover, mediante la utilización de las herramientas adecuadas, la igualdad de oportunidades y de trato

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² Ibidem., artículo 5.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ Sobre la doctrina de la buena fe ocupacional, ver páginas 53 y 54.

en el ámbito laboral, con el fin de eliminar la discriminación¹⁸⁵. Para ello, los Estados pueden, entre otras cosas, promulgar leyes y promover programas educativos¹⁸⁶.

La importancia del convenio 111 en el mundo del Derecho Laboral es enorme, esto por cuanto su aprobación, junto con la del convenio 117 relativo a la política social, hizo que se consolidara la superación de la discriminación en su noción formal y que en adelante se afianzara la noción material de la misma en el *ius gentium*¹⁸⁷. Esto es explicado por Otero de la siguiente manera:

Como ya se ha apuntado, el derecho a no ser discriminado se caracterizó en sus orígenes como un postulado derivado del principio de igualdad, desprovisto de autonomía propia. Sin embargo, su evolución permitió el tránsito de esta noción formal a una de carácter sustantivo o material, donde la discriminación deja de ser entendida como un problema de igualdad, límite a la actuación de los poderes públicos, para plantear un segundo sentido, una situación de marginación social de ciertos colectivos y la interdicción de determinadas diferencias históricamente arraigadas en la sociedad, que han situados a estos sectores en posiciones de desventaja¹⁸⁸.

Es decir, a partir de la aprobación de los convenios 111 y 117 de la Organización Internacional del Trabajo, el concepto de discriminación está vinculado a su acepción material que implica que se tome en consideración la situación de marginación de ciertos grupos que históricamente se han visto situados en una posición de desventaja.

Sobre este convenio resulta imperioso traer a colación lo dicho por Otero, quien explica que el instrumento normativo en estudio, al conceptualizar el término *discriminación* lo hace a partir de tres elementos: (i) un presupuesto de hecho, relativo a la existencia de una distinción o preferencia; (ii) una motivación, la cual determina la diferencia en el tratamiento;

¹⁸⁵ Organización Internacional del Trabajo, Convenio No. 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, dictado en 1958, artículo 2.

¹⁸⁶ Ibidem., artículo 3.

¹⁸⁷ Fernando Valdés Dal Ré. "Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral". Confederación Sindical Unión General de Trabajadores de España. Accedido el 26 de marzo de 2018 de: http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia%20de%20Fernando%20Valdes.pdf, 11.

¹⁸⁸ Laura Otero Norza, "*La igualdad y no discriminación de género y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento internacional y europeo*" (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2011), 128.

y (iii) un resultado objetivo derivado de la diferencia de trato, el cual decanta en la anulación o alteración de la igualdad de trato, o bien, de oportunidades¹⁸⁹.

En cuanto a la utilización del convenio en análisis como norma que conforma el ordenamiento jurídico costarricense, se tiene lo dispuesto por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en la siguiente resolución:

SOBRE EL DESPIDO DISCRIMINATORIO: El artículo 33 de la Carta Magna establece un principio genérico de igualdad aplicable a las relaciones de empleo. Esta máxima dispone la equidad ante la ley y la imposibilidad de discriminación contraria a la dignidad de las personas. De tal modo que, se recubre a la persona trabajadora de una tutela efectiva frente a actuaciones del empresario que amenacen con menoscabar esa garantía, mediante tratos que condicionen el justo acceso al trabajo digno y bien remunerado. El Convenio 111 de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo denominado “sobre la discriminación (empleo y ocupación)” (ratificado por Costa Rica) define ese concepto en su artículo primero de la siguiente forma: “1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”¹⁹⁰.

En otras palabras, para el máximo órgano jurisdiccional en materia laboral de Costa Rica, el principio de igualdad y de no discriminación previsto en el artículo 33 de la Constitución Política constituye una protección genérica, que en el caso de los trabajadores se ve complementada mediante lo enunciado por el Convenio 111 de la OIT, el cual

¹⁸⁹ Ibidem., 130.

¹⁹⁰ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 573-2015 de las diez horas con cinco minutos del veintisiete de mayo del año 2015.

contempla especificidades propias del mundo del derecho laboral.

8. Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento

Finalmente, dentro del ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, se tiene que en el año 1998 se emitió la *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, la cual ha sido catalogada como un instrumento promocional. Sobre esta norma, debe considerarse que se promulgó en un momento en el que existía la necesidad de “ampliar la protección de la abolición del trabajo forzoso u obligatorio y la eliminación de todas las formas de discriminación en materia de empleo y ocupación (...)”¹⁹¹.

La mencionada declaración establece el listado de los derechos fundamentales en materia laboral, los cuales son: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Es decir, se establece la prohibición de la discriminación como uno de los pilares fundamentales del ámbito laboral, siendo que los Estados miembros están obligados al respeto absoluto de dichos derechos, hayan ratificado o no los respectivos convenios, cuestión que constituye una innovación¹⁹².

La importancia que posee la declaración en análisis también ha sido dada por la Sala Segunda, tal como se aprecia del extracto de la sentencia que a continuación se cita:

V.-(...) Todo lo anterior lleva a esta Sala a concluir que, efectivamente, el trabajador estaba imposibilitado para dar aviso a la empleadora de la causa que le impedía asistir a su trabajo, pues la razón de su internamiento hospitalario a partir del 24 de marzo de 2010, era un problema cardíaco delicado. Aunque se alega que pudo hacerlo por medio de un familiar o amigo,

¹⁹¹ Miguel Francisco Canessa Montejó, *La protección internacional de los derechos humanos*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1.ed., 2008), 182.

¹⁹² Organización Internacional del Trabajo. “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”. Accesado el 19 de agosto de 2017 de: <http://www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm>.

tal como ha indicado la jurisprudencia de esta Sala, en el presente caso se aprecia una situación de soledad del trabajador, pues no solo, como quedó demostrado, habitaba en esa condición un bache de la empresa (declaración de Karla Reina González), sino que, como se desprende del expediente clínico, así debió enfrentar momentos críticos de su estado salud como lo fue el día de alta del centro médico (sale del servicio acompañado de asistente del mismo, folio 40 del expediente adjunto del Hospital Tony Facio). (...) Es decir, lo que se denota es una grave infracción al principio de buena fe y al respeto del derecho fundamental del trabajador a la salud, por parte de la demanda, la que como apuntó el Tribunal, ni cuando fue debidamente enterada, en la conciliación administrativa, de las circunstancias que rodeaban el caso, ofreció una solución adecuada al trabajador. Todo lo anterior denota la existencia por parte de la empleadora del deseo de deshacerse de un servidor que, por razones de salud, ya no le era útil en la empresa. **Debe recordarse que el derecho del trabajo es una materia con sentido social, surgida para equilibrar la situación de las partes en las relaciones de trabajo, en las que, indudablemente, el trabajador ocupa la posición más débil; de ahí que la normativa y los principios del derecho laboral tiendan a proteger al trabajador** (Grisolia, J. A. (1998). Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Manual Teórico Práctico. Buenos Aires: Ediciones Depalma, p. 6), por lo que las circunstancias en que se dan las situaciones alegadas por la partes resulta de obligada revisión y análisis por parte del juzgador, solo así se podrá acercar a la verdad real de los hechos. Esto cobra especial relevancia cuando se trata de derechos fundamentales del servidor, quien por su condición de prestador de su fuerza de trabajo al empleador, no pierde su condición humana, su dignidad y los otros derechos que le son inherentes como tal, y le acompañarán de manera permanente (dentro y fuera del centro de trabajo) y deben serle respetados. **Debe recordarse que, de aplicación en el caso que nos ocupa, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998, incluyó la obligación de los Estado miembros de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales incluidos en los convenios de la Organización, en los que señaló, entre otros: “(d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”. Esta se recoge en los convenios 100 (relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor) y 111 (relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación) de 1951 y 1958, respectivamente.** En este último Convenio se dijo en sus consideraciones: “...que la Declaración de Filadelfia afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades, y / ...que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos...”; luego, en su artículo 1, regula: “A los efectos de este Convenio, el término [discriminación]

comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación...”. **Nuestro país, además de sentar el principio de igualdad y no discriminación en la Constitución Política (artículo 33), mediante un nuevo Título (XI) agregado al Código de Trabajo (Ley n.º 8107 de 18 de julio de 2001), estableció la prohibición expresa de discriminación en el trabajo y de despido por esta causa.** Asimismo, aunque se establecieron razones de edad, etnia, género o religión, esos motivos no son números clausus sino números apertus, de manera que cualquier motivo de discriminación, tanto en la contratación, ejecución del trabajo o terminación de la relación laboral, quedó proscrita. Finalmente, en el ordinal 624 se incluyó que cuando se dé un despido en violación de esa prohibición, el empleador no solo debe reinstalar al trabajador, sino, además, indemnizarlo con doce veces el salario mínimo legal correspondiente a su puesto al momento del fallo (extremo que no fue pedido en este caso). **Debe notarse que el tema de la no discriminación (y el respeto al principio de igualdad) también encuentra fundamento en los planos de la ética, la justicia, la solidaridad y la cooperación, que tiene como centro el ideal de ser humano que se tiene y se persigue** (voto 2050-91 de la Sala Constitucional); aspectos que deben ser considerados ineludiblemente a la luz del Estado social y de derecho consagrado en la Constitución del 49. El derecho a la salud, no hay duda alguna, es un derecho fundamental derivado del derecho a la vida, que debe serle respetado al trabajador y, su atención, como está demostrado en el expediente, no puede generar una actuación discriminatoria y contraria a la dignidad de la persona humana, como la que se evidencia de las circunstancias que rodean el caso. (...) ¹⁹³.

En el caso en análisis, la Sala Segunda consideró que el hecho de que la empleadora despidiera a un trabajador por haberse ausentado a su trabajo como consecuencia de una condición médica, lo cual era conocido por la empleadora, constituye una violación a la buena fe y deviene en un tratamiento discriminatorio contrario, entre otros, a la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.

Una vez analizados someramente los principales instrumentos internacionales que tutelan derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en el ámbito laboral, es

¹⁹³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 631-2015 de las nueve horas y cincuenta minutos del 17 de junio de 2015.

importante realizar un estudio en el mismo sentido dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

ii. Instrumentos Normativos de Carácter Regional

Costa Rica forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al haber suscrito la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (CADH) desde inicios del año 1970. En dicha Convención, el Estado costarricense se comprometió a cumplir con las obligaciones contenidas en la propia CADH, donde además se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el máximo tribunal regional en la materia.

La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue aceptada por Costa Rica el 7 de febrero del año 1980 y, al haberlo hecho, el país se comprometió a aceptar lo dispuesto por el numeral 62 de la CADH que establece que “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia¹⁹⁴”. Además, en el artículo 67 de dicha norma también se señala que los fallos emitidos por la Corte serán definitivos e inapelables¹⁹⁵.

En cuanto al valor jurídico de los fallos de la Corte Interamericana, se tiene que la misma CADH establece en su artículo 68 que “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes (...)”¹⁹⁶. Mientras que la Sala Constitucional costarricense ha expresado lo siguiente:

(...) debe advertirse que **si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio el mismo valor de la norma interpretada.** No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración

¹⁹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, del año 1969, artículo 62.

¹⁹⁵ Ibidem., artículo 67.

¹⁹⁶ Ibidem., artículo 68.

Pública dispone que las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan¹⁹⁷. (El resaltado no es del original).

Asimismo, debe advertirse que Costa Rica, mediante la ley No. 6889, denominada *Convenio para la Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, se comprometió a cumplir con lo dispuesto por las resoluciones emitidas por la Corte IDH, tal como lo señala el artículo veintisiete, el cual establece que “Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses¹⁹⁸”.

De modo que, según lo dicho por la Sala Constitucional, y teniendo en cuenta lo dispuesto por la ley antes citada, los fallos que emita la Corte IDH, bien sea respecto a un caso contencioso o a una opinión consultiva, tienen el mismo valor que la CADH; siendo que cuando dicho instrumento otorgue una tutela superior a los derechos humanos tiene un valor superior a la propia Constitución Política.

Además, resulta imperioso destacar que, tal como lo menciona la Sala Constitucional, existe la obligación de realizar un control de convencionalidad sobre todas las decisiones contenciosas o consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

a) El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales, gozan del “margen de apreciación nacional”, por cuanto, como se indicó en el caso *Trabajadores cesados del Congreso c/. Perú* de 2006, el control de convencionalidad debe ser ejercido “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”, circunstancia que obliga a considerar de manera sistemática el ordenamiento jurídico, sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma

¹⁹⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1995-2313 de las dieciséis horas con dieciocho minutos del 9 de mayo del año 1995.

¹⁹⁸ Ley No. 6889 denominada “Convenio para la Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, del 9 de setiembre de 1983, artículo 27.

nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados¹⁹⁹.

Ergo, para el máximo órgano jurisdiccional en materia constitucional de Costa Rica, existe la obligación de ejercer el control de convencionalidad sobre las resoluciones dictadas por la Corte IDH *ex officio*, es decir, sin que las partes lo soliciten. Incluso se permite usar el margen de apreciación nacional para tomar en consideración las circunstancias propias del país, sin que por ello se legitime una disminución en la tutela de los derechos, esto pues en materia de derechos humanos debe cumplirse a cabalidad el *principio de progresividad*. Dicho principio establece que los órganos a lo interno de un Estado se ven impedidos a retroceder en sus avances en materia de derechos humanos, incluyendo, desde luego, los criterios de la Sala Constitucional que establecen de manera indiscutible el carácter vinculante de las sentencias dictadas por la Corte IDH.

Sobre este mismo tema se tiene que la propia Corte IDH, en el *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, dispuso que el control de convencionalidad no sólo implica que la interpretación y aplicación de las normas internas debe hacerse conforme a la CADH y, en general, conforme al Sistema Interamericano de Derechos Humanos; sino que también el mencionado control de convencionalidad implica que debe adecuarse la legislación interna de los Estados a dichos parámetros, esto de conformidad con el artículo 2 de la CADH. En la sentencia del mencionado fallo la Corte IDH dijo que:

121. El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, **el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente**

¹⁹⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2013-04491 de las dieciséis horas y cero minutos del 3 de abril del año 2013.

una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente²⁰⁰.
(El resaltado no es del original).

Mientras que en el *caso Mendoza y otros vs. Argentina*, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que:

221. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, **los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana**²⁰¹. (...)

332. La Corte considera que los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo 8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia de este Tribunal. No obstante, la Corte se remite a lo señalado sobre las obligaciones que se derivan de los artículos 2 y 8.2.h) de la Convención Americana [...] y considera que, dentro de un plazo razonable, **el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia**²⁰². (El resaltado no es del original).

Así las cosas, dentro de las obligaciones internacionales que posee el Estado de Costa Rica se encuentra el adecuar su legislación interna para que ésta sea acorde a lo establecido por la Corte IDH. Sobre esto, debe considerarse lo establecido por la misma Corte IDH en la

²⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de setiembre del año 2006, párrafo 121.

²⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Sentencia del 14 de mayo del año 2013, párrafo 221.

²⁰² Ibidem., párrafo 332.

58. La Corte estima necesario, además, recordar que, conforme al derecho internacional, **cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva**, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”²⁰³. (El resaltado no es del original).

De modo que lo dispuesto por la Corte IDH en sus diversas resoluciones tiene carácter vinculante para todos los operadores jurídicos del país. Al respecto se tiene que el máximo órgano jurisdiccional dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene una importante línea jurisprudencial sobre los derechos humanos de la población LGBT, los cuales serán estudiados en breve en líneas posteriores.

Aclarado lo anterior, se procederá a analizar algunos de los principales instrumentos internacionales de carácter regional que rigen para el Estado costarricense y las resoluciones de la Corte Interamericana que resultan de interés para esta labor académica.

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como ***Pacto de San José***, fue adoptada en noviembre del año 1969. En su primer numeral, esta norma dispone que:

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

²⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Opinión Consultiva OC-25/18 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Ecuador. Resolución del 30 de mayo del año 2018, párrafo 58.

o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social²⁰⁴. (...)

Por lo que los Estados Partes de la CADH deben abstenerse de realizar acciones u omisiones que vulneren los derechos y libertades en ella contenidos, además deben poner en marcha su engranaje para se lleven a cabo todo tipo de actos necesarios para garantizar el disfrute de los mencionados derechos y libertades sin ningún tipo de discriminación, cuestión que se reitera en su numeral 24²⁰⁵.

Se entiende que, dentro de las causas discriminatorias proscritas por la Convención, se encuentran incluidas aquellas motivadas por orientación sexual e identidad de género, cuestión que ha sido abordada por la Corte IDH:

70. En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio del principio pro homine. Del mismo modo, este Tribunal reitera que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Es así como, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo²⁰⁶.

Por lo que todos los derechos y libertades contenidos en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos forman parte de la esfera jurídica de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans. Sobre este instrumento normativo se hará mayor análisis de seguido, cuando se estudien los casos resueltos por la Corte IDH relacionados con la protección de los

²⁰⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.

²⁰⁵ Ibidem, artículo 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

²⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 70.

derechos humanos de las personas miembros de la comunidad LGBT.

2. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales

Este instrumento normativo, conocido también como *Protocolo de San Salvador*, fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 17 de noviembre de 1988. Dentro de las normas de dicho protocolo que resultan de interés para el desarrollo de esta investigación, se encuentra el numeral 3 en el que dispone que tutela el derecho a la no discriminación. El texto del mencionado artículo dice que “Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, 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 social²⁰⁷”.

Por su parte, en los numerales 6, 7, 8 y 9 del Protocolo de San Salvador se recogen disposiciones relativas al derecho al trabajo, a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo, a los derechos sindicales y a la seguridad social. Por lo que la población LGBT cuenta dentro de sus esferas jurídicas con dichos derechos.

Sobre este instrumento jurídico, resulta importante traer a colación la siguiente resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en la que se hace uso del Protocolo de San Salvador. En lo que aquí interesa, la resolución dispuso que:

II.- FUERO ESPECIAL DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA: De previo al análisis de fondo, se hace necesario repasar el criterio que ha sostenido esta Cámara en relación con el fuero especial de protección que goza la trabajadora embarazada y/o en período de lactancia. El artículo 94 del Código de Trabajo prohíbe al empleador/a despedir a la trabajadora que esté en período de embarazo o de lactancia, salvo que haya incurrido en falta grave a los deberes del contrato de trabajo o en las causales legalmente establecidas, en cuyo caso deberá gestionar el cese ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

²⁰⁷ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de 1988, artículo 3.

Este mismo precepto dispone que: “Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social”. Esa disposición jurídica desarrolla el contenido del numeral 51 de la Constitución Política, en cuanto ordena una especial protección a las madres y a los niños. El despido de la mujer embarazada es también contrario al artículo 33 de la Carta Magna y a la Ley n° 8107 de 18 de julio de 2001, en cuanto subyace una discriminación por razón de género, que está prohibida por esa normativa, que vino a adicionar el Título XI del Código de Trabajo. La norma tiene sustento en el canon 51 constitucional; el artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que dice “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección cuidado y ayuda especiales”; **el ordinal 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que prohíbe la discriminación por sexo, íntimamente ligada a la discriminación por embarazo** y al Convenio 111, artículos 1 y 2, de la Organización Internacional de Trabajo, ratificado por Costa Rica el 1° de marzo de 1962; la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la O.N.U.; y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su protocolo facultativo. Este despacho, en múltiples ocasiones, ha destacado que las trabajadoras embarazadas están cubiertas por un fuero especial que constituye una clara excepción al régimen general de libre despido, propio del sector privado. Se presupone la naturaleza discriminatoria de los despidos injustificados de las mujeres en estado de gestación (presunción iuris tantum), correspondiéndole al patrono probar, a ciencia cierta, que se trata de un despido objetivo, debidamente autorizado por el órgano competente (...)²⁰⁸. (El resaltado no es del original).

En la resolución transcrita, se cita expresamente el antes mencionado artículo 3 del Protocolo de San Salvador para resolver un caso de fuero especial de protección a favor de una mujer en estado de embarazo, lo que viene a reafirmar la trascendencia que dicho protocolo posee dentro del ordenamiento jurídico costarricense; el cual contiene normas que

²⁰⁸ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 335-2010 de las nueve horas con treinta y cinco minutos del 10 de marzo del año 2010.

proscriben los actos discriminatorios.

3. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo vs. Chile*²⁰⁹

En el caso conocido como *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, resuelto por la Corte Interamericana de Derecho Humanos el 24 de febrero de 2012, se discutía sobre el retiro de la custodia de una madre lesbiana debido a la posible influencia perjudicial que su orientación sexual podría tener respecto a sus hijas. Sobre este caso, la Corte IDH consideró que:

91. (...) **la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.** Por ello está proscrita por la Convención 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 sexual²¹⁰. (El resaltado no es del original).

Ergo, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos existe una protección para las categorías *orientación sexual e identidad de género*, lo que implica una mayor tutela a favor de la población LGBT, la cual históricamente ha sido víctima de tratos contrarios a los principios de igualdad, de no discriminación y de dignidad humana.

Como parte de los argumentos utilizados por la Corte Interamericana para fundamentar su resolución, ésta hizo mención a lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*.

143. En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad

²⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero del año 2012, párrafo 91.

²¹⁰ *Ibidem*.

entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad)²¹¹.

Entonces el tribunal interamericano determinó que las presunciones infundadas y estereotipadas, basadas en la orientación sexual de la señora Atala, sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo de las niñas, así como el impacto que pueda tener sobre las mismas, son inadmisibles. Además, determinó que el hecho de que la señora Atala haya sido juzgada y haya recibido consecuencias jurídicas basadas en su orientación sexual significa que su libertad de determinación se vio afectada; esto por cuanto se le impidió desarrollar su vida, en este caso referida al ámbito sexual y afectivo, según sus preferencias.

Por otra parte, debe considerarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Pretty vs. Reino Unido*, del año 2002, definió el derecho a la vida privada como aquel que “abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal del individuo, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo²¹²”. Siendo que incluso el mismo Tribunal de Estrasburgo determinó que el derecho a la vida privada tutela el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, tanto en el ámbito público como profesional²¹³.

Por otra parte, como parte de lo manifestado por la Corte IDH en la resolución del caso en estudio se cita lo dicho por el perito Wintemute en uno de los casos conocidos por el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

(...) la jurisprudencia del Tribunal Europeo deja claro que la orientación sexual también incluye la conducta. Esto significa que la protección contra la discriminación basada en la orientación sexual no se relaciona únicamente sobre un trato menos favorable por ser lesbiana o gay. También abarca la discriminación porque un individuo actúa según su orientación sexual, al optar

²¹¹ Ibidem., párrafo 143.

²¹² Ibidem., párrafo 135.

²¹³ Ibidem.

por participar en actividades sexuales consentidas en privado o decidir iniciar una relación de pareja a largo plazo con una persona del mismo sexo²¹⁴.

Por lo que la señora Atala sufrió un menoscabo de su ámbito privado al habersele exigido que pusiera en un segundo plano su vida privada con el fin de privilegiar el interés superior de sus hijas; así como por la exposición pública y mediática que se le dio al proceso de tuición²¹⁵ y que tuvo como base la orientación sexual de la misma.

Otro elemento esencial que la Corte IDH analizó en este caso está relacionado con el proceso disciplinario que se llevó a cabo en contra de la señora Atala. Sobre este aspecto, en marzo de 2003 el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco designó a un Ministro Visitador de dicha Corte, con el propósito de que realizara una visita extraordinaria al Tribunal de Villarrica en el que la señora Atala laboraba como jueza²¹⁶.

La realización del mencionado procedimiento disciplinario se hizo con el fin de indagar sobre dos hechos esenciales: (i) acerca de una serie de publicaciones aparecidas en dos diarios de circulación nacional en Chile en las que se hacía referencia al carácter de lesbiana de la señora Atala; y (ii) sobre la utilización de recursos materiales y humanos del mencionado Tribunal por parte de la señora Atala, a fin de cumplir con ciertas diligencias solicitadas en el proceso de tuición de sus hijas.

El Ministro Visitador presentó un informe a la Corte de Apelaciones de Temuco, en el que dispuso que: (i) la señora Atala utilizó medios y personal del Tribunal para cumplir con diligencias decretadas en el juicio de tuición de sus hijas; (ii) la señora Atala utilizó de forma indebida el sello del Tribunal para favorecer a personas que forman parte de su círculo de amistades; y (iii) la relación homosexual que mantenía la señora Atala había excedido el ámbito privado, al ser de conocimiento público, lo que dañaba tanto la imagen de la señora Atala como la del Poder Judicial²¹⁷. Como consecuencia de dicho informe, la Corte de

²¹⁴ Ibidem., párrafo 134.

²¹⁵ El proceso de tuición en Chile es similar al proceso de guarda, crianza y educación existente en Costa Rica.

²¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero del año 2012, párrafo 211.

²¹⁷ Ibidem., párrafo 212.

Apelaciones de Temuco formuló cargos en contra de la señora Atala y le realizó una llamada de atención por utilizar recursos del Estado en beneficio del proceso de tuición de sus hijas.

Sobre el tema, la Corte IDH concluyó que fue “(...) discriminatorio incorporar en la investigación disciplinaria la orientación sexual o la relación de pareja de la señora Atala, por cuanto no existía relación alguna con su desempeño profesional (supra párr. 221) y por lo cual tampoco existía fundamento para concluir que la orientación sexual de la señora Atala podía derivar en una falta disciplinaria²¹⁸”. De modo que el accionar, por parte del Poder Judicial de Chile, conllevó a la violación de una serie de derechos humanos de la señora Atala, dentro de los que se encuentran el derecho a la no discriminación, a la honra, a la dignidad y a la vida privada.

Por lo que, a partir de lo dicho en las líneas precedentes, puede apreciarse la importancia que tiene para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el *caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sobre todo porque viene a establecer estándares en dicho sistema que, mediante el control de convencionalidad, deben aplicar los Estados que reconocen la competencia de la Corte Interamericana.

En lo que aquí interesa, se tiene que este fallo reconoce que el hecho de que la señora Atala haya perdido la tuición de sus hijas debido a su orientación sexual no sólo es contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que careció de un fin legítimo y de toda razonabilidad y proporcionalidad. También, la Corte IDH determinó que el concepto de familia no es unívoco, por lo que dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos todas las familias se encuentran protegidas, incluidas aquellas en las que uno o más miembros son parte de la población LGBT.

Asimismo, la Corte determinó que el seguir un procedimiento disciplinario en el ámbito del trabajo motivado en la orientación sexual de un trabajador es contrario a la Convención Americana y no tiene ninguna relación con el desempeño profesional. Esto resulta de gran relevancia para esta investigación, por cuanto se tiene que la propia Corte

²¹⁸ Ibidem., párrafo 235.

Interamericana de Derechos Humanos proscribió la utilización de categorías como la orientación sexual o la identidad de género de las personas para realizar procedimientos disciplinarios; lo que constituye una protección a favor de las personas LGBT en contra de procedimientos arbitrarios de este tipo.

4. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Duque vs. Colombia²¹⁹

Dicha sentencia fue dictada por la Corte IDH el 26 febrero del año 2016 y se produjo como consecuencia de la violación, por parte del Estado de Colombia, de los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación en contra de Ángel Duque. Lo anterior debido a la negativa de brindarle una pensión por sobrevivencia al señor Duque como consecuencia de la muerte de su pareja, el señor J.O.J.G, la cual acaeció en el año 2001.

La negativa por parte de la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías se dio bajo el argumento de que las pensiones en Colombia sólo se otorgaban a personas que construyan parejas de sexos contrarios, esto según una interpretación realizada a la ley número 100 de 1993. Ante tal negativa, el señor Duque acudió al sistema judicial colombiano, el cual reiteró que, según la legislación vigente en Colombia, el señor Duque no podía ser beneficiario de la pensión por sobrevivencia debido a que existía una necesidad de “proteger a la familia”, la cual en ese momento se entendía como aquella constituida por un hombre y una mujer.

A pesar de los argumentos expuestos por el Estado colombiano, se debe considerar que la Corte Constitucional de ese país, en el año 2007, reconoció mediante su ejercicio jurisdiccional que las parejas del mismo sexo que residen en Colombia cuentan con los mismos beneficios que las parejas heterosexuales, relativos a la pensión, al seguro social y al derecho de propiedad. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el reconocimiento realizado por la Corte Constitucional Colombiana resultó insuficiente para garantizar la igualdad en el ejercicio de derechos que perjudica a la

²¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Duque vs. Colombia. Sentencia del 26 de febrero del año 2016.

población no heterosexual; por lo que se cometió un ilícito internacional que afectó al señor Duque, al habersele privado de disfrutar la pensión por sobrevivencia debido a que se excluyó de dicho disfrute, producto de su orientación sexual.

Sobre los principios de igualdad y de no discriminación, la Corte dijo que:

91. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico²²⁰.

92. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. **Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias**²²¹. (El resaltado no es del original).

En dichos párrafos, la Corte Interamericana reiteró que las situaciones que superpongan a ciertos grupos sobre otros y que los discriminen, son incompatibles con la dignidad humana. Además, recalcó que los principios de igualdad y de no discriminación constituyen *ius cogens*, lo que reitera su importancia dentro del orden público nacional e internacional.

²²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Duque vs. Colombia. Sentencia del 26 de febrero del año 2016, párrafo 91.

²²¹ Ibidem., párrafo 92.

Asimismo, la Corte IDH destaca la obligación que poseen los Estados de adoptar medidas positivas para revertir las situaciones de discriminación que existen, lo que viene a tutelar lo establecido en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

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 social²²². (El resaltado no es del original).

Esto implica que la propia CADH establece que los Estados partes poseen obligaciones de respeto y de garantía, las cuales buscan resguardar los derechos humanos. Esto implica que, como parte de las obligaciones de respeto, los Estados deben abstenerse de ejecutar acciones u omisiones que vulneren los derechos humanos. Mientras que las obligaciones de garantía conllevan a que los Estados partes desarrollen acciones positivas que permitan contrarrestar, revertir o eliminar la situación de discriminación que sufren ciertos grupos de personas sin que medie una justificación objetiva, razonable y proporcional.

La Corte IDH se refirió sobre las circunstancias particulares del caso en estudio:

103. La Corte constata que la normatividad interna colombiana que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social, **establecían una diferencia de trato entre por un lado las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por parejas del mismo sexo que no podían formar dicha unión**²²³. (El resaltado no es del original).

Además, dicho tribunal explicó cuándo una diferencia de trato es considerada

²²² Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.

²²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Duque vs. Colombia. Sentencia del 26 de febrero del año 2016, párrafo 113.

discriminatoria:

106. Con respecto a lo anterior, **la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.** Asimismo, este Tribunal estableció que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva²²⁴.

107. En el presente caso, el Estado no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni sobre por qué el hecho de recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa finalidad²²⁵. (El resaltado no es del original).

En palabras de la Corte IDH, únicamente las diferenciaciones de trato basadas en una justificación objetiva y razonable en la que se persiga un fin legítimo y exista una relación de proporcionalidad entre medios y fines son válidas dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Siendo que en el caso bajo análisis no se encontró que la diferenciación establecida entre parejas heterosexuales y homosexuales gozara de ese tipo de justificación y, por lo tanto, el tratamiento diferenciado constituyó una violación de los principios de igualdad y de no discriminación.

Lo anterior reafirma que las diferenciaciones de trato sufridas por la población LGBT basadas en su orientación sexual o su identidad de género carecen de justificación válida que supere el tamiz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De modo que, en Costa Rica, al existir obligación de aplicar el control de convencionalidad, se prohíbe realizar diferenciaciones respecto de dicha población cuando no medie una justificación razonable, no se persiga un fin legítimo y no se cumpla con el test de proporcionalidad.

²²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Duque vs. Colombia. Sentencia del 26 de febrero del año 2016, párrafo 106.

²²⁵ Ibidem., párrafo 107.

Sobre este tema, resulta de importancia traer a colación una resolución dictada por la Sala Constitucional en el año 2014, en la que se resolvió un recurso de amparo en contra de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. El sustento fáctico sobre el que recae la interposición del recurso de amparo se basa en que en el año 2012 un colegiado solicitó que se le extendiera un carné a su pareja del mismo sexo, con el propósito de que éste pudiera hacer uso de las instalaciones, beneficios y demás derechos derivados de la colegiatura y que pueden ser disfrutados por las parejas de los colegiados. No obstante, casi un año después, la mencionada Junta Directiva rechazó la gestión aduciendo que no existía una ley que permitiera otorgar los derechos que se solicitaban.

De seguido se analizarán algunos extractos de la resolución dictada por la Sala Constitucional, siendo que dentro de los aspectos a los que se refirió se encuentra lo relativo al fondo de mutualidad de dicho Colegio y a los seguros voluntarios:

VI.- EN CUANTO AL FONDO DE MUTUALIDAD. (...) se desprende que, en efecto, **no existe impedimento legal alguno para que un colegiado elija como beneficiario de la póliza de vida a su pareja del mismo sexo;** lo que no se permite es que la designe como cónyuge atendiendo a la regulación vigente sobre el matrimonio. No obstante lo anterior, pese a que estas razones quedaron consignadas en el criterio de la Asesoría Legal del colegio —sostenido en el oficio No. Al-185-2013— que se notificó al interesado como fundamento por referencia, la Junta Directiva del colegio recurrido, finalmente, dispuso rechazar en su totalidad la solicitud formulada por el actor. **En criterio de este Tribunal, al no existir impedimento legal que sirviera de sustento, el rechazo de la solicitud queda desprovisto de una justificación objetiva, basándose, pues, en criterios de orientación sexual, categoría protegida convencionalmente.** Así lo sostuvo la CIDH en el caso Atala Riffo al sostener que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención 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. (...)”. Así las cosas, el rechazo cuestionado resulta contrario al principio de dignidad humana del que se deriva el derecho de toda persona de elegir, libre y autónomamente, distintos aspectos de su vida, lo que, comprende entre otros, su orientación sexual, aspecto esencial de la identidad de la persona que debe ser respetado por los poderes públicos. Por lo expuesto, el amparo debe acogerse en cuanto a este aspecto. (...)

De modo que, según la Sala Constitucional, la decisión tomada por la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica carece de una justificación objetiva, razonable y proporcional, por lo que la diferenciación que se estaba realizando en perjuicio de las parejas homosexuales constituye un acto discriminatorio. Siendo que dicha resolución de la Sala Constitucional es acorde con lo dispuesto por el artículo 33 de la Constitución Política costarricense, así como otros instrumentos internacionales de derechos humanos, y por lo dicho por la propia Corte IDH en el caso bajo análisis.

La Sala Constitucional analizó el tema de los seguros voluntarios del siguiente modo:

VIII.- LOS SEGUROS VOLUNTARIOS. (...) Concedida la audiencia sobre ese particular, el Gerente General del Instituto Nacional de Seguros explicó que, actualmente, (...) con la entrada en vigencia de la Ley No. 8956, Ley Reguladora del Contrato de Seguros, reforma Ley Protección al Trabajador, Ley Reguladora Mercado de Seguros y Ley Seguro de Fidelidad, publicada en La Gaceta No. 175 de 12 de setiembre de 2011, se amplió el concepto de interés asegurable según se desprende del artículo 9 al establecer en forma expresa: **"(...) En los seguros de personas existirá interés asegurable cuando el tomador asegure: (...) d) Las personas con quienes mantenga un lazo afectivo que, de común acuerdo entre las partes, justifique el aseguramiento "**. Norma que, según lo indicó el Gerente recurrido, ha fundado la autorización para que una persona incluya a su pareja del mismo sexo en la póliza, siempre y cuando el tomador del seguro colectivo —en ese caso, sería el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica— lo incluya como asegurado directo. En este caso, el recurrente solicitó al colegio recurrido la extensión de los beneficios que se les otorgan a las parejas heterosexuales de los colegiados, sin que se desprenda que, específicamente, hubiere gestionado una póliza de este tipo. No obstante, la argumentación vertida en el criterio de la Asesoría Legal —que como se ha visto, fundó el rechazo de la solicitud del recurrente— no da margen de duda en cuanto a que, en caso de solicitarlo, le sería negado, justificándose en que el ente asegurador no permite incluir a parejas del mismo sexo en estas pólizas, lo cual quedó desvirtuado según se expuso supra. **Nuevamente, la denegatoria impugnada queda sin fundamento objetivo y, por el contrario, confirma que se basa en la orientación sexual diversa del solicitante, por lo que resulta discriminatoria y contraria a la dignidad humana conforme los términos expuestos a lo largo de esta sentencia.** Por ende, el amparo debe

estimarse también en cuanto a este aspecto²²⁶. (El resaltado no es del original).

De lo expuesto se desprende que la Sala Constitucional sostiene que los colegiados tienen la posibilidad de designar como beneficiarios de la póliza de vida, así como de los seguros voluntarios, a personas con las que mantengan un lazo afectivo, dentro de las cuales se encuentran incluidas sus parejas, independientemente de si son del mismo sexo o no. De modo que la designación de los beneficiarios es independiente de la orientación sexual o la identidad de género del otorgante, siendo que en caso de negar la posibilidad de que se designe como beneficiario a un miembro de la comunidad LGBT se estaría vulnerando el bloque constitucional costarricense.

Al respecto, debe tomarse en consideración que dentro de los antes analizados Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, se encuentra el principio 13 sobre el derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social, el cual establece que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social sin ser víctimas de algún tipo de discriminación basada en su orientación sexual o su identidad de género²²⁷. Además, se establece que, para cumplir con dicho principio, entre otras cosas, los Estados:

A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte²²⁸ (...).

²²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2014-012703 de las once horas con cuarenta y un minutos del 1 de agosto del año 2014.

²²⁷ Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, del 26 de marzo de 2007, principio 13.

²²⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2014-012703 de las once horas con cuarenta y un minutos del 1 de agosto del año 2014.

De modo que, el derecho de los colegiados a designar a sus beneficiarios en cuestiones relativas a los seguros voluntarios, y otros similares, no puede tener como restricción su orientación sexual o su identidad de género, pues en caso de que se limite el disfrute de ese tipo de beneficios sobre la base de dichas características, se estaría violentando el principio 13 de los Principios de Yogyakarta, principios que forman parte del bloque constitucional de Costa Rica.

En el mismo caso, en cuanto al uso del carné y de las instalaciones del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, la Sala Constitucional fue enfática al sostener que:

IX.- EN CUANTO AL CARNÉ Y USO LAS INSTALACIONES DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS. Queda acreditado que el colegio recurrido rechazó la solicitud del recurrente para que se extendiera un carné a su pareja (...) en el oficio No. Al-185-2013 que motivó por referencia el acuerdo de la Junta Directiva se indicó al recurrente que “de las normas transcritas resulta evidente que no se incluyó expresamente a las personas que son pareja sentimental de colegiados del mismo sexo, pues tal y como se denota de ésta (sic) última, cuando se hace referencia al “compañero (a) sentimental” lo es en referencia a las uniones de personas legal o constitucionalmente reconocidas. (...) las normas aludidas no pueden interpretarse en forma tal que puedan extenderse los beneficios de uso y disfrute de las instalaciones del Colegio y carné, otorgados a los cónyuges y compañeros de los y las agremiadas heterosexuales, a los compañeros sentimentales del mismo sexo de los y las agremiadas; ni tampoco puedan integrarse por analogía esos beneficios a favor de esas parejas (las sentimentales del mismo sexo de los y las agremiadas)”. Para esta Sala **la interpretación restrictiva del término “compañero sentimental” que realizó el Colegio de Abogados a partir de las normas citadas es discriminatoria, contraria a la dignidad humana y al principio pro homine.** En este aspecto concreto quedó más que evidente que la diferenciación de trato del recurrente y su pareja respecto de las parejas heterosexuales de los colegiados, se basó, únicamente, en la orientación sexual diversa de la persona, categoría protegida a partir de lo dispuesto en el artículo 1.1 en relación con el 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con lo cual el amparo resulta procedente también en cuanto a este extremo²²⁹. (El resaltado no es del original).

²²⁹ Ibidem.

En el extracto de la resolución en análisis se puede apreciar cómo la Sala Constitucional, cuyos pronunciamientos tienen la característica de aplicarse *erga omnes*, determinó que cualquier interpretación restrictiva realizada sobre el término “compañero sentimental” que excluya a las parejas del mismo sexo es violatorio del derecho constitucional de Costa Rica, pues se estaría frente a una interpretación discriminatoria que vulnera la dignidad humana, al tomarse como parámetro de diferenciación la orientación sexual de las personas.

Sobre este aspecto, cabe señalar que, aunque en el caso bajo estudio se estaba estudiando lo ocurrido en un colegio profesional, debe considerarse que la resolución de la Sala Constitucional debe ser aplicada tanto en el ámbito público como en el privado. Es decir, por ejemplo, en el caso de que un club privado establezca limitaciones a sus asociados para designar como beneficiarios de los servicios brindados a una pareja del mismo sexo, siendo que las parejas heterosexuales sí pueden gozar de dichos servicios, se estarían violentando los principios de igualdad, de no discriminación y de dignidad humana.

Lo anterior por cuanto al aplicar el *test but for*, o *test de sustitución*²³⁰, se puede apreciar que al comparar el trato brindado a las parejas conformadas por personas del mismo sexo con el trato recibido por las parejas heterosexuales, siendo este último el trato estándar, se desvela que las parejas homosexuales no estarían recibiendo el mismo trato debido a su orientación sexual. Todo lo cual constituye, a todas luces, un acto discriminatorio debido a que la diferenciación que se está produciendo carece de una justificación objetiva, razonable y proporcional.

Ahora bien, no puede dejarse de lado el hecho de que, en casos como el antes ejemplificado, en el cual se trata de un club privado, se podrían presentar argumentos relativos al tema de la *objeción de conciencia* para establecer diferenciaciones de trato respecto a la población LGBT. Sobre este tema, se tiene, para empezar, que la objeción de

²³⁰ Sobre el test but for o test de sustitución, ver página 9.

conciencia es entendida como:

(...) la conducta individual omisiva frente a un deber normativamente impuesto, motivada por razones axiológicas, no meramente psicológicas o de otra naturaleza. La objeción de conciencia se incardina en el amplio campo de los comportamientos de desobediencia al derecho. De entre los mismos, la objeción de conciencia se singulariza por dos elementos particulares derivados precisamente de su habitual carácter omisivo. En primer lugar, la objeción de conciencia tiene un bajo índice de peligrosidad (Navarro-Valls & Martínez-Torrón, 2012, p. 75). Y en segundo lugar, presupone una restricción mayor de la libertad que la que se produce por la prohibición de actuación (...)²³¹.

Por lo que la objeción de conciencia es entendida como la posibilidad que se produce en el ámbito jurídico que permite que una persona, o grupo de ellas, puedan desobedecer un mandato de carácter normativo debido a razones axiológicas, psicológicas, filosóficas, religiosas, entre otras. En otras palabras, es entendida como una autorización, avalada por el Derecho, para desobedecer un mandato normativo.

No obstante lo anterior, debe tomarse en consideración que la objeción de conciencia no opera de forma irrestricta sino que es necesario que exista una norma jurídica que la avale, así como la realización de una ponderación de los bienes jurídicos que se encuentran en juego, tal como se puede apreciar en el siguiente extracto de una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de España:

La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades así como la laicidad y neutralidad del Estado. La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho —que no es ilimitado o absoluto— a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que, conforme a lo

²³¹ Rafael Palomino, “Objeción de conciencia de los notarios españoles con motivo de la nueva ley de jurisdicción voluntaria”. (España: Revista Jurídica Digital UANDES, (2017): 67-84). Accesado el 27 de diciembre de 2018 de: <https://eprints.ucm.es/42077/1/Objecci%C3%B3n-Palomino.pdf>, 70.

dispuesto en el art. 16.1 CE, limita sus manifestaciones (Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, 2002, fundamento jurídico 7)²³².

Tal como se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional español, la procedencia de la objeción de conciencia debe analizarse de forma casuística pues deben tomarse en consideración los elementos que inciden en cada caso en concreto. Siendo que debe realizarse un juicio en el que se ponderen los derechos en juego para determinar el grado de incidencia que la objeción de conciencia podría tener en derechos constitucionalmente protegidos.

Un caso que permite ejemplificar lo anterior, y que tiene relación con el objeto de estudio del ejercicio académico que se está desarrollando, se encuentra en una sentencia dictada en el año 2008 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En dicho caso, el mencionado tribunal analiza un recurso presentado por una secretaria judicial, quien tiene como principal propósito que se avale la aplicación de la objeción de conciencia para evitar que tenga que tramitar expedientes relativos a matrimonios entre parejas del mismo sexo.

(...) los actos profesionales de un Secretario Judicial, en la tramitación de un expediente de matrimonio entre personas del mismo sexo, no guardan relación alguna con la dimensión interna de su derecho constitucional a la libertad religiosa; no se le impone, en modo alguno, una actuación contraria a su creencia religiosa, tampoco que exteriorice cuál es ésta. Desde la perspectiva de las creencias religiosas de cada uno, desde el fuero interno de cada cual es lícito rechazar que se denomine matrimonio a la unión entre dos personas del mismo sexo, pero cumplir con deberes profesionales, que exteriorizan simplemente trámites muy indirectos, a los que se está obligado por ley, para que otros realicen los conducentes a dicho matrimonio no supone una afectación a las propias creencias (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 20310/2008, 2008, fundamento jurídico 4, Sentencia del Tribunal Supremo 1068/2012, 2012)²³³.

En atención a lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el caso bajo estudio no resultaba procedente la aplicación de la objeción de conciencia pues al

²³² Ibidem., 72.

²³³ Ibidem., 77.

ponderar los elementos relativos al caso con los derechos que estaban en juego, el tribunal determinó que la libertad religiosa no se veía menoscabada por el cumplimiento de un deber legal, que en el caso de la secretaria judicial consistía en la tramitación de expedientes, también judiciales, dentro de los cuales podían encontrarse algunos relativos a la tramitación de matrimonios entre parejas del mismo sexo.

Cabe señalar que en Costa Rica no existe una norma que consagre de forma expresa un derecho general a la objeción de conciencia, aunque sí existen normas que la tutelan de forma indirecta, como lo es, por ejemplo, el artículo 210 del Código de Educación que permite que los estudiantes de primaria se eximan de recibir dos horas de educación religiosa cuando sus padres lo soliciten por escrito al director de la escuela²³⁴. Mientras que, como se ha logrado apreciar a lo largo de la presente sección, sí existe un amplio sistema normativo que tutela los principios de igualdad y de no discriminación, los cuales, como derechos humanos que son, se encuentran inmersos en las esferas jurídicas de todas las personas, incluidas, por supuesto, aquellas que conforman la comunidad LGBT.

Así las cosas, ante un caso en el que se alegue objeción de conciencia para restringir el ejercicio de derechos a las personas miembros de la comunidad LGBT, es necesario que se ponderen los elementos del caso en concreto y que se tome en consideración que tanto el principio de igualdad como el de no discriminación vienen a ser dos de los pilares sobre los cuales descansan los derechos humanos. Por lo que resulta difícil que la objeción de conciencia resulte procedente si desemboca en la vulneración de tales principios.

Dicho lo anterior, se tiene que en la resolución bajo estudio de la Sala Constitucional se encuentra un importante avance en la tutela de los derechos de las personas LGBT, esto por cuanto se está reconociendo que ciertos beneficios que se adquieren al ser miembro de un colegio profesional pueden ser disfrutados por las personas que conforman parejas del mismo sexo. Es decir, con la mencionada resolución se está permitiendo que una situación de discriminación estructural que estaba afectando a las personas miembros de la comunidad LGBT sea considerada contraria al derecho constitucional costarricense.

²³⁴ Código de Educación de Costa Rica, del 18 de agosto del año 1944, artículo 210.

El texto de la resolución No. 2014-012703 continúa diciendo que:

X.- En cuanto al uso de las instalaciones, se rechazó también la gestión del recurrente según el acuerdo adoptado en la sesión ordinaria No.22-13 de 24 de junio de 2013. En el mencionado oficio No. AL-4185-2013, únicamente, se indicó al actor que todas las personas, independientemente, de su condición, deben observar el orden, la seguridad, moralidad y disciplina con base en lo dispuesto en el Reglamento de funcionamiento y administración de los edificios y áreas deportivas y que, incluso, según el artículo III de esa normativa, podría solicitárseles desalojar las instalaciones. (...) Este Tribunal no cuestiona la potestad del colegio recurrido de establecer reglas para la permanencia y uso de las instalaciones, las cuales deben tener como marco el principio de autonomía de la voluntad dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política. Pese a esto, **no podría rechazarse el uso de esas instalaciones a las parejas del mismo sexo de los colegiados basados, únicamente, en su orientación sexual pues estaría incurriéndose en una actuación discriminatoria y contraria al principio de igualdad.** Ya este Tribunal Constitucional, por mayoría, ha estimado procesos de amparo en los que parejas del mismo sexo han reclamado ser sujetos de actuaciones discriminatorias basadas en su orientación sexual en establecimientos privados como restaurantes, bares entre otros, considerando que esos actos resultan contrarios a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política (ver por ejemplo, las sentencias Nos. 2011-08724 de las 9:18 horas de 1 de julio de 2011, 2012-006203 de las 11:06 horas de 11 de mayo de 2012). De ahí entonces que toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona resulta contraria al Derecho de la Constitución y se encuentra sometida a un control por parte de esta Jurisdicción Constitucional, por lo que, al haberse constatado en el sub lite, el amparo se estima en cuanto a este extremo²³⁵.

En la cita transcrita, la Sala Constitucional reitera que el principio de igualdad y de no discriminación tutela a todas las personas por igual, por lo que las lesbianas, gays, bisexuales y trans cuentan dentro de sus esferas jurídicas con la protección de dichos derechos. Lo que implica que, en casos como el expuesto, en el que se rechaza el uso de las instalaciones de un colegio profesional debido a una diferenciación basada en la orientación sexual o la identidad de género de una persona, se está frente a una violación de los principios mencionados, cuestión proscrita por el ordenamiento jurídico costarricense.

²³⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2014-012703 de las once horas con cuarenta y un minutos del 1 de agosto del año 2014.

De forma que, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Sala Constitucional coinciden en que el imposibilitar que una persona designe a su pareja del mismo sexo como beneficiario de una pensión, seguro voluntario o póliza de vida, por mencionar algunos ejemplos, basándose en la orientación sexual del peticionario, es contrario a los principios de igualdad, de no discriminación y de dignidad humana, debido a que carece de una justificación objetiva, razonable y proporcional.

5. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Flor Freire vs. Ecuador²³⁶

El 31 de agosto del año 2016, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió su sentencia relativa al *caso Flor Freire vs. Ecuador*, en la cual decretó la responsabilidad del Estado ecuatoriano por violentar, entre otros, el principio de igualdad y de no discriminación, el derecho a la honra y a la dignidad, y la garantía de imparcialidad.

Lo anterior se dio en el marco de un proceso disciplinario que se inició en el año 2000 en contra del señor Flor Freire, quien se desempeñaba como funcionario militar de la Fuerza Terrestre de Ecuador, y a quien se le acusó por supuestamente haber llevado a cabo actos sexuales de índole homosexual, siendo que el mismo fue separado de las Fuerzas Armadas de Ecuador, de conformidad con una norma del Reglamento de Disciplina Militar.

En lo relativo a la diferencia de trato en el caso bajo estudio, la Corte consideró que:

117. (...) existía una diferencia de trato en la regulación de los “actos sexuales ilegítimos” y los “actos de homosexualismo” en dos sentidos: (i) respecto de la gravedad de la sanción, pues la sanción para los “actos sexuales ilegítimos” oscilaba entre 10 días de arresto y 30 días de suspensión, mientras que la sanción para los “actos de homosexualidad” era la baja del oficial, y (ii) respecto del alcance de la conducta sancionada, pues los actos sexuales ilegítimos eran sancionados si eran cometidos “en el interior de repartos militares”, mientras que los “actos de homosexualismo” eran sancionados incluso si eran realizados fuera del servicio²³⁷.

²³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Flor Freire vs. Ecuador. Sentencia del 31 de agosto del año 2016.

²³⁷ Ibidem., párrafo 117.

La Corte Interamericana consideró que la separación sufrida por el señor Freire, basada en una sanción existente a nivel interno, constituye una clara violación a los principios de igualdad y de no discriminación debido a que en el Reglamento de Disciplina Militar las relaciones sexuales entre personas heterosexuales no estaban sancionadas con la misma intensidad que las relaciones sexuales entre personas homosexuales.

Ahora bien, en este punto debe traerse a colación una cita realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que resulta de vital importancia para esta investigación.

Al determinar si alguien está comprendido en una categoría respecto de la cual existen uno o más motivos prohibidos de discriminación, la decisión se basará, a menos que exista una justificación para no hacerlo, en la autoidentificación del individuo en cuestión. La pertenencia también incluye la asociación con un grupo afectado por uno de los motivos prohibidos (por ejemplo, el hecho de ser progenitor de un niño con discapacidad) o la percepción por otras personas de que un individuo forma parte de uno de esos grupos (por ejemplo, en el caso de una persona cuyo color de piel se asemeje al de los miembros de un grupo o que apoye los derechos de un grupo o haya pertenecido a ese grupo)²³⁸. (El resaltado no es del original).

Lo anterior significa que cuando deba analizarse si la pertenencia de una persona a una o más categorías que tienen una protección especial en contra de la discriminación se debe tomar en cuenta, como primer elemento, la autopercepción de la persona. Siendo que también se puede hacer uso de la asociación que el individuo posee con el grupo afectado o la percepción que el resto de personas poseen respecto a la pertenencia del individuo a determinado grupo.

Otro aspecto que es analizado por la sentencia del caso en estudio es que la tutela que existe en relación con los principios de igualdad y de no discriminación, a favor de la orientación sexual de las personas, va de la mano con la proscripción de las normas jurídicas

²³⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, párrafo 16. Accesado el 9 de setiembre de 2018 de: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11.

que establecen penas por la comisión de actos sexuales homosexuales entre personas adultas. Sobre este tema, se debe considerar que:

123. (...) Desde 1981 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que la criminalización de la homosexualidad no es proporcional a los fines que intenta conseguir. Lo mismo fue considerado por el Comité de Derechos Humanos desde 1994. Recientemente, en el año 2015, doce entidades de Naciones Unidas publicaron una declaración conjunta llamando a poner fin a la violencia y discriminación en contra de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales por medio de leyes que criminalizan conductas homosexuales entre adultos con consentimiento y entre personas transgénero sobre la base de su expresión de género, así como otras leyes usadas para arrestar, castigar o discriminar en contra de personas por su orientación sexual, identidad de género o expresión de género. De acuerdo al Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “[l]o que estas leyes tienen en común es su utilización para acosar y procesar a personas por su sexualidad o identidad de género real o supuesta”²³⁹.

De lo anterior se tiene que existe gran consenso a nivel internacional respecto a la improcedencia de sanciones penales en contra de la población LGBT debido a la criminalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, aun cuando dichas personas sean adultas y medie consentimiento. Esto por cuanto no sólo provocan una intromisión en la vida privada de las personas afectadas, sino que también carece de un fin legítimo que justifique la interposición de penas debido al comportamiento mencionado.

También quiere traerse a colación que la Corte IDH declaró que las obligaciones relativas a los principios de igualdad y de no discriminación son de acatamiento obligatorio:

124. El Estado ha alegado que para la fecha de los hechos no existía una obligación internacional de considerar a la orientación sexual como una categoría prohibida de discriminación. Al respecto, **la Corte recuerda que las obligaciones consagradas en la Convención Americana, tal como la prohibición de discriminación, deben ser respetadas por los Estados Parte desde el momento en que ratifican dicho tratado. Las obligaciones de derechos humanos derivadas de la prohibición de discriminación y el principio de igualdad ante la ley son de cumplimiento inmediato.** En particular sobre la orientación sexual, esta Corte ha señalado que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países al momento de los hechos

²³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Flor Freire vs. Ecuador. Sentencia del 31 de agosto del año 2016 párrafo 123.

sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. Además, la Corte resalta que contemporáneo a los hechos en el presente caso, esta forma de discriminación estaba prohibida constitucionalmente a nivel interno. Por tanto, no hay duda que, para el momento en que sucedieron los hechos del presente caso, el Estado estaba obligado a no discriminar con base en la orientación sexual de las personas²⁴⁰. (El resaltado no es del original).

De modo que los Estados no pueden alegar que su falta de respeto a los principios de igualdad y de no discriminación se debe a que aún no existen obligaciones internacionales que constriñan a considerar que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas contra la discriminación. Además, se dispuso que no puede alegarse la existencia de una ausencia de consenso interno para justificar una falta de cumplimiento de los principios mencionados.

Lo anterior es de suma importancia por cuanto establece que ningún país que reconozca la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que, por tanto, deba ejercer el control de convencionalidad, puede justificar su falta de tutela respecto de la población LGBT debido a una ausencia de consenso interno. Es decir, que la Corte IDH reafirma la protección especial que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos brinda a poblaciones en estado de vulnerabilidad, esto al imposibilitar que, mediante argumentos como el mencionado, se justifique la postergación en el tiempo de tratamientos discriminatorios contrarios a la dignidad humana.

6. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-24/17 presentada por el Estado de Costa Rica²⁴¹

El pasado 24 de noviembre del año 2017, la Corte IDH emitió la opinión consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica el 18 de mayo del año 2016. En dicha consulta el Estado costarricense le solicitó a la Corte IDH que se

²⁴⁰ Ibidem., párrafo 124.

²⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017.

pronunciara sobre: (i) la protección que brinda la CADH en relación al reconocimiento del cambio de nombre para que el mismo sea acorde con la identidad de género de las personas; (ii) la compatibilidad del numeral 54 del Código Civil de dicho país que se aplica cuando una persona quiere cambiar su nombre para que concuerde con su identidad de género; así como (iii) la protección que brinda la misma CADH sobre el reconocimiento de derechos patrimoniales que se deriven de un vínculo entre personas del mismo sexo²⁴².

En este punto resulta trascendental aclarar algo que la propia Corte IDH mencionó en la opinión consultiva en análisis, y es que “El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos²⁴³”.

Como puede vislumbrarse, la mencionada opinión consultiva viene a constituir un avance fundamental para la defensa de los derechos humanos de las personas LGBT, entre otros, no sólo de Costa Rica, sino de todos los países miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Lo anterior, debido a que la Corte IDH se pronuncia específicamente sobre los mencionados derechos de dicha población vulnerabilizada. Sin embargo, debido a que lo contenido en la opinión consultiva es material suficiente para la realización de múltiples trabajos de investigación, el análisis realizado en las siguientes líneas estará enfocado en lo que interesa para el objeto de este ejercicio académico.

Dentro de las cuestiones que se deben destacar de la OC-24/17 es que la misma contiene en sus páginas iniciales un glosario en el que la Corte Interamericana, de manera sucinta, agrupa lo que a nivel internacional se entiende respecto al sexo, identidad de género, orientación sexual, entre otros. Es decir, la misma Corte IDH viene a zanjar la discusión sobre lo que debe entenderse por términos que pueden catalogarse como polémicos respecto al tema que estaba analizando.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ Ibidem., párrafo 54.

En el párrafo 68 de la opinión en estudio, la Corte IDH estableció que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención, cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas²⁴⁴”. Es decir, la Corte IDH reiteró que la CADH protege tanto a la orientación sexual como a la identidad de género de las personas. Sobre este mismo aspecto, es necesario considerar la siguiente cita:

95. De esa forma, **el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer**, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que **dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada**. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, **ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo)**. En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad²⁴⁵. (El resaltado no es del original).

En otras palabras, la Corte Interamericana refuerza la protección dada a la identidad sexual y de género y establece que, a pesar de que a nivel social existen estereotipos y prejuicios, se deben respetar dichas categorías, las cuales responden a un aspecto subjetivo de cada ser humano, y no a la percepción social. Esto es congruente con lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mencionado en el apartado

²⁴⁴ Ibidem., párrafo 68.

²⁴⁵ Ibidem., párrafo 95.

precedente, sobre la importancia de la autodefinición del individuo²⁴⁶. Asimismo, la Corte IDH dispone que la identidad está ligada con la dignidad humana, la libertad, la vida privada, la autodeterminación, la intimidad, entre otros, y que tiene una estrecha vinculación con el ejercicio efectivo de otros derechos humanos, por lo que resulta vital asegurar su tutela.

Dentro de las respuestas que brindó la Corte IDH a las preguntas formuladas por Costa Rica, se tienen las que a continuación se transcriben. En primer lugar, la Corte IDH se refirió a la pregunta sobre la protección que brinda la Convención Americana sobre Derechos Humanos al reconocimiento de la identidad de género de la siguiente manera:

116. El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto-percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines²⁴⁷.

Lo resuelto por la Corte IDH es de gran relevancia para la población LGBT debido a que declara que tanto el nombre, la imagen y la mención del género y sexo deben ser acordes con la identidad de género autopercibida por la persona. Es decir, se les está permitiendo a los individuos que determinen su nombre, imagen, identidad de género y su sexo, según el ejercicio del derecho a la autodefinición.

Esto significa que las personas trans pueden adecuar su nombre y su imagen en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con su identidad sexual y de género. Lo que implica que, en adelante, dicha población vulnerabilizada va a contar con

²⁴⁶ Sobre la autodefinición de las personas, ver página 119.

²⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 116.

menos dificultades para acceder al sistema educativo y al mundo del derecho laboral, por citar algunos ejemplos.

Sobre la naturaleza de los procesos que tienen como propósito el cambio de nombre para que éste tenga concordancia con la identidad de género del solicitante, la Corte resolvió:

160. Los Estados cuentan con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, deben cumplir con los requisitos señalados en esta opinión, a saber: **a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.**

Dado que la Corte nota que los trámites de naturaleza materialmente administrativos o notariales son los que mejor se ajustan y adecúan a estos requisitos, los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona²⁴⁸. (El resaltado no es del original).

Ergo, la Corte Interamericana deja abierta la posibilidad para que sean los propios Estados los que decidan la manera en la que van a establecer los procedimientos para efectuar los cambios en los registros y documentos de identidad para que estos sean acordes al nombre, imagen e identidad sexual y de género de las personas. Sin embargo, dicho órgano jurisdiccional establece ciertos requisitos, como lo es la confidencialidad.

²⁴⁸Ibidem., párrafo 160.

Sobre este particular, debe considerarse que, según la Sala Constitucional, en Costa Rica existe una protección especial a favor de grupos objeto de marginalización, como lo es, por ejemplo, la población LGBT. En la resolución No. 2010-13313, la Sala Constitucional resolvió un caso en el que se planteó un recurso de amparo contra el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) debido a que este último permitió que se ejecutaran mecanismos legales para desarrollar un referéndum sobre el Proyecto de Ley de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo. Al respecto, la Sala Constitucional dispuso que:

Frente a los grupos que son objeto de marginación y prejuicios sociales no basta la aplicación del principio de la igualdad real y prohibición de toda discriminación que, normalmente, operan *ex post* a la perpetración del acto discriminatorio. Por lo anterior, es preciso que los poderes públicos actúen el principio de apoyo a tales grupos con políticas públicas y medidas normativas efectivas. **El principio de apoyo a los grupos discriminados previene y se anticipa a las discriminaciones, de modo que tiene un efecto *ex ante*, respecto de éstas.** El principio de apoyo se logra cumplir cuando se dicta legislación y reglamentación que reconoce derechos de los grupos discriminados, aunque estos sean de configuración infra constitucional (.) Los poderes públicos tienen, por aplicación del principio y el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas, independientemente del grupo al que pertenezcan, la obligación de abstenerse de implementar políticas o prácticas que producen una discriminación estructural o, incluso, de utilizar las instituciones que ofrece el ordenamiento jurídico con fines diferentes a los que se han propuesto²⁴⁹. (El resaltado no es del original).

Según el criterio sostenido por la Sala Constitucional, cuando se está frente a grupos objeto de marginación, es necesario llevar a cabo una tutela rigurosa que va más allá de los presupuestos establecidos por los principios de igualdad y de no discriminación, siendo que en ese caso se exige que los poderes públicos dicten medidas de diverso tipo en apoyo a dichos grupos, para cumplir con el principio de apoyo. Como puede apreciarse, dicho principio está vinculado al deber de los Estados de crear acciones positivas y, por tanto, no es más que la visión material del principio de no discriminación, lo cual fue analizado en la sección a) de este capítulo.

²⁴⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2010-13313 de las dieciséis horas y treinta y un minutos del 10 de agosto del 2010.

Además, cabe señalar que, según la Sala Constitucional, el denominado *principio de apoyo a los grupos discriminados* se cumple mediante la creación de normas de diversos tipos, las cuales no son de rango constitucional, aunque no puede obviarse que tienen asidero en el artículo 33 de la Constitución Política, y que buscan reconocer derechos a grupos históricamente discriminados como lo es, en este caso, la población LGBT. Por lo que, a partir de lo anterior, diversos aparatos del Estado han desarrollado múltiples medidas que procuran cumplir con el mencionado principio.

En el caso de Costa Rica, un ejemplo de las normas que buscan tutelar el principio de apoyo a los grupos discriminados es el decreto emitido por el Tribunal Supremo de Elecciones, el cual ha sido denominado *Reforma al Reglamento del Registro del Estado Civil y al Reglamento de la Cédula de Identidad con Nuevas Características*. Con dicha reforma, se reguló el proceso a seguir por aquellas personas que quieran cambiar su nombre para que sea acorde con su identidad de género autodeterminada. Es decir, con esta norma, el Estado está procurando cumplir con la obligación de buscar revertir una situación de discriminación sufrida por la población LGBT.

Por otra parte, sobre la compatibilidad que posee el numeral 54 del Código Civil costarricense, y su aplicación, con el cambio de nombre para que el mismo coincida con la identidad de género del solicitante, el máximo tribunal interamericano dispuso:

171. El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto-percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos:

a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida, b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes, c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar

los cambios de conformidad con la identidad de género, d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales.

En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana.

El Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de la manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza materialmente administrativa, que puede proveer de forma paralela, de conformidad a lo señalado en los párrafos anteriores de la presente opinión (supra párr. 160)²⁵⁰.

Con el propósito de analizar lo sostenido por la Corte Interamericana, es necesario considerar que el artículo 54 mencionado dispone que “Todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto²⁵¹”.

Según el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la norma transcrita es capaz de superar los estándares en materia de derechos humanos, siempre que permita que todas las personas puedan adecuar los registros y los documentos de identidad según la identidad de género y sexual, y se cumpla con una serie de requisitos.

Sobre este aspecto, debe considerarse que, en julio del año 2018, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Ejecutivo No. 41173, denominado *Adecuación de Trámites, Documentos y Registros al Reconocimiento del Derecho a la Identidad Sexual y de Género*. Con este cuerpo normativo, el Estado costarricense procura garantizar el cumplimiento de la obligación que posee de “(...) respetar y garantizar a toda persona la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar, o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su

²⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 171.

²⁵¹ Código Civil, 28 de setiembre 1887.

identidad, como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros²⁵²”.

Con dicho Decreto Ejecutivo, se permite que en adelante la población LGBTI pueda ejercer su derecho a su identidad sexual y de género, según los estándares establecidos por la Opinión Consultiva OC-24/17. Esto, como se dijo previamente, supone un enorme avance en la tutela de los derechos humanos de dicha población vulnerabilizada, por cuanto se está reconociendo su derecho a su nombre y a su imagen para que sean acordes a su identidad sexual y de género.

Respecto a la cuarta y quinta interrogante planteada por el Estado costarricense acerca de la protección convencional existente respecto al vínculo entre parejas del mismo sexo y los derechos patrimoniales que derivan, así como respecto a la necesidad o no de que exista una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo para que el Estado reconozca los derechos patrimoniales que derivan de dichos vínculos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que:

199. La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales (supra párr. 198)²⁵³. (El resaltado no es del original).

²⁵² Decreto Ejecutivo No. 41173: *Adecuación de Trámites, Documentos y Registros al Reconocimiento del Derecho a la Identidad Sexual y de Género*, del 4 de julio del año 2018, artículo 4.

²⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 199.

228. Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna²⁵⁴. (El resaltado no es del original).

Con lo dicho por la Corte IDH, se viene a reafirmar un criterio sostenido por dicho tribunal jurisdiccional, como lo es la inexistencia de un concepto unívoco de familia, siendo que en realidad el concepto de familia evoluciona a través del tiempo, lo que ha permitido cobijar dentro del mismo a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Sobre este particular, cabe citar lo señalado por la Corte Interamericana en el antes analizado *caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*:

142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio²⁵⁵.

La Corte IDH reitera que la familia no sólo es aquella que se subsume bajo el concepto tradicional, sino que dicho concepto se ha ampliado permitiendo reconocer como tal a otros lazos familiares diferentes a los formados por matrimonios heterosexuales. Esto es acorde con lo dispuesto en los Principios de Yogyakarta, norma en la que se establece que todas las personas, incluidas los miembros de la comunidad LGBT, tienen derecho a formar una

²⁵⁴ Ibidem., párrafo 228.

²⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero del año 2012, párrafo 142.

familia, para lo cual los Estados están obligados a tomar las medidas necesarias para garantizar la efectividad del mencionado derecho²⁵⁶.

Esto tiene múltiples implicaciones pues, tal como lo señala la misma Opinión Consultiva OC-24/17, los Estados deben garantizar el acceso a las parejas conformadas por personas del mismo sexo a las figuras existentes con el propósito de asegurarles los mismos derechos que los ostentados por parejas heterosexuales. A partir de lo anterior, y teniendo claro que una de las obligaciones que corresponden a los Estados es la de adecuar la legislación interna para cumplir con el correcto control de convencionalidad²⁵⁷, se tiene que la prohibición contenida en el artículo 14 inciso 6) del Código de Familia²⁵⁸ y lo dispuesto en el artículo 242²⁵⁹ del mismo *corpus iuris* son inconvencionales.

Con el propósito de ejercer control de convencionalidad respecto de lo establecido por la Corte IDH en la Opinión Consultiva en estudio, la Sala Constitucional emitió dos votos sumamente cuestionados el 8 de agosto del año 2018. En el caso del voto No. 12782, el máximo tribunal constitucional del país declaró la inconstitucionalidad del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia; mientras que en la resolución No. 12783, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad del numeral 242 del mismo cuerpo normativo, así como del artículo 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven²⁶⁰. Es decir, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las prohibiciones contenidas en el

²⁵⁶ Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, del 26 de marzo de 2007, principio 24.

²⁵⁷ Sobre el control de convencionalidad, ver páginas 93-97.

²⁵⁸ Código de Familia, 21 de diciembre de 1973, artículo 14: “Es legalmente imposible el matrimonio: 6) Entre personas del mismo sexo”.

²⁵⁹ Ibidem., artículo 242: “La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa”.

²⁶⁰ Ley General de la Persona Joven, del 2 de mayo del año 2002, artículo 4: “Artículo 4. Derechos de las personas jóvenes. La persona joven será sujeto de derechos; gozará de todos los inherentes a la persona humana garantizados en la Constitución Política de Costa Rica, en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos o en la legislación especial sobre el tema. Además, tendrá los siguientes: (...) m) El derecho al reconocimiento, sin discriminación contraria a la dignidad humana, de los efectos sociales y patrimoniales de las uniones de hecho que constituyan de forma pública, notoria, única y estable, con aptitud legal para contraer matrimonio por más de tres años. Para estos efectos, serán aplicables, en lo compatible, los artículos del 243 al 245 del Código de Familia, Ley No. 5476, de 21 de diciembre de 1973, y sus reformas.”.

ordenamiento jurídico costarricense relativas a la posibilidad de contraer matrimonio civil o constituir uniones de hecho entre parejas del mismo sexo.

Para una mayor comprensión del alcance de las resoluciones No. 12782 y No. 12783, se procederá a realizar un breve análisis de las mismas, con mayor énfasis en la primera, sin el afán de hacer un estudio exhaustivo debido a que no corresponde con el objetivo de esta investigación. Para empezar, se tiene que la acción de inconstitucionalidad que fundamentó la emisión de la resolución No. 12782 se presentó en el año 2015 en contra del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, y tenía como precedente la solicitud de matrimonio entre el solicitante y su pareja, siendo ambos del mismo sexo, la cual se encontraba tramitándose en el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José.

En el voto de mayoría de la resolución No. 12782, se hace un interesante estudio sobre la jurisprudencia que ha tenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a casos relativos a parejas del mismo sexo, siendo que una de las principales conclusiones extraídas fue que “el caso Oliari revela que la ausencia absoluta en el ordenamiento jurídico de una institución formal y legal de reconocimiento para las relaciones homosexuales puede generar un estado lesivo para los derechos fundamentales de esta minoría²⁶¹”. Situación que, hasta el momento de la emisión de la mencionada resolución, era la experimentada por las parejas del mismo sexo en Costa Rica.

Otro aspecto que fue analizado por los magistrados constitucionales es el relativo a la diferencia entre el matrimonio religioso y las instituciones civiles, sobre las cuales sostuvieron que “(...) se trata de ámbitos completamente distintos del libre desarrollo de la personalidad. Uno es el aspecto espiritual y religioso, cuyo respeto es garantizado a todas las personas por normativa constitucional y convencional; otro es el civil, esto es, el modo en que la sociedad democrática confiere reconocimiento jurídico a la vida en pareja en sus diversas formas²⁶²”.

²⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2018-12782 de las diecisiete horas y cuarenta y cinco minutos del 8 de agosto del 2018.

²⁶² Ibidem.

A partir de lo anterior, la Sala Constitucional determinó que:

El impedimento estatuido en el inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia, impugnado en esta acción, resulta inconstitucional por violación al derecho a la igualdad, cobijado en los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por un lado, la norma cuestionada se traduce por sí misma en una prohibición para el matrimonio entre personas del mismo sexo, negándoseles con base en su orientación sexual el acceso a tal instituto; por otro, de manera refleja afecta la posibilidad de que las parejas del mismo sexo accedan a la figura de la unión de hecho, toda vez que el ordinal 242 del Código de Familia se refiere a la “...aptitud legal para contraer matrimonio...”, con lo que remite a las imposibilidades legales del numeral 14, entre ellas la que es objeto del sub examine. **Es decir, la norma cuestionada impide tanto la formalización de un matrimonio como el reconocimiento de una unión de hecho entre personas del mismo sexo por la sola razón de la orientación sexual, lo que contraría la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida que esta ha venido a expandir la cobertura de protección en esta materia**²⁶³. (El resaltado no es del original).

Por lo tanto, con las resoluciones bajo análisis, la Sala Constitucional reconoce que las normas contenidas en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia y el artículo 242 del mismo cuerpo normativo son inconstitucionales e inconvencionales al establecer diferenciaciones en perjuicio de las parejas del mismo sexo sin que medie una justificación objetiva, razonable y proporcional.

Además, como parte de la argumentación esgrimida por el máximo órgano jurisdiccional en materia constitucional del país, se hizo alusión al término *estado de cosas inconstitucionales*, el cual fue acuñado por la Corte Constitucional de Colombia y que en la sentencia T025/04 de 2004, citada por la propia Sala Constitucional, se establece:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la

²⁶³ Ibidem.

incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial²⁶⁴.

Lo anterior llevó a considerar a los magistrados constitucionales que en el caso bajo análisis se estaba frente a un caso de cosas inconstitucionales, tal como se aprecia de seguido:

Dentro de este contexto, el dogma del matrimonio exclusivo para parejas heterosexuales ha constituido un fundamento cultural e histórico de la estructura del sistema jurídico, por lo que el cambio de tal paradigma –esto es, la ampliación de su cobertura en favor de las parejas del mismo sexo– conlleva de manera inexorable una revisión general del ordenamiento jurídico vigente a los efectos de velar por la seguridad jurídica y una solución más integral, tarea que en razón de su naturaleza jurídica y en respeto al principio de división de poderes, en primera instancia compete al Poder Legislativo²⁶⁵.

Ergo, el reconocer los mismos derechos a las parejas conformadas por personas del mismo sexo que los derechos existentes a favor de las parejas heterosexuales, no sólo permite que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio o constituirse en una unión de hecho, sino que a partir de eso van a poder gozar de otra serie de derechos de gran relevancia, como lo son, por mencionar algunos, los relativos a materia de pensiones, sucesiones, garantías procesales, custodia de menores, adopciones, entre otros. Todo lo cual llevó a que la Sala Constitucional, al resolver la acción de inconstitucionalidad planteada, hiciera énfasis a lo establecido por la Corte IDH en la propia Opinión Consultiva OC-24/17:

226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ Ibidem.

median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos²⁶⁶. (El resaltado no es del original).

Así las cosas, la Sala Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código de Familia, del numeral 242 del mismo cuerpo normativo, así como del artículo 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven, tomó en consideración lo dicho por la Corte IDH y a lo preceptuado por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional²⁶⁷, así como el hecho de que se está frente a estado de cosas inconstitucionales. Por lo tanto, dicho tribunal constitucional decidió instar a la Asamblea Legislativa para que, en un plazo de dieciocho meses, a partir de la publicación de las sentencias en el Boletín Judicial, tomara las previsiones legislativas necesarias para regular de manera adecuada los vínculos entre parejas del mismo sexo. Siendo que en caso de que al concluir el plazo señalado no se haya aprobado una ley que regule dichos vínculos, las normas declaradas inconstitucionales dejarían de tener vida jurídica²⁶⁸.

Sobre este tema, cabe señalar que la Asamblea Legislativa, en caso de que llegue a crear una ley para regular los vínculos entre parejas del mismo sexo, y los múltiples efectos jurídicos que producen, debe atenerse a lo dispuesto por la Corte IDH:

224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación

²⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 226.

²⁶⁷ Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135, del 11 de octubre de 1989, artículo 91: “La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales”.

²⁶⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2018-12782 de las diecisiete horas y cuarenta y cinco minutos del 8 de agosto del 2018.

que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana²⁶⁹.

De modo que, sería inconveniente que se cree una figura jurídica para regular las uniones entre parejas del mismo sexo, que produzca los mismos efectos jurídicos que el matrimonio heterosexual, pero que posea un nombre distinto. Esto por cuanto en caso de realizarse, se estaría creando una diferenciación en perjuicio de las parejas del mismo sexo, la cual carecería de una justificación objetiva, razonable y proporcional, lo que conduciría a que la misma resulte discriminatoria y contraria al principio de dignidad humana.

Las mencionadas resoluciones de la Sala Constitucional han generado molestia en la sociedad costarricense, siendo que muchos se oponen a que dicho órgano jurisdiccional haya abierto la posibilidad de que parejas del mismo sexo contraigan matrimonio civil o se les reconozca la constitución de una unión de hecho. Mientras que muchos otros consideran que con las resoluciones bajo estudio se extiende por al menos dieciocho meses la situación de discriminación de la que son víctimas las parejas conformadas por personas del mismo sexo, lo que resultaría, a su vez, inconveniente e inconstitucional.

En suma, con la opinión consultiva OC-24/17, la Corte IDH vino a clarificar muchas interrogantes que existen en la región sobre los derechos de las personas miembros de la comunidad LGBTI. Siendo que se establece de forma precisa la protección que la CADH, así como otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, le brindan a dicha población vulnerabilizada; lo que marca un estándar de suma importancia pues, de acuerdo

²⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 224.

con el principio de progresividad, en adelante no se le puede dar una protección menor a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en la región.

Después de haber analizado los principales instrumentos normativos, de alcance internacional y regional, que tutelan los derechos de las personas LGBT en el ámbito laboral, se puede concluir que la protección dada a este grupo vulnerable es amplia y se encuentra sustentada en la defensa de los principios de igualdad y de no discriminación.

b. Normas jurídicas de Costa Rica que tutelan los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en materia laboral: marco normativo costarricense y la jurisprudencia nacional

Una vez estudiados los instrumentos normativos de carácter internacional y regional que tienen aplicación en Costa Rica, en materia de derechos laborales de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, se procederá a realizar un análisis respecto de las normas internas de dicho país. Esto se hará entendiendo que, en muchas oportunidades, las normas internas vienen a recoger lo antes esgrimido por instrumentos normativos internacionales, siendo que en esos casos se debe considerar lo expresado por Huerta, quien afirma que:

El hecho de asimilar el contenido de los tratados internacionales al derecho interno tiene como principal consecuencia incrementar la eficacia de su protección con el respaldo de los sistemas de control del ejercicio del poder por aparte del Estado. La jurisdicción internacional, a pesar de haberse fortalecido en los últimos decenios, sigue siendo insuficiente para asegurar de manera eficiente los derechos de las personas²⁷⁰.

A partir de lo anterior, se procederá a estudiar algunas normas emitidas en Costa Rica que tutelan los derechos laborales de la población objeto de este ejercicio académico, es decir, de la comunidad LGBT, dentro de las que se encuentran incluidas la Constitución Política de la República de Costa Rica, diversas leyes, reglamentos y decretos ejecutivos. Cabe aclarar

²⁷⁰ Carla Huerta, “La Estructura Jurídica del Derecho a la No Discriminación”, en *Derecho a la No Discriminación*, coord. Carlos de la Torre, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006), 185-204.

que algunas normas que forman parte del ordenamiento jurídico costarricense, y que no serán analizadas en este apartado, se encuentra enlistadas en el anexo 1 de esta investigación.

i. Constitución Política de la República de Costa Rica

La Constitución Política de Costa Rica, que se encuentra vigente actualmente, fue emitida el 7 de noviembre del año 1949 y constituye la norma de mayor jerarquía que rige en el derecho costarricense, debido a que las normas jurídicas de rango menor a ésta están obligadas a respetar los postulados que plantea, como consecuencia de la aplicación del *principio de regularidad jurídica*²⁷¹.

En cuanto a la protección que la Constitución Política costarricense plantea respecto a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, se tiene que no existe una norma que tutele de forma expresa los derechos de las personas miembros de la comunidad LGBT. No obstante lo anterior, en el numeral 33 de dicho cuerpo normativo se tutelan los principios de igualdad y de no discriminación al estipular que “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana²⁷²”.

Mientras que el artículo 50 del mismo cuerpo normativo se dispone que “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza²⁷³”; y el numeral 28 establece que “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley (...)”²⁷⁴.

²⁷¹ El principio de regularidad jurídica fue esgrimido por Kelsen y según González “La regularidad jurídica es la compatibilidad de una norma jurídica respecto de otra norma jurídica ubicada en un rango jerárquicamente superior. Las normas jurídicas superiores no deben tener ningún tipo de compatibilidad con las normas jurídicas inferiores, sino que son éstas últimas, las que sí deben tener esa compatibilidad”. Gustavo González Solano, “El Control Constitucional en Costa Rica: sobre incoherencias, paradojas e inconstitucionalidades de nuestro control de constitucionalidad”. (Costa Rica: Revista de Ciencias Jurídica de la Universidad de Costa Rica, no. 101, 2003), 173.

²⁷² Constitución Política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949, artículo 33.

²⁷³ Ibidem., artículo 50.

²⁷⁴ Ibidem., artículo 28.

Por lo que los miembros de la comunidad LGBT, al ser personas, se encuentran protegidos por dichos preceptos constitucionales, lo que implica, a su vez, que la discriminación por orientación sexual y/o por identidad de género también está prohibida en el territorio costarricense. Esto ha sido reiterado en diversas resoluciones por el máximo tribunal en materia constitucional del país como lo es, por ejemplo, la resolución No. 4524-2012, en la que se estableció de forma expresa la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual:

Sobre la discriminación sexual.- A través de su línea jurisprudencial esta Sala ha reconocido como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, **puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es contrario al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país.** A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe en su artículo 26 la discriminación por motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; de lo que también deriva que no son permitidos los actos que atenten contra el derecho a la igualdad y dignidad humana de las personas por su orientación sexual, pues tienen derecho, como cualquier otra persona, a vestir de la forma que mejor les parezca, sin discriminación en razón de su preferencia sexual (véase sentencia no. 2007-018660)²⁷⁵. (El resaltado no es del original).

Esta protección dada por la Sala Constitucional a las personas que sufren actos discriminatorios basados en su orientación sexual, es reiterada en diversas resoluciones, como lo son, por citar algunos ejemplos, las antes analizadas resoluciones No. 12782 y No. 12783 del 8 de agosto del año 2018. En dichas resoluciones se declaró la inconstitucionalidad del inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, así como del artículo 242 del mismo cuerpo normativo y del artículo 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven, debido a que según la Sala Constitucional no existe una justificación objetiva, razonable y

²⁷⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2012-4524 de las once horas y tres minutos del treinta de marzo del año 2012.

proporcional para mantener la prohibición a las parejas conformadas por personas del mismo sexo para contraer matrimonio civil, o bien, constituir una unión de hecho.

Por otra parte, en el Título V de la Constitución Política sobre Derechos y Garantías Sociales se encuentran diversas normas que se encargan de regular aspectos relativos al trabajo. Entre los derechos que se encuentran tutelados en dicho título están: (i) derecho al trabajo; (ii) derecho a un salario mínimo; (iii) derecho al descanso semanal y anual; (iv) derecho a la sindicación; (v) derecho de los trabajadores a la huelga y de los patronos al paro; (vi) derecho a crear convenciones colectivas; (vii) derecho a indemnización en caso de despido sin justa causa; y (viii) derecho de los patronos y de los trabajadores a organizarse mediante asociaciones solidaristas.

Una vez estudiados brevemente los preceptos constitucionales sobre los que descansa la protección de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en las relaciones laborales de Costa Rica, se pasará a estudiar las leyes que forman parte del ordenamiento jurídico costarricense y que también buscan tutelar los derechos laborales de dicha población vulnerabilizada.

ii. Leyes

De conformidad con la Constitución Política de Costa Rica “Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: 1) Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas, y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el capítulo referente al Tribunal Supremo de Elecciones²⁷⁶”. Por lo que, en Costa Rica, las leyes son normas jurídicas emitidas por la Asamblea legislativa a través de una serie de procedimientos especiales que se encuentran dispuestos tanto en la Constitución Política como en el Reglamento de la Asamblea Legislativa.

De seguido, se estudiarán una serie de leyes que forman parte del sistema normativo

²⁷⁶ Constitución Política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949, artículo 121.

costarricense y que tienen algún grado de trascendencia para investigación.

a. Código de Trabajo

El Código de Trabajo del Estado costarricense fue promulgado por la Asamblea Legislativa como la ley No. 2 de 27 de agosto del año 1943, es decir, es una norma pre constitucional; sin embargo, a lo largo de los años ha sufrido importantes modificaciones, dentro de las que destacan las introducidas por la denominada *reforma procesal laboral*, que entró en rigor el 25 de julio del año 2017.

El mencionado código viene a constituir el principal instrumento normativo que regula lo relativo a la materia laboral, e intenta estar en una relación de armonía tanto con la Constitución Política costarricense, como con los instrumentos internacionales que ha suscrito el país en dicha materia, entre los que destacan diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, así como aquellos que han sido emitidos por la OIT.

Dentro de las disposiciones que contiene dicho cuerpo normativo, y que resultan de especial interés para el desarrollo de este proyecto de investigación, destacan una serie de artículos que tienen como principal objetivo establecer una tutela jurídica directa que busca erradicar cualquier forma de discriminación en el empleo. Ejemplo de ello es el artículo 404 que dispone:

Artículo 404. Se prohíbe toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica o cualquier otra forma análoga de discriminación²⁷⁷.

La norma antes descrita constituye un gran avance en materia de protección de los principios de igualdad y de no discriminación y, por ende, es mecanismo que se encuentra a disposición de una población que históricamente se ha visto sometida a actos discriminatorios, como la comunidad LGBT. En el artículo transcrito se puede apreciar que

²⁷⁷ Código de Trabajo de Costa Rica, del 27 de agosto del año 1943, artículo 404.

el legislador costarricense, mediante la reforma procesal laboral, introdujo una prohibición expresa a la realización de actos discriminatorios motivados, entre otros, en la orientación sexual de las personas.

En este punto cabe señalar que, si bien es cierto que en el numeral 404 del Código de Trabajo no se encuentra una tutela expresa relativa a la discriminación basada en la identidad de género, sí se establece que se encuentra prohibida cualquier otra forma de discriminación. Es decir, la norma deja un portillo abierto que permite subsumir a la categoría “identidad de género” dentro de su rango de protección. Por lo que, tal como lo sostiene Castro “(...) esta norma no busca proteger a grupos de trabajadores que sean susceptibles de ser discriminados, aun cuando esto suceda así en la práctica, sino que busca proteger el despido motivado por diversos tipos de discriminación²⁷⁸”.

La tutela que hizo el legislador, que busca erradicar la discriminación en el empleo, pretende proteger a los trabajadores, incluidos por supuesto las lesbianas, gays, bisexuales y trans, desde el proceso de selección y entrevistas de trabajo²⁷⁹, durante el desarrollo de la relación laboral²⁸⁰, así como en el fin de la misma²⁸¹. Cuestión que es sumamente importante debido a que se está protegiendo a una población que tiene serios problemas para ingresar al mundo laboral, es decir, para ejercitar su derecho a contar con un trabajo decente.

Incluso, se establecen algunas de las consecuencias que acarrea el comprobar la ejecución de un acto discriminatorio cometido en contra de un trabajador, como lo es, por ejemplo, reinstalar a la persona en el puesto de trabajo del que fue despedida, o bien, que dicho despido discriminatorio constituye una falta grave que le da al patrono el derecho de despedir con una causa justificada al trabajador que haya realizado el acto discriminatorio²⁸².

²⁷⁸ Mauricio Castro Méndez, *Los procedimientos de Protección de fueros especiales y el juzgamiento de infracciones a las leyes laborales*. Accedido el 15 de julio de 2018 de: https://www.researchgate.net/publication/268222651_Los_procedimientos_de_proteccion_de_fueros_especiales_y_el_juzgamiento_de_infracciones_a_las_leyes_laborales.

²⁷⁹ Código de Trabajo de Costa Rica, del 27 de agosto del año 1943, artículos 407 y 408.

²⁸⁰ Ibidem., artículo 405.

²⁸¹ Ibidem., Artículo 406.

²⁸² Ibidem., artículo 410.

También debe considerarse que la protección que brinda el Código de Trabajo en materia de discriminación no se limita a lo antes expuesto, sino que también incluye lo previsto en los numerales ubicados entre los artículos 540 y 547 del mencionado código, en los que se prevé la procedencia de interponer un *proceso sumarísimo*, lo cual será explicado brevemente de seguido.

Para empezar, se tiene que, según el artículo 540 de la norma en rito, los trabajadores, tanto del sector público como del privado, que sufren un acto de discriminación en su lugar de trabajo, o con ocasión a él, tienen la posibilidad de impugnar en la vía sumarísima dicho acto²⁸³. En caso de que las personas LGBT se vean sometidas a un despido, derivado del acto discriminatorio, poseen el derecho de contar con el respeto al debido proceso²⁸⁴, siendo que, en caso de violación de dicho debido proceso, se cuenta con un plazo de prescripción de seis meses para dar inicio al proceso sumarísimo²⁸⁵.

Sucedido lo anterior, el trabajador que forma parte de la comunidad LGBT y que ha sido víctima de un acto discriminatorio debido a su orientación sexual o su identidad de género, debe presentarse al juzgado de trabajo competente para realizar una solicitud de tutela en el tanto las medidas o efectos del acto discriminatorio sigan vigentes. Cabe señalar que en el numeral 542 se refuerza la protección a la población vulnerabilizada que se está analizando, debido a que permite que dicha solicitud no vaya acompañada de una autenticación por parte de un profesional en derecho, mas no exime la asistencia letrada en los casos en los que resulte necesario²⁸⁶.

Posteriormente, de conformidad con el artículo 543 del Código de Trabajo, el juzgado de trabajo competente debe dar prioridad al proceso sumarísimo en el que se conoce un presunto caso de violación de la tutela antidiscriminatoria, por lo que debe substanciar el proceso sin pérdida de tiempo. Incluso, el código le da tal importancia a este proceso jurisdiccional, que establece expresamente que el juzgado debe darle curso a la solicitud en

²⁸³ Ibidem., artículo 540.

²⁸⁴ Ibidem., artículo 541.

²⁸⁵ Ibidem., artículo 542.

²⁸⁶ Ibidem.

un plazo máximo de veinticuatro horas después de haberla recibido²⁸⁷; es decir, se busca que el proceso se desarrolle a la mayor brevedad posible.

Una vez que el juzgado le haya dado curso a la solicitud de tutela y se haya notificado a la contraparte, ésta última tiene un plazo máximo de cinco días siguientes a la notificación para rendir un informe detallado acerca de los hechos que sustentan la acción; siendo que, tal como lo dispone el artículo 500 del Código de Trabajo, los únicos hechos justificantes del despido son los contenidos en la carta de despido, la cual debe cumplir con lo establecido por el numeral 35 del código en rito.

El juzgado tiene la facultad de disponer la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando existan resultados lesivos derivados del mismo; suspensión que puede ser impugnada por la parte accionada. Aquí cabe señalar que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans gozan de otra ventaja que fue dada por el legislador, y es que la ejecución de dicha medida no requiere de la rendición de una garantía²⁸⁸.

A partir de ese momento, según el artículo 544 del código en estudio, pueden darse dos supuestos²⁸⁹: (i) si hay una falta de respuesta de la parte demandada en el tiempo asignado, o bien, si no se produce una oposición de dicha parte, o si no se aporta la certificación del expediente del debido proceso cuando haya sido necesario, el juzgado declarará con lugar la acción. Sin embargo, existe la posibilidad de que, de acuerdo con los autos, el caso amerite una solución diferente, por lo que es necesario que el juzgador realice un análisis de los elementos que consta en el expediente respectivo.

(ii) Si la parte demandada responde en tiempo y se opone, se le debe transmitir el informe esgrimido al accionante dentro de un plazo de tres días. Asimismo, el artículo mencionado dispone que si debe realizarse una evacuación de prueba no documental, la misma se debe llevar a cabo en una audiencia que se señalará con prioridad por el juzgado

²⁸⁷ Ibidem., artículo 543.

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ Ibidem., artículo 544.

respectivo; siendo que en ese caso el dictado de la sentencia se dará conforme lo prevé el desarrollo de la audiencia²⁹⁰.

El Código de Trabajo señala, en el artículo 545, que la competencia del juzgado de trabajo está limitada a la comprobación del quebranto de la protección alegada que se vincula con la pretensión de tutela. Además, se establecen dos escenarios según la decisión que tome el juzgado²⁹¹: (i) sentencia estimatoria, en la que se declara la nulidad correspondiente y se repone la situación previa al acto que desembocó en la interposición de la acción, siendo que se condena al empleador al pago de los daños y perjuicios sufridos por el trabajador miembro de la comunidad LGBT; y en el supuesto de que se hubiera generado un despido, se reordena su reinstalación, junto con el pago de los salarios caídos. (ii) Sentencia desestimatoria, con la cual se faculta la ejecución de los actos que se hubieran detenido.

El legislador establece una protección adicional al cumplimiento de los plazos que caracterizan al proceso sumarísimo, cuestión que se ve reflejada en el hecho de que en el numeral 547 se disponga que el incumplimiento de los plazos antes mencionados conlleva a la comisión de una falta de servicio de los funcionarios correspondientes, por lo que los mismos recibirán una sanción disciplinaria siguiendo el debido proceso²⁹²; así como en el hecho de que se faculte al juzgador a desacumular las pretensiones que no sean acordes con la naturaleza del proceso²⁹³. Además, debe considerarse que la sentencia dictada en estos procesos puede ser impugnada mediante el recurso de casación, que es conocido por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia²⁹⁴.

Como pudo apreciarse del análisis realizado, el legislador previó que en aquellos casos en los que los trabajadores sufran de un acto discriminatorio, se pueda acudir a la vía jurisdiccional, en la cual se cuenta con la ventaja de poder acceder a un proceso sumarísimo,

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ Ibidem., artículo 545.

²⁹² Ibidem., artículo 547.

²⁹³ Ibidem., artículo 546.

²⁹⁴ Ley Orgánica del Poder Judicial, 29 de noviembre del año 1937, artículo 55.

en el que los plazos se acortan debido a que se podría estar en presencia de la violación de derechos fundamentales.

Con el propósito de ejemplificar la aplicación de los preceptos antes citados, relativos a la tutela antidiscriminatoria, se analizará el caso de un trabajador que alegó haber sido víctima de un despido discriminatorio por motivos de salud. El referido trabajador sostuvo que sufrió una lesión en la espalda debido a un accidente laboral, y que poco más de un mes después fue despedido sin motivo alguno. Al respecto, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia resolvió lo siguiente:

IV. RAZONES DE FONDO: el numeral 404 del Código de Trabajo prohíbe toda discriminación en el trabajo por “... razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica o cualquier otra forma análoga de discriminación”. En el ordinal 406 siguiente se prohíben los despidos por cualquier causa discriminatoria. La sanción prevista por el quebranto de tal prohibición es la nulidad del acto del despido, con la consecuente reinstalación de la persona trabajadora en su puesto de trabajo, con el pleno goce de sus derechos y las consecuencias previstas para la sentencia de reinstalación (artículos 410 y 566 ídem). El numeral 409 de dicho Código estipula que “... quien alegue la discriminación deberá señalar específicamente el sustento fáctico en el que funda su alegato y los términos de comparación que substancie su afirmación” y, el ordinal 478, inciso 10), ibidem, establece que cuando no exista acuerdo entre las partes, la empleadora deberá demostrar “La justificación de la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas o las conductas señaladas como discriminatorias en todas las demandas relacionadas con discriminaciones”. (...)

En consecuencia, prima facie, el **amparado que alega discriminación laboral debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa, en torno a los indicios de que ha existido tal violación al derecho a la igualdad**. Esta condición ha sido ampliamente reiterada por la jurisprudencia de esta Sala (ver sentencia número 2004-11984 de las 10:10 horas del 29 de octubre de 2004 y 2004-11437 de las 9:53 horas del 15 de octubre de 2004). **Alcanzado, en su caso, un resultado probatorio suficiente por el accionante, sobre la parte recurrida recae la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito discriminatorio la decisión o práctica patronal cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios**” (sic. El resaltado es agregado. Este criterio se reiteró, entre otras sentencias, en los números 16038, de las 16:31 horas del 13 de octubre

de 2015; 14504, de las 9:05 horas del 1° de noviembre de 2013; y 12857, de las 14:45 horas del 25 de setiembre de 2013). (...)

Con base en lo expuesto y la normativa citada, el trabajador debió aportar indicios claros y precisos de la discriminación alegada y la parte accionada debió probar la causal objetiva que invocó al contestar, excluyente del trato discriminatorio acusado. En la demanda, el accionante sostuvo que fue objeto de un despido discriminatorio por motivos de salud, por cuanto en mayo de 2017 sufrió un riesgo de trabajo que le provocó una lesión en su espalda a nivel lumbar y el 7 de julio de ese mismo año –poco más de mes y medio después- fue cesado sin motivo alguno. La cercanía entre un hecho como el descrito (accidente o enfermedad) y el despido ha sido considerada como un indicio de la existencia de una actuación discriminatoria. Por consiguiente, le correspondía a la demandada acreditar el hecho objetivo invocado que, desplazara y excluyera el ánimo discriminatorio. El apoderado general de la empresa, al contestar la demanda alegó que desconocía cualquier padecimiento en la salud del actor, pero, en todo caso, que la ruptura del vínculo laboral se dio en razón de que la empresa se estaba trasladando de Global Park (Heredia) a Coyoil (Alajuela), traslado que iba de la mano con una reestructuración de personal, la cual terminaría el 5 de enero de 2018. De la prueba documental allegada al expediente se comprueba el padecimiento alegado por el trabajador en su escrito inicial (lesión en la espalda), así como la atención recibida por parte de Láser Médica (imágenes 35-37 de la vista completa del expediente electrónico de la Sala); sin embargo, el indicio discriminatorio fue desvirtuado por la accionada, al acreditar que la ruptura del vínculo se dio por una causa objetiva y racional, derivada del proceso de traslado de oficinas y la reestructuración de la empresa, circunstancias que produjeron el despido de una cantidad importante de personas trabajadoras. (...) Estas manifestaciones resultan contestes, claras y precisas respecto de lo acaecido, por lo que merecen total credibilidad a esta Sala²⁹⁵. (El resaltado no es del original).

En el caso bajo estudio, se puede apreciar cómo, a pesar de que la Sala Segunda tomó en consideración que se estaba denunciando la comisión de un supuesto acto discriminatorio basado en la enfermedad de un trabajador que desembocó en su despido, por lo cual tomó como prueba del accionante una serie de indicios; la misma Sala Segunda concluyó que la prueba aportada por la parte demandada desvirtuó ese panorama de indicios. Esto debido a que la última logró acreditar la existencia de una causa objetiva y razonable que justificó la terminación de la relación laboral que mantenía con el accionante.

²⁹⁵ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 413-2018 de las once horas con cero minutos del 2 de marzo del año 2018.

Así las cosas, queda claro que la reforma realizada al Código de Trabajo lo nutre de una tutela antidiscriminatoria que protege a poblaciones en situación de vulnerabilidad, lo que incluye, entre otros, a los miembros de la población LGBT. Sin embargo, eso no es óbice para sostener que los miembros de dicha comunidad no puedan ser despedidos de sus trabajos cuando medie una causa objetiva y razonable que permita desvirtuar cualquier indicio de discriminación basado en su orientación sexual o su identidad de género.

b. Ley sobre la Prohibición de Toda Clase de Discriminación en Materia Laboral

La Ley sobre la Prohibición de Toda Clase de Discriminación en Materia Laboral, No. 2694, del 22 de noviembre de 1960, constituye un instrumento normativo que tiene como propósito tutelar a los empleadores y trabajadores de actos discriminatorios en el empleo. Dentro de lo establecido por dicha norma se encuentra:

Artículo 1. Prohíbese toda suerte de discriminación, determinada por distinciones, exclusiones o preferencias, fundadas en consideraciones sobre raza, color, sexo, edad, religión, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación o situación económica, que limite la igualdad de oportunidades o de trato en materia de empleo u ocupación²⁹⁶.

Artículo 2. De la prohibición anterior se exceptúan aquellas distinciones, exclusiones o preferencias procedentes según las calificaciones necesarias para el cabal cumplimiento de las funciones o tareas propias del género de cargo o empleo, exclusivamente conforme a la naturaleza de éstas y a las condiciones del trabajador²⁹⁷.

En dichas normas se establece una tutela del principio de no discriminación en el que no se contempla de forma expresa a la población lesbiana, gay, bisexual y trans. Además, se realiza una aclaración interesante, al añadir su artículo 2 que la prohibición de discriminación no se ve incumplida en aquellos casos en los que las distinciones estén fundamentadas en calificaciones necesarias para el cumplimiento de las funciones que deben llevarse a cabo, es decir, hace alusión a la doctrina de la buena fe ocupacional²⁹⁸.

²⁹⁶ La Ley sobre la Prohibición de Toda Clase de Discriminación en Materia Laboral, No. 2694 del 22 de noviembre de 1960, artículo 1.

²⁹⁷ Ibidem., artículo 2.

²⁹⁸ Sobre la doctrina de la buena fe ocupacional, ver páginas 53-54.

Un ejemplo de la utilidad práctica de esta norma se encuentra en la siguiente resolución dictada por la Sala Segunda en el año 2005, en la que se resolvió un caso en el que se produjo un despido en contra de una trabajadora en estado de embarazo:

Para hacer la última interpretación a los alcances del derecho a la reinstalación y de los salarios caídos previsto en la normativa que nos ocupa, la Sala consideró que en este tipo de asunto, lo que en verdad interesa es determinar los efectos de un despido discriminatorio, porque el despido de una trabajadora embarazada o en período de lactancia sin seguirse el procedimiento establecido en la legislación ordinaria y calificado como tal, es siempre un despido nulo. **Así, la Ley número 2694, del 22 de noviembre de 1960, denominada Ley Sobre la Prohibición de la Discriminación en el Trabajo (inspirada en el artículo 56 de la Carta Fundamental, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Convenio III y Recomendación III adoptados por la Organización Internacional del Trabajo), dio cuenta en el artículo 1, de lo siguiente: “Prohíbese toda suerte de discriminación, determinada por distinciones, exclusiones o preferencias, fundadas en consideraciones sobre raza, color, sexo, edad, religión, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación o situación económica, que limite la igualdad de oportunidades o de trato en materia de empleo u ocupación”.** Y, el numeral 3 siguiente, dispone: “En cuanto al Estado, sus instituciones y corporaciones, todo nombramiento, despido, suspensión, traslado, permuta, ascenso o reconocimiento que se efectúe en contra de lo dispuesto por la presente ley, será anulable a solicitud de parte interesada; y los procedimientos seguidos en cuanto a reclutamiento o selección de personal carecerán de eficacia en lo que resulte violatorio de esta ley” (énfasis suplido). Esa norma aún vigente es clara y como la discriminación por razones de embarazo puede calificarse como una discriminación por razones de maternidad, no hay duda alguna que en iguales términos debe interpretarse la norma especial analizada (artículo 94 bis del Código de Trabajo). Lo anterior, es así, en atención al espíritu protector de la norma, tendente a evitar la discriminación por razón del embarazo y la lactancia, y de conformidad con los principios que orientan las obligaciones de empleadores y trabajadores (artículos 1° y 19 del Código de Trabajo), así como los que rigen la aplicación de la normativa laboral (artículo 17, ídem), por lo que debe concluirse que el despido en estos casos es un despido nulo con todas las consecuencias que ello trae consigo. Por ello, los efectos de esa nulidad no pueden limitarse, pues entonces, realmente no se estaría restableciendo justamente a la afectada en el goce del derecho; es decir, en el estado en que se encontraba con anterioridad al hecho dañoso²⁹⁹. (El resaltado no es del original).

²⁹⁹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 813-2005 de las diez horas con veinte minutos del 28 de setiembre del año 2005.

Ergo, para la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la ley en análisis otorga una protección mayor a aquellas categorías de personas históricamente discriminadas, como lo son, en este caso, las mujeres en estado de maternidad. Por lo que, según lo expuesto, la ley No. 2694, de la mano con el Código de Trabajo, así como de diversa normativa internacional que tutela los principios de igualdad y de no discriminación, establecen que los despidos discriminatorios son contrarios al ordenamiento jurídico costarricense y, por tanto, devienen en nulos.

c. Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia

La Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia, No. 7476 del 3 de febrero del año 1995, viene a proporcionar una definición respecto a lo que se entiende por acoso sexual, así como algunas de sus manifestaciones, como se verá a continuación en los siguientes numerales:

Artículo 3.- Definiciones. Se entiende por acoso u hostigamiento sexual toda conducta sexual indeseada por quien la recibe, reiterada y que provoque efectos perjudiciales en los siguientes casos:

- a) Condiciones materiales de empleo o de docencia.
- b) Desempeño y cumplimiento laboral o educativo.
- c) Estado general de bienestar personal.

También se considera acoso sexual la conducta grave que, habiendo ocurrido una sola vez, perjudique a la víctima en cualquiera de los aspectos indicados³⁰⁰.

Artículo 4.- Manifestaciones del acoso sexual. El acoso sexual puede manifestarse por medio de los siguientes comportamientos:

1.- Requerimientos de favores sexuales que impliquen:

- a) Promesa, implícita o expresa, de un trato preferencial, respecto de la situación, actual o futura, de empleo o de estudio de quien la reciba.

³⁰⁰ Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia, del 3 de febrero del año 1995, artículo 3.

b) Amenazas, implícitas o expresas, físicas o morales, de daños o castigos referidos a la situación, actual o futura, de empleo o de estudio de quien las reciba.

c) Exigencia de una conducta cuya sujeción o rechazo sea, en forma implícita o explícita, condición para el empleo o el estudio.

2.- Uso de palabras de naturaleza sexual, escritas u orales, que resulten hostiles, humillantes u ofensivas para quien las reciba.

3.- Acercamientos corporales u otras conductas físicas de naturaleza sexual, indeseados y ofensivos para quien los reciba³⁰¹.

En suma, dicha ley establece la definición del hostigamiento sexual, a pesar de que dentro de su concepto se maneja el tema del *deseo*, cuestión que en diversas normas internacionales y de legislación de otros Estados ha sido suprimida. Esto por cuanto se ha considerado que establecer un parámetro como el del deseo conlleva a que no se tome en consideración la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran inmersas las víctimas de este tipo de conductas, que en la mayoría de los casos son mujeres, quienes en no pocas ocasiones también forman parte de un ciclo de violencia.

Sobre este tema debe considerarse lo dicho por Rico:

El acoso sexual no sólo responde a las diferencias de poder objetivo en el ámbito laboral, sino también al "poder cultural" que ejercen los varones sobre las mujeres, de acuerdo con el sistema de género imperante que las discrimina mediante el control, la disposición y utilización de su sexualidad y de su cuerpo. Por lo tanto, también se dan conductas de acoso sexual entre colegas o subalternos de las mujeres-jefas; en tales casos, el hostigamiento es un mecanismo utilizado para desvalorizar su rol en el lugar de trabajo, y su capacidad laboral y de mando, y para atraer la atención sobre su sexualidad, a la vez que se socava el ejercicio del poder o de la autoridad por parte de las mujeres³⁰². (El resaltado no es del original).

³⁰¹ Ibidem., artículo 4.

³⁰² Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Violencia de género: un problema de derechos humanos*. (1996), 27. Accedido el 27 de diciembre de 2018 de: <https://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/3/27403/violenciadegenero.pdf>.

De manera que el acoso sexual responde también a patrones imperantes en la sociedad, donde, en la mayoría de los casos, se sitúa a las mujeres en una posición de inferioridad y de sumisión respecto de los hombres. Esto refleja la improcedencia de analizar el tema del *deseo* para determinar si se está frente a un caso de acoso sexual, pues de realizarse ese análisis, el mismo podría estar viciado por patrones sistemáticos de violencia de género, lo cual, a su vez, podría generar una situación de revictimización.

Ahora bien, en los casos donde se discute el acaecimiento o no de un acto de acoso u hostigamiento sexual, la recolección de pruebas es difícil, cuestión por la cual debe considerarse lo manifestado por la Sala Constitucional al respecto:

De conformidad con lo expuesto, este Tribunal concluye, por un lado, que, de las sentencias citadas por el accionante no se desprende, como regla general, que el Juez deba, de manera automática, en todos los casos, darle plena credibilidad a la declaración de la víctima, en los procesos laborales donde se discuta sobre la aplicación de la Ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia, como si se tratara de una presunción *iuris tantum*. **Al contrario, según esas sentencias, ante la ausencia de más pruebas directas, el Juez valorará esa declaración y solo si le merece credibilidad, por razones que debe indicar en cada caso concreto, tendrá por probada la culpabilidad del hostigador.** Aun en los supuestos que el hostigador no ofrezca pruebas de descargo, el Juez está en la obligación de examinar la declaración, como lo haría con cualquier tipo de prueba que constara en el expediente. Se trata de un mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico ante la dificultad de probar conductas como el hostigamiento sexual. Dicho mecanismo no es contrario al principio de presunción de la inocencia, pues no exime al Juez de llegar a la convicción de la culpabilidad. Solo de esa manera podrá desvirtuar la presunción de inocencia que existe a favor del hostigador. Descartado así el argumento central del accionante, se concluye que la jurisprudencia impugnada tampoco es contraria al principio *in dubio pro operario* o *in dubio pro reo*, pues lo alegado por el accionante en este punto depende de lo alegado en torno al principio de inocencia. Finalmente, la jurisprudencia no limita, de ninguna manera, las posibilidades de defensa del actor en el proceso laboral, de manera que tampoco se puede considerar que sea contraria al derecho de defensa o el debido proceso³⁰³. (El resaltado no es del original).

³⁰³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2011-5273 de las quince horas y dieciocho minutos del 27 de abril del año 2011.

Entonces, para la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la valoración de la prueba en casos en los que se busca determinar si se produjo uno o varios actos de acoso u hostigamiento sexual, no implica una presunción *iuris tantum* de veracidad de la declaración de la víctima, ni una violación al derecho de defensa o del debido proceso.

iii. Decretos Ejecutivos

En Costa Rica, los decretos ejecutivos son emitidos por el Poder Ejecutivo, según la potestad conferida por la Constitución Política³⁰⁴. Mientras que en caso de que se trate de instituciones descentralizadas, el artículo 188 de la misma norma les brinda autonomía administrativa y, por tanto, sus reglamentos autónomos, también conocidos como *decretos*, pueden ser emitidos por sus Juntas Directivas; siendo que en esos casos, dichos reglamentos están subordinados a sus correspondientes campos de vigencia³⁰⁵.

Dentro de los reglamentos autónomos, emitidos tanto por el Poder Ejecutivo como por entes descentralizados que resultan de interés para este ejercicio académico, se encuentran:

a. **Reglamento No.7082: Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social y Reglamento No. 6898: Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social**

Los reglamentos No.7082 y No. 6898 fueron reformados por última vez en el año 2016 y 2017, respectivamente. En estos reglamentos, la Caja Costarricense de Seguro Social reconoce derechos a las personas miembros de la comunidad LGBT. En lo que aquí interesa, conviene citar los siguientes artículos del reglamento No. 7082:

Artículo 1. De la universalidad del Seguro de Salud. De conformidad con lo que ordena el artículo 177 de la Constitución Política, el Seguro de Salud

³⁰⁴ Constitución Política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949, artículo 140: “Son deberes y atribuciones que corresponden al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: (...) 6) Mantener el orden y la tranquilidad de la Nación, tomar las providencias necesarias para el resguardo de las libertades públicas; 8) Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas; 18) Darse el Reglamento que convenga para el régimen interior de sus despachos, y expedir los demás reglamentos y ordenanzas necesarios para la pronta ejecución de las leyes. (...)”

³⁰⁵ Ley General de la Administración Pública, No.6227, del 2 de mayo del año 1978, artículo 6.

es universal y cubre a todos los habitantes del país, con sujeción a las disposiciones de este Reglamento y las que específicamente dictare en el futuro la Junta Directiva. La afiliación de quienes califiquen para ser asegurados voluntarios, se fomenta para lograr la concreción del principio de universalidad³⁰⁶.

Artículo 10. Para los efectos de este Reglamento se entiende por: (...) **Compañero (a):** Persona que convive en forma estable, pública, exclusiva y bajo el mismo techo con otra de distinto o del mismo sexo. (...) ³⁰⁷. (El resaltado es del original).

Artículo 12. De los beneficiarios familiares. Tiene derecho el asegurado(a) directo a solicitar al Seguro Social la protección a través del Beneficio Familiar de quienes reúnan respecto de él (ella), los requisitos generales de vínculo y dependencia económica, así como los particulares conforme se enuncia en el presente artículo. Igual derecho le asiste al potencial beneficiario (a) de requerir directamente al Seguro Social la protección en los supuestos en los que la Ley y éste reglamento por su condición lo ampara. (...)

b. Compañera (o): con convivencia en forma estable: comparten alimentos, cama y cohabitación sexual al menos por tres años ininterrumpidos; pública: evidente, patente, notoria; exclusiva: no simultánea, fiel; y bajo el mismo techo. Tanto el asegurado (a) directo como el compañero (a) deben ostentar la libertad de estado al momento de solicitar la protección.

Se establece el "Registro de Parejas en Convivencia" como un medio de acreditación de las características de la unión, sin distingo de sexo, a los efectos de trámite del Beneficio Familiar para la pareja por parte de quien ostente la condición de asegurado (a) directo. Su contenido tendrá carácter de confidencial y estará sujeto a lo establecido en la Ley N° 8968, Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus datos personales, en cuanto le sea aplicable.

En ausencia del registro de la fecha de inicio de la convivencia de la pareja, la administración establecerá los requisitos de comprobación fehaciente de dicha fecha para efectos del cómputo del tiempo requerido para el otorgamiento del Beneficio Familiar. (El resaltado no es del original)³⁰⁸.

³⁰⁶ Reglamento No.7082: Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social, del 3 de diciembre del año 1996, artículo 1.

³⁰⁷ Ibidem., artículo 10.

³⁰⁸ Ibidem., artículo 12.

Lo establecido por este reglamento es de suma importancia para la población LGBT que reside en Costa Rica, por cuanto se establece, a partir del año 2016, que un asegurado directo tiene derecho a solicitar el Beneficio Familiar respecto a sus parejas del mismo sexo que, de acuerdo con la nomenclatura de la norma, son denominadas como “compañeros”. Lo anterior se puede obtener siempre que se cumplan con los requisitos establecidos, dentro de los que se encuentran, por citar algunos, la dependencia económica, o el mantener una convivencia estable de, por lo menos, tres años ininterrumpidos.

Mientras que en el caso del reglamento No. 6898, se regula el seguro de invalidez, vejez y muerte; el cual es obligatorio para todos los trabajadores del sector público y privado³⁰⁹ y, por tanto, para las personas LGBT que se encuentran inmersas en el mundo laboral. Además, al igual que el reglamento del Seguro de Salud de la misma Caja Costarricense de Seguro Social, se establece que el compañero o compañera del asegurado³¹⁰, que puede ser alguien de su mismo sexo, tiene ciertos derechos siempre que se cumpla con los requisitos previstos.

Esto permite adecuar la legislación interna y, de esa forma, cumplir con la aplicación del control de convencionalidad, sobre todo en lo relativo a la sentencia del *caso Duque vs. Colombia*. Como se analizó previamente³¹¹, en dicho caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos estudió la procedencia de avalar diferenciaciones entre personas heterosexuales y homosexuales respecto a la posibilidad de nombrar como beneficiarios de una pensión a su pareja.

En lo que aquí interesa, cabe citar parte del análisis realizado por la Procuraduría General de la República sobre las consecuencias del *caso Duque vs. Colombia*:

Haciendo un recuento en lo que respecta al derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo, la CIDH alude que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha indicado que el Pacto

³⁰⁹ Reglamento No. 6898: Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, del 7 de febrero del año 1995, artículo 2.

³¹⁰ Ibidem., artículo 9.

³¹¹ Ver análisis realizado en las páginas 109-113.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe toda discriminación, de hecho o de derecho, directa o indirectamente, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluido el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda, o tenga por efecto, anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho a la seguridad social (Cfr. Consejo Económico y Social (CESCR), Observación General N° 19: el derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 de febrero de 2008, E/C.12/GC/19, párr. 29). Asimismo, advierte que en su Observación General No. 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que en "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se incluye la orientación sexual. **Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad.** La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación (Cfr. Consejo Económico y Social (CESCR), Observación General N° 20: la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20. párr. 32).

Por otra parte, señala que los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el **Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.** Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte (Yogyakarta Principles - Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, March 2007. Principio 13. El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social)³¹². (El resaltado no es del original).

³¹² Procuraduría General de la República de Costa Rica, dictamen 132 del 16 de junio del año 2017.

Por lo que, a partir de la entrada en vigencia de estas normas, Costa Rica cumple con el estándar establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que respecta a la protección del derecho a la seguridad social sin sufrir ningún tipo de discriminación, incluida la basada en la orientación sexual o la identidad de género de las personas. Además, con las reformas realizadas a los reglamentos en estudio se saldó una importante deuda en relación con la población LGBTI, al permitir que los miembros de dicha comunidad tengan la posibilidad de asegurar a su compañero sentimental.

b. Decreto Ejecutivo No. 38999: Declara a la Presidencia de la República y a los Ministerios de Gobierno como instituciones que respetan y promueven los Derechos Humanos, libres de discriminación hacia la población sexualmente diversa

El Decreto No. 38999, conocido como *Declara a la Presidencia de la República y a los Ministerios de Gobierno como instituciones que respetan y promueven los Derechos Humanos, libres de discriminación hacia la población sexualmente diversa*, fue emitido el 12 de mayo del año 2015, con el propósito de erradicar la discriminación hacia la población lesbiana, gay, bisexual, trans e intersexual de las instituciones públicas, para lo cual prevé la creación de un plan institucional, así como de una comisión institucional para la igualdad y la no discriminación hacia la “*población sexualmente diversa*” –léase población LGBTI, según lo que se aclara en líneas posteriores respecto al decreto ejecutivo No. 40422 que viene a reformar al decreto en análisis- en cada órgano del Poder Ejecutivo, tal como se aprecia a continuación.

Tanto la Presidencia de la República, como los diversos ministerios que conforman el Poder Ejecutivo, han sido declarados como espacios libres de discriminación contra la población sexualmente diversa, entiéndase por tales, en este decreto, a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales; bien sea que se trate de los usuarios de los servicios de los mencionados espacios, o de los propios funcionarios públicos³¹³.

³¹³ Decreto No. 38999: Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI, del 12 de mayo del año 2015, artículo 1.

El decreto establece que cada órgano del Poder Ejecutivo debe crear un Plan Institucional en contra de la Discriminación hacia la Población Sexualmente Diversa, para lo cual debe, entre otras cosas, capacitar al personal, procurar que las normas jurídicas o internas de cada ministerio no contengan disposiciones que se puedan considerar como discriminatorias, promover el uso de lenguaje inclusivo, entre otros³¹⁴.

Para el cumplimiento del mencionado plan, así como de lo dispuesto en el decreto en análisis, este último dispone que se debe contar con una comisión institucional para la igualdad y la no discriminación hacia la población sexualmente diversa en cada órgano del Poder Ejecutivo³¹⁵. Otro aspecto a destacar es el que se tengan que modificar las normas internas de cada órgano para que, por ejemplo, las personas del mismo sexo cuenten con licencias en caso de que su pareja se encuentre enferma o haya fallecido³¹⁶.

Un ejemplo de normas internas que contienen licencias con goce de salario o permisos en caso de enfermedad o fallecimiento de la pareja de un trabajador, sin importar si es una persona de su mismo sexo o de sexo diferente, se encuentra en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Universidad de Costa Rica, que es una institución autónoma, y el Sindicato de Empleados de la Universidad de Costa Rica (SINDEU). En dicha convención colectiva, que entró a regir en el mes de junio del año 2018, se dispuso, entre otras cosas:

Artículo 67. Permiso con goce de salario. d) La Universidad concederá permiso con goce de salario, previa aprobación de la Vicerrectoría de Administración o de Docencia, según corresponda, por enfermedad de una hija o un hijo bajo su dependencia, cónyuge, madre o padre adulto mayor, **pareja en unión de hecho del mismo o de diferente sexo, que requiera internamiento médico o tratamiento especializado en el hogar, hasta un máximo de ocho días hábiles.** La persona trabajadora justificará la solicitud de esta licencia mediante constancia extendida por una persona profesional en medicina de la CCSS o de una entidad médica privada³¹⁷. (El resaltado no es del original).

³¹⁴ Ibidem., artículo 3.

³¹⁵ Ibidem., artículo 4.

³¹⁶ Ibidem., artículo 5.

³¹⁷ Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Universidad de Costa Rica y el Sindicato de Empleados de la Universidad de Costa Rica (SINDEU), del 6 de junio del año 2018, artículo 67.

Lo anterior refleja que aún fuera del ámbito del Poder Ejecutivo, instituciones autónomas como la Universidad de Costa Rica han modificado la normativa interna que las rige, de forma tal que permiten que las parejas conformadas por personas del mismo sexo gocen de los mismos derechos que poseen las parejas heterosexuales. Todo lo cual constituye un avance en la tutela de los principios de igualdad y de no discriminación.

En cuanto al Ministerio de Cultura y Juventud, se tiene que el mismo adoptó lo dispuesto por la norma en análisis mediante el decreto No. 39036 del 9 de junio del año 2015, debido a que al momento de la firma del decreto No.38999 dicho ministerio no contaba con un jerarca designado.

c. Decreto Ejecutivo No. 40422: Reforma Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI

El Decreto Ejecutivo No. 40422, denominado *Reforma Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI* fue dictado el 25 de mayo del año 2017, y reformó al decreto ejecutivo No. 38999 antes analizado, en lo que se establece a continuación.

Una de las principales modificaciones que realiza el decreto ejecutivo No. 40422 es que pasa a denominar al decreto No. 38999 como *Política del Poder Ejecutivo para Erradicar de sus Instituciones la Discriminación Hacia la Población LGBTI*³¹⁸; además, establece que cuando se hable de *población sexualmente diversa* debe entenderse *población LGBTI*³¹⁹.

Con la reforma establecida por el decreto No. 40422 del Poder Ejecutivo, se amplían las funciones que le competen a la comisión institucional para la igualdad y la no discriminación hacia la población LGBTI, dentro de las que destacan la accesibilidad de la información sobre los mecanismos que cuenta cada órgano del Poder Ejecutivo para atender

³¹⁸ Decreto Ejecutivo No. 40422: *Reforma Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI*, del 25 de mayo del año 2017, artículo 1.

³¹⁹ Ibidem., artículo 2.

denuncias por discriminación en contra de la población LGBTI. Además, se establece que en caso de solicitarse información sensible que tenga relación con la identidad de género o la orientación sexual de una persona, la misma se encontrará protegida por la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, ley No. 8968³²⁰.

En cuanto al capítulo II del decreto en estudio, cabe señalar que se contempla un procedimiento administrativo que se ejecutaría en caso de existir denuncias por acciones discriminatorias basadas en la orientación sexual o la identidad de género de una persona, así como también se determina lo que se consideraría una manifestación discriminatoria de ese tipo, tal como se aprecia a continuación:

Artículo 8. Según lo descrito en el artículo anterior, **serán consideradas como manifestaciones de discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género contra las personas servidoras o usuarias**, los siguientes comportamientos:

- a) **La violencia basada en prejuicios que implique reacciones negativas frente a expresiones de orientaciones sexuales o identidades de género no normativas por parte de la víctima.** Estas reacciones pueden producirse a través de gestos, ademanes o cualquier otra conducta no verbal de naturaleza o connotación homofóbica, lesbofóbica, transfóbica, intersexfóbica o bifóbica indeseada por quien las recibe.
- b) **Aquellas expresiones públicas que incitan o promueven la discriminación, la estigmatización, la hostilidad, la homofobia, la lesbofobia, la transfobia, la intersexfobia o la bifobia,** hacia una persona, debido a la orientación sexual o identidad de género de la víctima.
- c) **Uso de palabras escritas u orales** de connotación homofóbica, lesbofóbica, transfóbica, intersexfóbica o bifóbica que resulten hostiles, humillantes y/u ofensivas para quien las recibe, debido a la orientación sexual o identidad de género de la víctima.
- d) **Amenazas explícitas o implícitas, físicas o morales, en público o en privado, de daños o castigos referidos a la situación, actual o futura de empleo o de estudio,** debido a la orientación sexual o identidad de género de la víctima.

³²⁰ Ibidem., artículo 5.

e) Exigencia de una conducta cuya sujeción o rechazo sea, en forma explícita o implícita, condición para el empleo, servicio o estudio, debido a la orientación sexual o identidad de género de la víctima.

f) Agresiones físicas o psicológicas contra una persona debido a la orientación sexual o identidad de género de la víctima.

g) Acercamientos corporales y otros contactos físicos de naturaleza o connotación homofóbica, lesbofóbica, transfóbica, intersexfóbica o bifóbica indeseables u ofensivos para quien los reciba, siempre que no se traten de las conductas previstas en la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, Ley N° 7476 del 3 de febrero de 1995.

h) La exclusión de procesos de reclutamiento, capacitación, ascenso o cualquier otro tipo de promoción de orden laboral, por razones de orientación sexual o identidad de género.

i) Cualquier otra acción que implique acoso laboral por razones de orientación sexual o identidad de género³²¹. (El resaltado no es del original).

Como pudo apreciarse, en el numeral 8 se establecen las manifestaciones que van a ser consideradas como discriminatorias por motivos de orientación sexual o de identidad de género, lo cual es importante por cuanto permite tener un mayor conocimiento sobre el tema y, en su caso, da un insumo para que la persona víctima pueda realizar la respectiva denuncia.

En este caso deben destacarse las causales esgrimidas en los incisos e), h) e i), debido a que se habla de la exigencia de la realización de una conducta como requisito para la obtención o el mantenimiento en el ámbito laboral, la exclusión de procesos de reclutamiento, ascenso, entre otros, así como de cualquier acción que configure acoso laboral cuando se dé por razones de orientación sexual o de identidad de género. Lo dispuesto respecto al acoso laboral resulta de trascendental importancia, debido a que es una de las pocas normas que contempla ese tipo de acoso como una forma de discriminación que responde a causales tradicionales, como lo son la orientación sexual o la identidad de género.

Por otra parte, se debe destacar que en el decreto en estudio se estableció una serie de definiciones relevantes pues tienen una estrecha relación con los derechos humanos de las

³²¹ Ibidem., artículo 8.

personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales, como lo son, por mencionar algunas, la bifobia, las personas queer, entre otras³²².

Como se indicó anteriormente, en el presente decreto se prevé la posibilidad de que se lleve a cabo un procedimiento interno administrativo en caso de que una persona funcionaria pública haya cometido un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual o la identidad de género. En caso de que dicho procedimiento administrativo se ponga en marcha, se deben respetar los principios del debido proceso, de proporcionalidad, de libertad probatoria, así como el de confidencialidad³²³.

También, se prevé la posibilidad de que el órgano decisor imponga medidas cautelares en contra del presunto transgresor, tales como la reubicación laboral del denunciante o de la persona denunciada³²⁴. En el supuesto de que se encuentre responsable al presunto transgresor de haber cometido actos discriminatorios en razón de la orientación sexual o de la identidad de género, las sanciones que pueden ser impuestas por el órgano decisor se determinarán según los reglamentos internos de las instituciones, atendiendo la gravedad de los hechos³²⁵.

Cabe señalar que el decreto en estudio también prevé la posibilidad de que sea una persona usuaria la que sufra de un acto de discriminación basado en su orientación sexual o su identidad de género. En el caso de que se presente dicho supuesto, la persona usuaria tiene la posibilidad de interponer la denuncia correspondiente en el plazo máximo de un año ante la instancia que haya sido designada reglamentariamente por la institución³²⁶. Asimismo, se contempla la obligación de indicarle a la persona usuaria que tiene la posibilidad de contar con patrocinio letrado y con apoyo emocional o psicológico³²⁷.

³²² Ibidem., artículo 7: "En cumplimiento de la "Política del Poder Ejecutivo para Erradicar de sus Instituciones la Discriminación hacia la Población LGBTI" y para efectos de interpretación y aplicación de este procedimiento se entenderá por: (...) q) Bifobia: Es un tipo de discriminación, aversión, odio o prejuicio hacia personas bisexuales. (...) s) Persona queer: es un término general para las personas cuya identidad de género no está incluida o trasciende el binario hombre y mujer".

³²³ Ibidem., artículo 9.

³²⁴ Ibidem., artículo 10.

³²⁵ Ibidem., artículo 11.

³²⁶ Ibidem., artículo 12.

³²⁷ Ibidem.

Finalmente, el capítulo III del Decreto Ejecutivo No. 40422 hace referencia a la denominada *Guía para la Inclusión de personas LGTBI*, la cual debe ser utilizada por las instituciones públicas para aplicar de forma adecuada las disposiciones que en él se establecen y para “generar condiciones inclusivas, progresistas y apropiadas para la población LGBTI”³²⁸. Dicha guía contiene definiciones importantes sobre la materia y una serie de pautas a seguir por los funcionarios públicos, con el objetivo de que las dependencias del Poder Ejecutivo sean más inclusivas.

Ejemplo de lo anterior son las acciones que se establecen con el propósito de generar un ambiente laboral más seguro e inclusivo:

1.1. Promover mensajes inclusivos en correos institucionales. Fomentar que las personas de la institución conozcan las acciones del Plan Institucional, bajo el artículo 3, o los cambios en el reglamento bajo el artículo 5, del decreto 38999 o de la Directriz Presidencial 025-P. Es muy importante compartir consejos prácticos y propositivos, para que las personas sepan que pueden hacer y no siempre dirigir los mensajes en lo que no debe de hacerse o decirse. Algunos ejemplos concretos se pueden observar a continuación.

1.2. Cuando la institución vaya a lanzar un concurso para la plaza, se debe de aclarar que la institución es libre de discriminación por orientación sexual e identidad de género.

1.3. En la página web de las instituciones, debe haber una parte que conecte con el siguiente link: <https://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/inicio-cidsedi>.

1.4. La inclusión es proactiva. Las instituciones del Poder Ejecutivo son responsables de proveer un ambiente seguro, inclusivo y no discriminatorio para las personas LBGTI. Todas las comisiones institucionales para la inclusión y la no discriminación hacia la población sexualmente diversa deberán hacer procesos de sensibilización y capacitación constantes³²⁹.

Lo anterior es reflejo del propósito que tiene la *Guía para la Inclusión de personas LGBTI*, pues se pueden apreciar acciones tendientes a fomentar la inclusión de dicha población en los lugares de trabajo y para capacitar y sensibilizar a las personas funcionarias

³²⁸ Ibidem., anexo único.

³²⁹ Ibidem.

públicas sobre cuestiones relativas a la inclusión y la no discriminación. Dentro de las acciones contempladas por la mencionada guía se encuentra la obligación de respetar la identidad de género de las personas funcionarias o usuarias, siendo que incluso se dispone que deben referirse a las personas por el nombre de su escogencia, aunque no sea ese el reconocido legalmente³³⁰.

En la *Guía para la Inclusión de personas LGBTI* también se contempla una serie de acciones afirmativas relativas a la orientación sexual y a la identidad de género de las personas, las cuales van desde utilizar lenguaje inclusivo hasta el cambio de los documentos internos de las instituciones para que los mismos concuerden con el nombre y la identidad de género de la persona³³¹. Dentro de las acciones afirmativas previstas en el cuerpo normativo bajo análisis cabe señalar la siguiente, relativa a la expresión de género³³²:

3.2.2.1. La forma de vestir o apariencia de las personas no debe usarse como criterio para discriminación alguna. El respeto a la identidad de las personas incluye su expresión de género a través de la manera de vestir, los peinados, el maquillaje, la ropa y otras características personales, intereses o afinidades. Los reglamentos relacionados con vestimenta deben aplicarse de forma que una persona pueda expresarse de acuerdo con su identidad de género³³³.

Con el norma transcrita se está promoviendo el respeto a la expresión de género de las personas en los lugares de trabajo, lo cual es de vital importancia debido a que, no en pocas ocasiones, se obliga que las personas adapten su estética, como peinados y vestimenta, según el sexo asignado al nacer, sin tomar en consideración si es compatible o no con la identidad de género de la persona. De modo que, mediante esta acción afirmativa se

³³⁰ Ibidem.

³³¹ Ibidem.

³³² Por expresión de género se entiende “(...) la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida”. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 32.

³³³ Decreto Ejecutivo No. 40422: *Reforma Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI*, del 25 de mayo del año 2017.

promueve que las personas puedan expresar su género según la autopercepción que tienen de sí mismas y no según lo que la sociedad impone.

Por lo que, tanto con este decreto como con el No. 38999, el Poder Ejecutivo está creando una política institucional que promueve la tutela de los principios de igualdad y de no discriminación a favor de la población LGBTI, siendo que incluso se prevé la existencia de un procedimiento interno en caso de existir conductas discriminatorias basadas en la orientación sexual o la identidad de género de las personas.

Todo lo anterior, en mayor o menor medida, permite poner en práctica la aplicación del control de convencionalidad al adecuar la legislación interna costarricense a lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Flor Freire vs. Ecuador*. Recuérdese que, en dicho caso, la Corte reiteró que las categorías de orientación sexual e identidad de género se encuentran protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que las únicas diferenciaciones de trato permitidas en perjuicio de la población LGBT en sus relaciones laborales, deben estar justificadas por medio de una causa objetiva, razonable y proporcional, donde se persiga, en todo momento, alcanzar un fin legítimo³³⁴.

Por otra parte, en el año 2017, tanto el Decreto Ejecutivo No. 40422 como el Decreto Ejecutivo No. 38999 fueron objeto de una acción de inconstitucionalidad presentada por un grupo de diputadas de la Asamblea Legislativa durante el período 2014-2018. La acción de inconstitucionalidad fue resuelta por la Sala Constitucional mediante la resolución No. 2017-17793, en la cual fue rechazada de plano.

Los accionantes fundaron la interposición de la acción de inconstitucionalidad contra la norma mencionada, debido a que sostienen que con la aplicación del decreto se violenta³³⁵: (i) su libertad de pensamiento y expresión pues se les está imponiendo valores extraños a la idiosincrasia de la mayoría de costarricenses, siendo que incluso podrían verse inmersos en un proceso sancionatorio; (ii) los numerales 28 y 29 constitucionales, así como los artículos

³³⁴ Ver análisis realizado en las páginas 113-116.

³³⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2017-17793 de las nueve horas con quince minutos del 7 de noviembre del año 2017.

19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 13 de la CADH, pues se estaría persiguiendo a las personas por la manifestación de sus opiniones; (iii) la libertad de conciencia y religión, reconocidas en el artículo 75 constitucional, 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; (iv) sus principios éticos, morales y religiosos junto a “hechos fácticos” que consideran probados por la biología, pues sostienen que “la mayoría de los costarricenses creemos que los seres humanos nacemos hombres o mujeres, por lo que no creemos ni en otros sexos ni en otros géneros”; y (v) el principio de reserva de ley pues impone límites a la actividad estatal por medio de reglamento.

No obstante lo anterior, la Sala Constitucional rechazó de plano la acción de inconstitucionalidad interpuesta, debido a que determinó que los accionantes carecían de legitimidad para interponer la misma, esto ya que los mismos afirmaban estar frente a un presunto interés difuso, sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que no se estaba en presencia de esa clase de interés. Sobre este tema, la propia Sala Constitucional ha entendido por intereses difusos lo siguiente:

Se ha señalado que **se trata un tipo especial de interés, cuya manifestación es menos concreta e individualizable que la del colectivo** recién definido en el considerando anterior, **pero que no puede llegar a ser tan amplio y genérico que se confunda con el reconocido a todos los miembros de la sociedad de velar por la legalidad constitucional, ya que éste último -como se ha dicho reiteradamente- está excluido del actual sistema de revisión constitucional.** Se trata pues de un interés distribuido en cada uno de los administrados, mediato si se quiere, y diluido, pero no por ello menos constatable, para la defensa, en esta Sala, de ciertos derechos constitucionales de una singular relevancia para el adecuado y armónico desarrollo de la sociedad. Son las especiales características de éstos derechos por sí mismas y no la particular situación frente a ellos de los sujetos que puedan ostentarlos, la clave para la distinción y determinación de la presencia de los llamados intereses difusos tal y como se manifestado en distintas resoluciones como la 03705-93 de las quince horas del treinta de julio para el derecho al ambiente, la número 05753-93 de las catorce horas cuarenta y cinco del nueve de noviembre de ese mismo año para la defensa del patrimonio histórico y la número 00980-91 de las trece y treinta del veinticuatro de mayo de mil

novecientos noventa y uno para la materia electoral³³⁶. (El resaltado no es del original).

Teniendo claro lo relativo a los intereses difusos, se tiene que la Sala Constitucional argumentó en la resolución No. 2017-17793 que la improcedencia de la legitimación de los accionantes por no gozar de un interés difuso se debe a que existe “(...) la posibilidad de una aplicación individual y directa de esas normas que den lugar a un proceso base en el que se discuta su aplicación, eventualmente, en ese contexto el presunto afectado podría acudir en su defensa³³⁷”. Ergo, el máximo tribunal constitucional de Costa Rica determinó que la acción de inconstitucionalidad planteada contra el Decreto Ejecutivo No. 38999 resulta improcedente por un asunto de forma, por lo que no llegó a analizar el fondo de la norma.

d. Decreto No. 03-2016-TSE: Reforma Reglamento de Fotografías para la Cédula de Identidad y Decreto No. 7-2018-TSE: Reforma al Reglamento del Registro del Estado Civil y al Reglamento de la Cédula de Identidad con Nuevas Características

El Decreto No. 3-2016 del Tribunal Supremo de Elecciones, conocido como *Reforma Reglamento de Fotografías para la Cédula de Identidad*, fue emitido el 28 de marzo del año 2016 y, como su nombre lo dice, reformó el reglamento de fotografías para la cédula de identidad. En lo que aquí interesa, se debe citar el artículo 2 de dicho reglamento:

Artículo 2. Alcance. Toda persona tiene derecho a que se respete su imagen y su identidad de género al momento de tomarse la fotografía que se inserta en la cédula de identidad. Ese derecho debe conciliarse con el interés público de contar con un documento de identificación idóneo, seguro y confiable. Lo anterior hace necesario que, en la fotografía, se muestren los rasgos faciales, de forma tal que permitan la identificación de la persona portadora del documento de identidad³³⁸. (El resaltado no es del original).

³³⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 0360-1999 de las quince horas con cincuenta y un minutos del 20 de enero del año 1999.

³³⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2017-17793 de las nueve horas con quince minutos del 7 de noviembre del año 2017.

³³⁸ Decreto No. 3-2016 del Tribunal Supremo de Elecciones: Reforma Reglamento de Fotografías para la Cédula de Identidad, del 28 de marzo del año 2016, artículo 2.

Con el decreto en análisis se busca que se respete la identidad de género de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, cuando procedan a realizar la toma de la fotografía de la cédula de identidad. Por lo que, tal como lo señala el numeral 4, los funcionarios públicos deben respetar el derecho a la imagen y a la identidad de género de todos los usuarios³³⁹.

Con el propósito de complementar el decreto No. 3-2016 y de ejercer el control de convencionalidad, el TSE, en la sesión extraordinaria de las nueve horas y cuarenta y cinco minutos del 14 de mayo de 2018, dictó el Decreto No. 7-2018, denominado *Reforma al Reglamento del Registro del Estado Civil y al Reglamento de la Cédula de Identidad con Nuevas Características*. Con esta reforma, el TSE reguló el procedimiento que pueden utilizar las personas que deseen cambiar su nombre por considerar que no corresponde con su identidad de género autopercibida.

El procedimiento para realizar el cambio de nombre por identidad de género puede ser utilizado, por una sola vez, por toda persona mayor de edad que considere que su nombre no es acorde con su identidad de género autopercibida. Para llevar a cabo dicho procedimiento es necesario que se realice una solicitud por escrito a la Sección de Actos Jurídicos del Registro Civil³⁴⁰; siendo que el Registro Civil preparará una fórmula de consentimiento informado para la realización del trámite.

Cabe señalar que en este nuevo procedimiento no se exigen requisitos como certificaciones médicas, psicológicas, u otros requisitos que puedan resultar irrazonables o patologizantes³⁴¹. Tampoco se requiere de la publicación de edictos ni brindar audiencias al Ministerio Público ni al Ministerio de Seguridad Pública³⁴². Sobre este tema, un aspecto al que debe brindarse particular atención, es a lo establecido por el artículo 1 del decreto en

³³⁹ Ibidem., artículo 4.

³⁴⁰ Decreto No. 7-2018 del Tribunal Supremo de Elecciones: Reforma al Reglamento del Registro del Estado Civil y al Reglamento de la Cédula de Identidad con Nuevas Características, del 14 de mayo del año 2018, artículo 1, que hace referencia al artículo 52 del Reglamento del Registro del Estado Civil.

³⁴¹ Ibidem., que hace referencia al artículo 53 del Reglamento del Registro del Estado Civil.

³⁴² Ibidem., que hace referencia al artículo 54 del Reglamento del Registro del Estado Civil.

análisis, el cual hace referencia al artículo 55 del Reglamento del Registro del Estado Civil. En dicho numeral se establece que:

Artículo 55.- Una vez que se haya verificado que la solicitud lo es por identidad de género autopercebida y que el formulario de consentimiento informado sea firmado por la persona interesada, se procederá a emitir la resolución de estilo y se ordenará rectificar el asiento de nacimiento, en el cual se hará una anotación marginal que dé cuenta de la situación, sin que esa rectificación incida respecto del sexo de nacimiento inscrito.

En los términos de la Ley n.º 8968 “Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales”, esa marginal será considerada como dato sensible y el procedimiento de cambio de nombre será confidencial³⁴³.

Así las cosas, a partir de la norma transcrita, se tiene que al aprobarse la solicitud del cambio de nombre por la identidad de género autopercebida, el asiento de nacimiento de la persona se modifica, siendo que en el mismo se realiza una anotación marginal en la que se refleja el cambio efectuado. Esto sirve como respuesta a algunas interrogantes que han surgido al respecto, sobre todo en materia penal, debido a que se podría considerar que este procedimiento podría ser utilizado por personas que deseen esconder su verdadera identidad, más aun, tomando en consideración que no se requiere la publicación de edictos ni de dar audiencia al Ministerio Público. No obstante, como puede apreciarse en las líneas precedentes, el TSE determinó que la realización del procedimiento consta mediante la anotación marginal realizada al asiento de nacimiento de la persona; de modo que sus datos continuarán existiendo en los respectivos registros.

De modo que las personas miembros de la comunidad LGBT pueden cambiar su nombre en su documento de identidad con el propósito de que el mismo coincida con su identidad de género autopercebida. Esto implica un gran avance en la defensa de los derechos humanos de la población vulnerabilizada, lo cual influye en el ejercicio de otros derechos fundamentales, como lo es, por ejemplo, el derecho al trabajo decente.

³⁴³ Ibidem., que hace referencia al artículo 55 del Reglamento del Registro del Estado Civil.

Además, se tiene que con ambos decretos emitidos por el Tribunal Supremo de Elecciones se está buscando cumplir con los estándares establecidos por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-24/17³⁴⁴, al permitir que las personas miembros de la comunidad LGBT puedan solicitar que sus documentos de identidad sean acordes con el género con el que se autodefinen.

e. Decreto Ejecutivo No. 41173: Adecuación de Trámites, Documentos y Registros al Reconocimiento del Derecho a la Identidad Sexual y de Género

El 4 de julio del año 2018 entró a regir el Decreto Ejecutivo No. 41173, conocido como *Adecuación de Trámites, Documentos y Registros al Reconocimiento del Derecho a la Identidad Sexual y de Género*. En este decreto, el Poder Ejecutivo pretende cumplir con lo dispuesto por la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH³⁴⁵, al buscar tutelar el derecho a la identidad sexual y de género, el cual es entendido como “(...) el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género, y a que los datos que figuran en los registros del Estado, así como en los documentos de identidad, sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos³⁴⁶”.

Además, en dicho cuerpo normativo se prevé la obligación del Estado de “(...) respetar y garantizar a toda persona la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar, o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad, como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros³⁴⁷”. Asimismo, se establece que el proceso no puede sufrir dilaciones ni exigir requisitos adicionales³⁴⁸.

Cabe señalar que, con este decreto se busca cumplir con los requisitos señalados por la Corte IDH sobre los procedimientos para adecuación de los registros y documentos de

³⁴⁴ Ver análisis realizado en las páginas 119-123.

³⁴⁵ Ibidem.

³⁴⁶ Decreto Ejecutivo No. 41173: *Adecuación de Trámites, Documentos y Registros al Reconocimiento del Derecho a la Identidad Sexual y de Género*, del 4 de julio del año 2018, artículo 3.

³⁴⁷ Ibidem., artículo 4.

³⁴⁸ Ibidem., artículo 5.

identidad a la identidad de género autopercibida por los individuos. Recuérdese que los requisitos establecidos por la Corte IDH son:

160. Los Estados cuentan con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, deben cumplir con los requisitos señalados en esta opinión, a saber: **a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales**³⁴⁹. (El resaltado no es del original).

El Estado costarricense, con el decreto en cuestión: (i) busca la adecuación de la identidad de género autopercibida; (ii) sólo exige que antes de realizar la solicitud se haya efectuado el trámite de cambio de nombre por identidad de género, de conformidad con el procedimiento fijado en el Reglamento del Registro del Estado Civil³⁵⁰; (iii) establece que los procedimientos son confidenciales; (iv) se busca que dichos procedimientos se realicen de forma expedita y, en la medida de lo posible, que sean gratuitos; y (v) no se exige la comprobación de que el solicitante se sometió a operaciones quirúrgicas o procedimientos hormonales.

El decreto en análisis es sumamente importante debido a que permite que la población LGBT pueda ejercitar su derecho a la identidad sexual y de género, para que éstas se vean contenidas en aquellos documentos de identidad expedidos por el Estado en los que se refleje

³⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 160.

³⁵⁰ Sobre el procedimiento de cambio de nombre por identidad de género, ver páginas 168 y 169.

la identidad sexual o de género, así como en los registros; todo lo cual busca revertir la situación de desigualdad a la que se ha visto expuesta dicha población vulnerabilizada.

Una vez analizadas algunas de las normas que integran el ordenamiento jurídico costarricense y que tutelan derechos de las personas LGBT en el ámbito del derecho laboral, es necesario determinar las conclusiones que se han extraído a lo largo de este capítulo.

Conclusiones del Capítulo I

A partir de lo expuesto a lo largo del desarrollo de este capítulo, se puede concluir que los principios de igualdad y de no discriminación son pilares fundamentales de los Estados de Derecho, por cuanto los mismos vienen a constituir una base sobre la que descansan el resto de los derechos humanos, que han sido declarados como tales por múltiples instrumentos normativos internacionales y nacionales. Además, los principios de igualdad y de no discriminación permiten proteger con mayor ahínco la dignidad humana, otro de los ejes centrales de los derechos humanos.

El principio de igualdad dispone que las personas deben recibir el mismo tratamiento cuando estén en situaciones donde los aspectos relevantes son idénticos, mas no cuando dichos aspectos relevantes son sustancialmente diferentes. Esto debido a que, tratar a dos personas que se encuentran en situaciones notoriamente diferentes, de un modo idéntico, sería contrario a dicho principio.

Asimismo, el principio de igualdad, que va de la mano con el principio de no discriminación, considera que no es contrario a su esencia que se produzcan tratos diferenciados entre personas que se encuentran en posiciones desiguales. Sin embargo, no todo tratamiento diferenciado es conforme al Derecho, pues cuando dicha diferenciación carece de una justificación objetiva y razonable se estaría frente a una violación del principio de igualdad y, en ciertos casos, también del principio de no discriminación.

Esto se debe a que el principio de igualdad es el género y el principio de no discriminación la especie, por lo que toda violación al principio de no discriminación conlleva a la vulneración del principio de igualdad, mas no toda violación del principio de igualdad lleva consigo la vulneración del principio de no discriminación.

Para que una violación del principio de igualdad desemboque en la vulneración del principio de no discriminación es necesario que el tratamiento diferenciado, antes mencionado, no sólo carezca de una justificación objetiva y razonable, sino que se lleve a cabo en contra de personas, en su individualidad o como miembros de un colectivo, que se encuentran en una situación de desventaja en comparación con los demás, debido a la edad, género, orientación sexual, raza, identidad de género, salud, entre otros.

No obstante, cuando se dan tratos diferenciados que cumplen esas características, pero que tienen como propósito equiparar la situación de las poblaciones discriminadas con las de aquellas que no lo son, no pueden ser considerados como tratamientos discriminatorios, sino que son conocidos como acciones o medidas afirmativas, las cuales al ser objetivas y razonables gozan de la aprobación del Derecho. El mismo resultado es obtenido cuando, en aplicación de la doctrina de la buena fe ocupacional, se crean diferenciaciones que se fundamentan en las actividades profesionales a desarrollar, las cuales son consideradas objetivas y proporcionales.

En cuanto al ámbito del Derecho Laboral, se tiene que todo tratamiento discriminatorio resulta perjudicial, tanto para el trabajador que lo sufre, como para el resto de compañeros de trabajo, esto al incidir en el ambiente laboral, así como en la productividad de la empresa, pues generalmente los actos discriminatorios desembocan en una frustración y descenso de rendimiento en el trabajador víctima.

Por otra parte, a partir de la sistematización normativa que se realizó a lo largo de la sección b) del presente capítulo, se puede concluir que dentro del ordenamiento jurídico costarricense se encuentran múltiples y diversas normas que tutelan los derechos de las

personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, incluidos aquellos relativos al ámbito laboral y a la tutela antidiscriminatoria.

Se pudo apreciar que, a nivel universal diversos organismos internacionales han creado normas que han sido ratificadas por el Estado costarricense, las cuales tutelan de forma fehaciente los principios de igualdad y de no discriminación a favor de todas las personas, por lo que la población LGBT se encuentra cubierta por ese manto de protección. Incluso, existen instrumentos normativos que buscan proteger de forma específica a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, debido a la situación de desventaja que viven en relación con otras personas; dichos instrumentos son, por ejemplo, la Declaración de Montreal³⁵¹ y los Principios de Yogyakarta³⁵².

Además, se observó que, a nivel regional, en lo que concierne al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, también existen varios instrumentos normativos que tienen como propósito tutelar, entre otros, los principios de igualdad y de no discriminación que protegen a todas las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en las diversas áreas de sus vidas, como lo es, por ejemplo, el trabajo. En este caso, debe destacarse el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal que ha realizado una labor jurisdiccional importante, en la que reitera la protección con la que cuentan las personas objeto de esta investigación. Siendo que, por medio de la aplicación del control de convencionalidad, las sentencias emitidas por la Corte IDH son de aplicación obligatoria en Costa Rica, lo que ha decantado en cambios dentro del derecho interno, el cual brinda una mayor tutela a los derechos humanos de las personas LGBT.

En cuanto a las normas jurídicas emanadas dentro del ámbito interno de Costa Rica, se tiene que, desde la emisión de la Constitución Política, el constituyente previó la protección del principio de igualdad y de no discriminación, lo que implica que todo el ordenamiento jurídico del país debe respetar a todas las personas por igual. Mientras que, en el tema de la protección en el empleo, el sistema normativo costarricense cuenta con diversas

³⁵¹ Sobre la Declaración de Montreal, ver páginas 78 y 79.

³⁵² Sobre los Principios de Yogyakarta, ver páginas 80-82 y el anexo 1.

normas que establecen que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans no pueden recibir ningún tipo de discriminación basada en su orientación sexual o su identidad de género en sus lugares de trabajo; siendo que en caso de que sean víctimas de ese tipo de actos discriminatorios pueden plantear una denuncia con el fin de tutelar de forma absoluta sus derechos.

En suma, en Costa Rica se cuenta con un marco normativo amplio en lo que respecta a la tutela de los derechos laborales de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, siendo que lo que se requiere es que las normas existentes sean respetadas a la luz de los principios de igualdad y de no discriminación, con el fin de proteger a cabalidad a una población vulnerabilizada, como lo es la comunidad LGBT.

Capítulo II. Estado actual de los derechos laborales de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica: realidad actual de los derechos laborales de la población LGBT y principales avances y desafíos en la materia

En la sección b) del capítulo I de la presente labor investigativa se analizó el marco normativo que resguarda los derechos laborales de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica y, a su vez, los derechos humanos laborales que, por su carácter de universales, corresponden a todas las personas por el simple hecho de serlo, incluidos, por ende, los miembros de la comunidad LGBT.

Es necesario determinar la percepción de los costarricenses sobre las personas LGBT entre los años 1999 y 2018, a partir de una serie de estudios realizados en dichos años, para posteriormente analizar cuál es el estado actual de los derechos laborales de la comunidad LGBT en Costa Rica; eso debido a que en múltiples ocasiones lo establecido en el ordenamiento jurídico no tiene un verdadero reflejo en la práctica. En otras palabras, se pretende determinar si los derechos laborales consagrados en los diversos instrumentos normativos a favor de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica se cumplen desde la óptica de los principios de igualdad y de no discriminación.

Para determinar lo antes dicho, se procederá a realizar un estudio exhaustivo sobre las investigaciones existentes en la materia, las medidas que se ejecutan en diversos centros laborales, así como los testimonios brindados por las personas entrevistadas para el desarrollo de este proyecto investigativo, entre las que se encuentran diversos actores sociales, como lo son, representantes del Poder Ejecutivo, de organizaciones que luchan en pro de los derechos de las personas LGBT, y personas LGBT que forman parte de la fuerza laboral costarricense.

Sección a. Percepción que posee la sociedad costarricense sobre las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans y sus derechos entre los años 1999 y 2018: evidencias de discriminación estructural en diversos ámbitos de la vida de la población LGBT

Examinar cuál es la percepción que poseen los costarricenses sobre las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans y de sus derechos resulta de vital importancia para tener

una base que sirva de punto de comparación y, de esa forma, contrastarla con la realidad actual que vive dicha población en el ámbito laboral en Costa Rica.

Se pretende recopilar información para determinar si los derechos que protegen a la comunidad LGBT en el trabajo se cumplen en la práctica, bajo el respeto de los principios de igualdad y de no discriminación. De modo que, al tener constancia de lo anterior se puede establecer cuáles son los principales avances que se han tenido sobre este tema para, finalmente, proceder a señalar cuáles son los desafíos que la sociedad costarricense tiene por delante respecto a la tutela de la población LGBT en ámbito laboral.

Antes de proceder con el mencionado estudio, es necesario realizar algunas acotaciones que permitan obtener una mayor y mejor comprensión sobre el tema a tratar. Para empezar, tal como se mencionó en el apartado introductorio, desde que un ser humano es concebido comienza a recibir una serie información por parte de los diversos agentes socializadores, la cual está cargada de patrones de conducta y estereotipos socialmente aceptados. Dichos patrones de conducta se encuentran íntimamente relacionados con los sistemas de dominación social, como el patriarcalismo y el heterocisnormativismo.

De acuerdo con lo expuesto, desde que el ser humano nace es dotado de un sexo y un género, siendo que, de acuerdo con el cisnormativismo³⁵³, si una persona nace con un aparato reproductor compuesto, entre otros, por un pene y dos testículos, su género es masculino; mientras que si su aparato reproductor se compone de una vagina y ovarios, su género es femenino. Mientras que el heteronormativismo³⁵⁴ determina que las relaciones heterosexuales son las únicas que pueden considerarse como *normales y posibles*. En caso de que no exista correspondencia con lo antes dicho, la persona es condenada a una vida de exclusión por no subsumirse dentro de lo que la sociedad establece que es *normal*.

Tal como se ha desarrollado a lo largo de esta investigación, la población LGBT se caracteriza por confrontar lo establecido por esos sistemas de dominación social, debido a

³⁵³ Sobre el cisnormativismo, ver página 10.

³⁵⁴ Sobre el heteronormativismo, ver páginas 9 y 10.

que la orientación sexual o la identidad de género de sus miembros no se ajusta a lo establecido por los mismos. El problema radica en que los sistemas de dominación social son propagados por diversos actores sociales, quienes, en la mayoría de los casos, se encuentran en posiciones de poder que les permiten determinar las reglas sociales y las normas jurídicas que rigen en un determinado momento y lugar.

Como consecuencia de la vigencia de los sistemas de dominación social, las personas LGBT han sido víctimas de actos discriminatorios basados en su orientación sexual o su identidad de género, los cuales son contrarios a la dignidad humana y a diversos derechos humanos. Dentro de los actos discriminatorios mencionados se encuentran las *fobias*³⁵⁵, que generan una actitud de odio o rechazo respecto de los miembros de la población LGBT, así como diversos tipos de violencia, incluida la física y la psicológica.

El problema es que, según los propulsores de los mencionados sistemas de dominación social, las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, al no adecuarse a los postulados que propugnan, son consideradas como *inhumanas* o *anormales*, y, por tanto, no son consideradas merecedoras de derechos humanos. Al respecto, conviene traer a colación lo dicho por Butler sobre la tradición hegeliana que vincula el deseo con el reconocimiento:

(...) el deseo es siempre un deseo de reconocimiento que cualquiera de nosotros se constituye como ser social viable únicamente a través de la experiencia del reconocimiento. (...) Esto significa que en la medida en que el deseo está implicado en las normas sociales, se encuentra ligado con la cuestión del poder y con el problema de quién reúne los requisitos de lo que se reconoce como humano y quién no³⁵⁶.

Según la cita transcrita, para poder constituirse como un ser social viable y, por ende, existente, es necesario ser reconocido; siendo que el deseo está vinculado al poder, por lo que son aquellas personas que detentan dicho poder quienes determinan quién puede ser concebido como un ser humano. Además, la autora continúa diciendo que para que una persona pueda ser reconocida como viable socialmente es necesario cambiar las instituciones

³⁵⁵ Sobre las fobias, ver páginas 10 y 11.

³⁵⁶ Judith Butler, *Deshacer el género*. (Barcelona: Paidós, 1 ed., 2006),14-15.

que determinan lo que es socialmente viable, pues “Sólo se determina “el propio” sentido del género en la medida en que las normas sociales existen para apoyar y posibilitar aquel acto de reclamar el género para uno mismo. De esta forma, para tomar posesión de sí mismo el yo debe ser desposeído en la socialidad³⁵⁷”.

Así las cosas, cuando las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, con el apoyo de sus aliados, luchan por el reconocimiento de sus derechos sexuales, están luchando, en el fondo, por ser reconocidos como seres humanos:

Entonces, vista sobre este telón de fondo, la afirmación de los derechos sexuales toma un significado especial. Por ejemplo, indica que cuando luchamos por nuestros derechos no estamos sencillamente luchando por derechos sujetos a mi persona, sino que estamos luchando *para ser concebidos como personas*. Y hay una gran diferencia entre lo primero y lo último. Si estamos luchando por derechos que están sujetos, o deberían estar sujetos, a mi persona, entonces asumimos que la idea de persona ya está constituida. Pero si luchamos no sólo para ser concebidos como personas, sino para crear una transformación social del significado mismo de persona, entonces la afirmación de los derechos se convierte en una manera de intervenir en el proceso político y social por el cual se articula lo humano. Los derechos humanos internacionales están siempre en el proceso de someter a lo humano a redefinición y renegociación. Se moviliza lo humano al servicio de los derechos, pero también se reescribe y se rearticula lo humano cuando se topa contra los límites culturales de un concepto de lo humano, tal como es y debe ser³⁵⁸.

El texto transcrito es reflejo de la realidad social imperante, la cual dicta que para muchas personas la población LGBT no puede ni debe ser considerada como parte de los seres humanos y, por tanto, no es merecedora de la tutela brindada por los derechos humanos. No obstante, lo anterior si bien es reflejo de una realidad social, no lo es, en su totalidad, de la realidad jurídica. En otras palabras, a pesar de la existencia de sistemas de dominación social, como el heterocisnormativismo, el Derecho ha reconocido que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans son seres humanos que poseen dentro de sus esferas jurídicas todos y cada uno de los derechos humanos internacionalmente declarados; siendo que incluso se

³⁵⁷ Ibidem., 21.

³⁵⁸ Ibidem., 56.

han emitido normas, de diverso rango, que tienen como principal objetivo tutelar los derechos de dicha población, la cual se encuentra en una situación de vulnerabilidad debido a la discriminación estructural de la que ha sido, y es, víctima.

En los últimos años, las personas miembros de la comunidad LGBT han llevado a cabo un proceso de reivindicación de los derechos que les pertenecen por el simple hecho de ser personas, sin embargo, eso no significa que los actos discriminatorios que los han perjudicado a lo largo de la historia hayan mermado. Por el contrario, en la actualidad la población LGBT sigue siendo víctima de tratamientos diferenciados que se basan en su orientación sexual y su identidad de género; e incluso, ante los avances jurídicos logrados, han aumentado los niveles de violencia en su contra por parte de grupos conservadores.

Por otra parte, los trabajadores, incluidos los miembros de la comunidad LGBT, son seres sociales, al igual que el resto de personas, lo que implica que estos se encuentran insertos en constantes procesos de socialización en los que interactúan con diversas personas en múltiples ámbitos que se encuentran interrelacionados, como lo son el familiar, el educativo y el laboral, por mencionar algunos. Por lo que la experiencia de los individuos en el campo laboral tiene una incidencia directa o indirecta sobre los otros sectores de su vida. De ahí la importancia de que las personas LGBT cuenten con un espacio laboral que les permita desarrollarse con plena libertad y en condiciones de igualdad y respeto.

Conforme con todo lo antes expuesto, de seguido se analizarán algunos estudios que se han realizado en Costa Rica sobre los derechos humanos de las personas LGBT, con el propósito de determinar cuál es la percepción que la sociedad costarricense tiene respecto de dicho colectivo; lo cual, a su vez, permitirá comprobar si los sistemas de dominación social producen consecuencias en dicha población vulnerabilizada. Esto contribuirá a determinar cuál es la realidad social que enfrenta la población LGBT en el país y, por supuesto, en sus relaciones laborales, lo que permitirá tener datos que sirvan para contrastarlos con la realidad jurídica que experimentan, y que fue analizada previamente.

Antes de realizar el análisis mencionado, es necesario señalar que en la actualidad no existen suficientes datos que permitan establecer qué porcentaje de la población costarricense forma parte de la comunidad LGBT. Por lo que se debe aclarar en este punto que es imposible determinar con precisión cuál es la extensión, en términos cuantitativos, de la población objeto de este análisis. Esto constituye una primera señal de alerta que no puede pasar desapercibida, por cuanto se trata de un grupo vulnerabilizado del que no se manejan datos, es decir, respecto del cual existe invisibilización.

a. Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC): diversidad sexual y trabajo en Costa Rica

El primer estudio que debe tomarse en consideración como antecedente fue realizado en el año 1999 por el **Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos** (en adelante CIPAC), cuyo título es *Diversidad sexual y trabajo en Costa Rica*. Este estudio fue realizado a personas lesbianas y gays, que forman parte de la fuerza laboral costarricense, con el objetivo de analizar la discriminación laboral por orientación sexual en el país.

Las encuestas realizadas sobre el tema mencionado depararon conclusiones interesantes sobre los derechos laborales de las personas homosexuales en Costa Rica, a finales el siglo XX. Dentro de las principales conclusiones obtenidas, resultan de interés para el desarrollo de este estudio las siguientes³⁵⁹:

- 1. Falta de información:** el estudio realizado indica que las personas homosexuales encuestadas tenían un gran desconocimiento sobre las diversas herramientas que podían utilizar para interponer una denuncia en caso de que sufrieran algún tipo de discriminación laboral.

³⁵⁹ Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC), “Diversidad sexual y trabajo en Costa Rica”. Consultado el 16 de octubre de 2017 de: http://www.cipacdh.org/cipac_articulo_completo.php?art=57.

2. **No reconocimiento de la orientación sexual en público:** la población encuestada expresó el temor que poseía de manifestar su orientación sexual en sus lugares de trabajo por miedo a sufrir represalias por parte de sus empleadores y de sus compañeros de trabajo, que podrían constituir actos discriminatorios. Eso generó consecuencias emocionales en las personas homosexuales por la dificultad que conlleva tener que lidiar con una especie de doble vida.
3. **Las consecuencias de la discriminación por orientación sexual:** entre las personas encuestadas se percibió la existencia de actuaciones por parte de las personas homosexuales con el fin de evitar iniciar un proceso legal en contra de sus empleadores, ya que desconfiaban de la administración de justicia. Entre las acciones que realizaron se encuentran, por mencionar algunas, la renuncia, la aceptación de salarios inferiores a los merecidos, propiciar sus despidos por otros motivos para que los mismos no fueran producto de su orientación sexual.
4. **Homofobia interiorizada:** un dato que arrojó el estudio realizado es que las personas homosexuales muchas veces no reconocían los actos discriminatorios que recibían como consecuencia de su orientación sexual, porque ellos mismos llevan a cabo conductas homofóbicas o las consienten para evitar hacer manifiesta su homosexualidad.
5. **Inestabilidad laboral de las personas homosexuales:** independientemente del lugar de trabajo, del oficio o la profesión, las personas homosexuales sufren de discriminación basada en su orientación sexual, lo que generó una gran inestabilidad laboral para dicha población.

Lo anterior permite conocer la realidad vivida por las personas homosexuales en Costa Rica a finales del siglo XX, la cual tiene la característica de gozar de cierta permanencia en el tiempo. Esto puesto que la falta de información sobre las herramientas disponibles para denunciar actos de discriminación, la homofobia interiorizada, el ocultamiento de la orientación sexual en los lugares de trabajo para evitar recibir represalias,

y la inestabilidad laboral de las personas miembros de la comunidad LGBT siguen produciéndose en la actualidad.

Ergo, el estudio en análisis debe considerarse como un indicador sumamente importante, por cuanto refleja que la realidad actual de las personas LGBT en sus lugares de trabajo es semejante a la que se experimentaba a finales del siglo XX. Esto hace reafirmar la idea de que en la sociedad costarricense existe una discriminación estructural que afecta a la población LGBT, la cual se ve posicionada en una situación de vulnerabilidad debido a las violaciones reiteradas de sus derechos humanos.

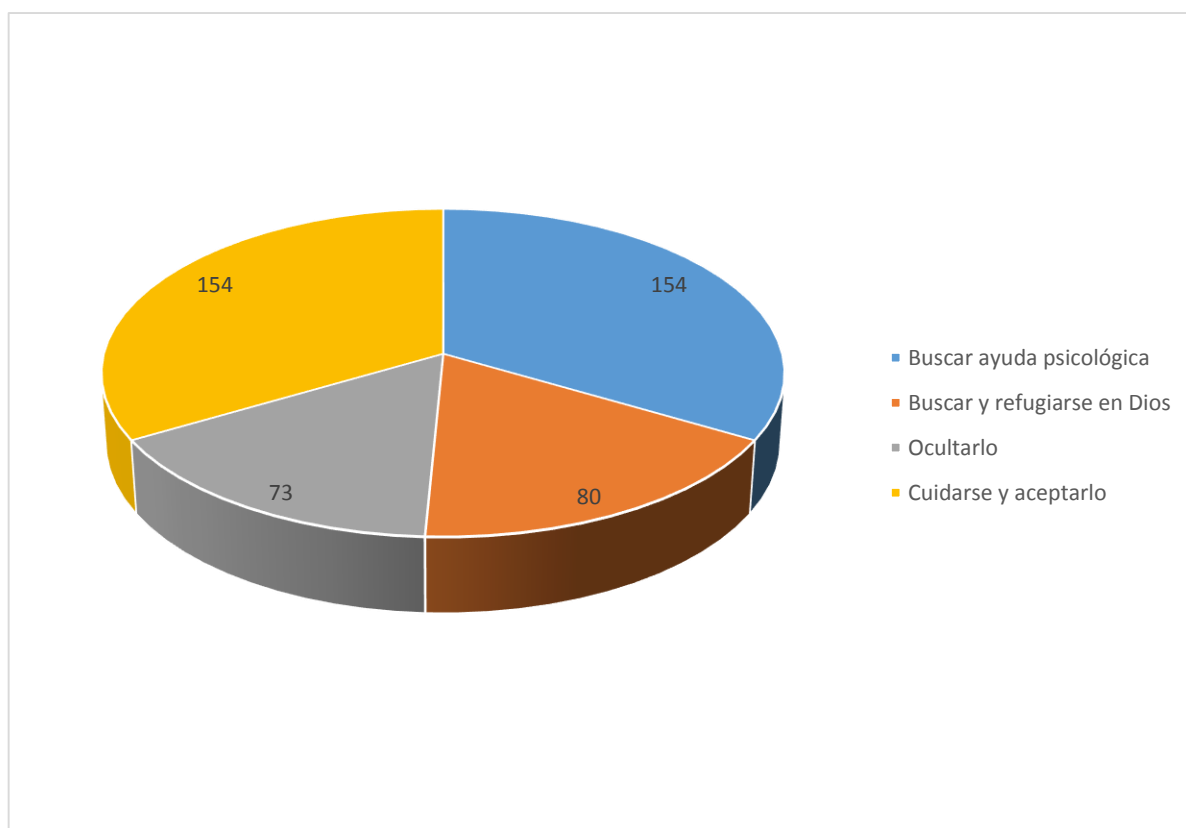
b. Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC): percepción de estudiantes universitarios sobre la homo/lesbofobia en Costa Rica para diagnóstico, con enfoque de género, sobre la situación del estigma, la discriminación y la homofobia en Costa Rica (2007)

Posteriormente, el mismo CIPAC realizó un estudio en el año 2007, titulado *Percepción de estudiantes universitarios sobre la homo/lesbofobia en Costa Rica para diagnóstico, con enfoque de género, sobre la situación del estigma, la discriminación y la homofobia en Costa Rica (2007)*. En dicho estudio estadístico se tomó una muestra de 500 estudiantes universitarios de tres universidades públicas costarricenses, la Universidad de Costa Rica, la Universidad Nacional y el Instituto Tecnológico de Costa Rica. Algunos de los datos arrojados por dicho estudio se presentan a continuación³⁶⁰.

³⁶⁰ Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC), Daria Suárez Rehaag y Francisco Madrigal Ballesteros, *Percepción de estudiantes universitarios sobre la homo/lesbofobia en Costa Rica Para Diagnóstico, con enfoque de género, sobre la situación del estigma, la discriminación y la homofobia en Costa Rica (2007)*.

Ante la pregunta de qué llegarían a hacer si llegaran a sentirse atraídos por alguien de su mismo sexo, las respuestas fueron:

Gráfico 1. Reacción al sentir atracción por alguien de su mismo sexo



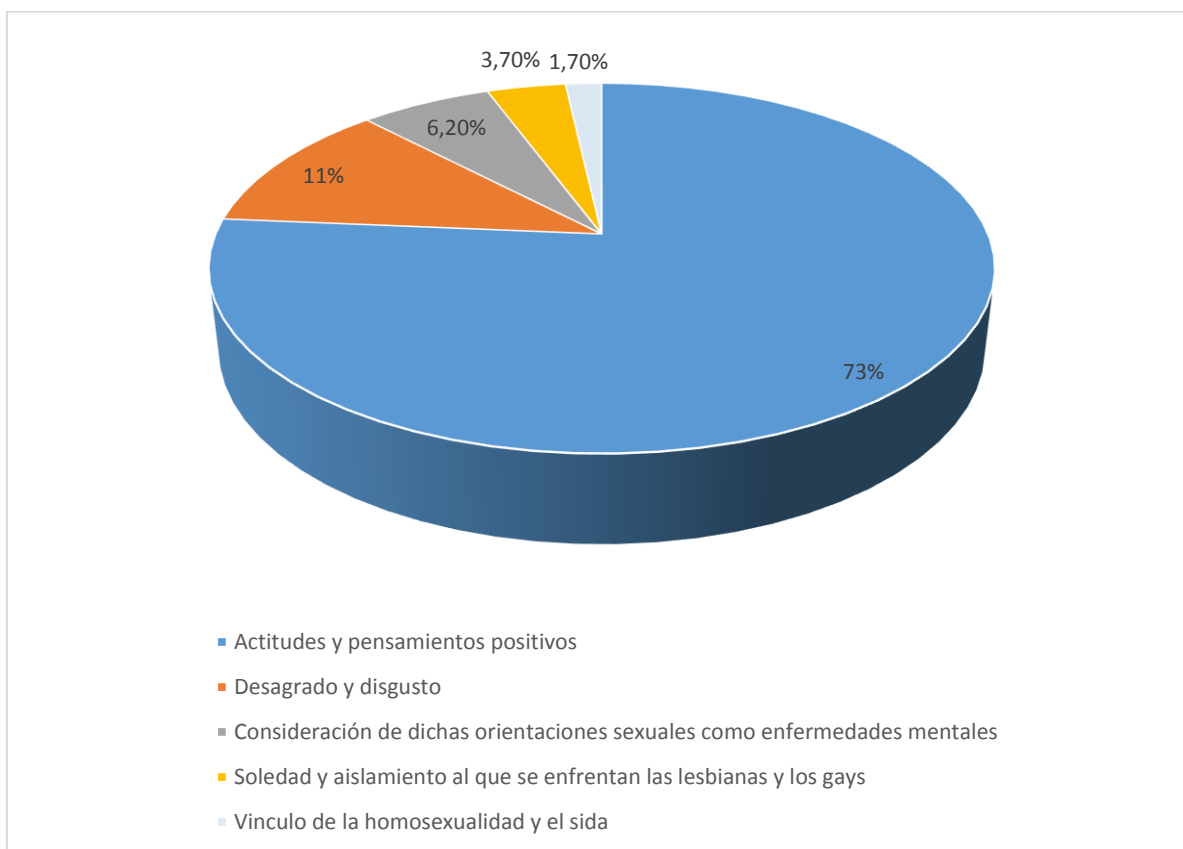
Fuente: Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (2007)³⁶¹.

Los resultados obtenidos ante la pregunta realizada son reflejo de los estereotipos y prejuicios persistentes en la sociedad costarricense. Esto se puede apreciar en el hecho de que 154 personas hayan optado, como primera opción, por buscar ayuda psicológica al sentirse atraídas por una persona del mismo sexo; mientras que 80 participantes afirmaron que buscarían refugiarse en Dios. No obstante, no puede dejarse de lado el hecho de que la opción de ocultar la atracción sentida fue la que menos respuestas recibió, con un total de 73 entrevistados. Es decir, de los datos obtenidos se puede concluir que, aunque la sociedad costarricense sigue manteniendo vivos algunos estereotipos relativos a las personas lesbianas y gays, existen avances sobre el tema.

³⁶¹ Ibidem.

En cuanto a la percepción de la homosexualidad, se obtuvieron los siguientes resultados:

Gráfico 2. Percepción de la homosexualidad



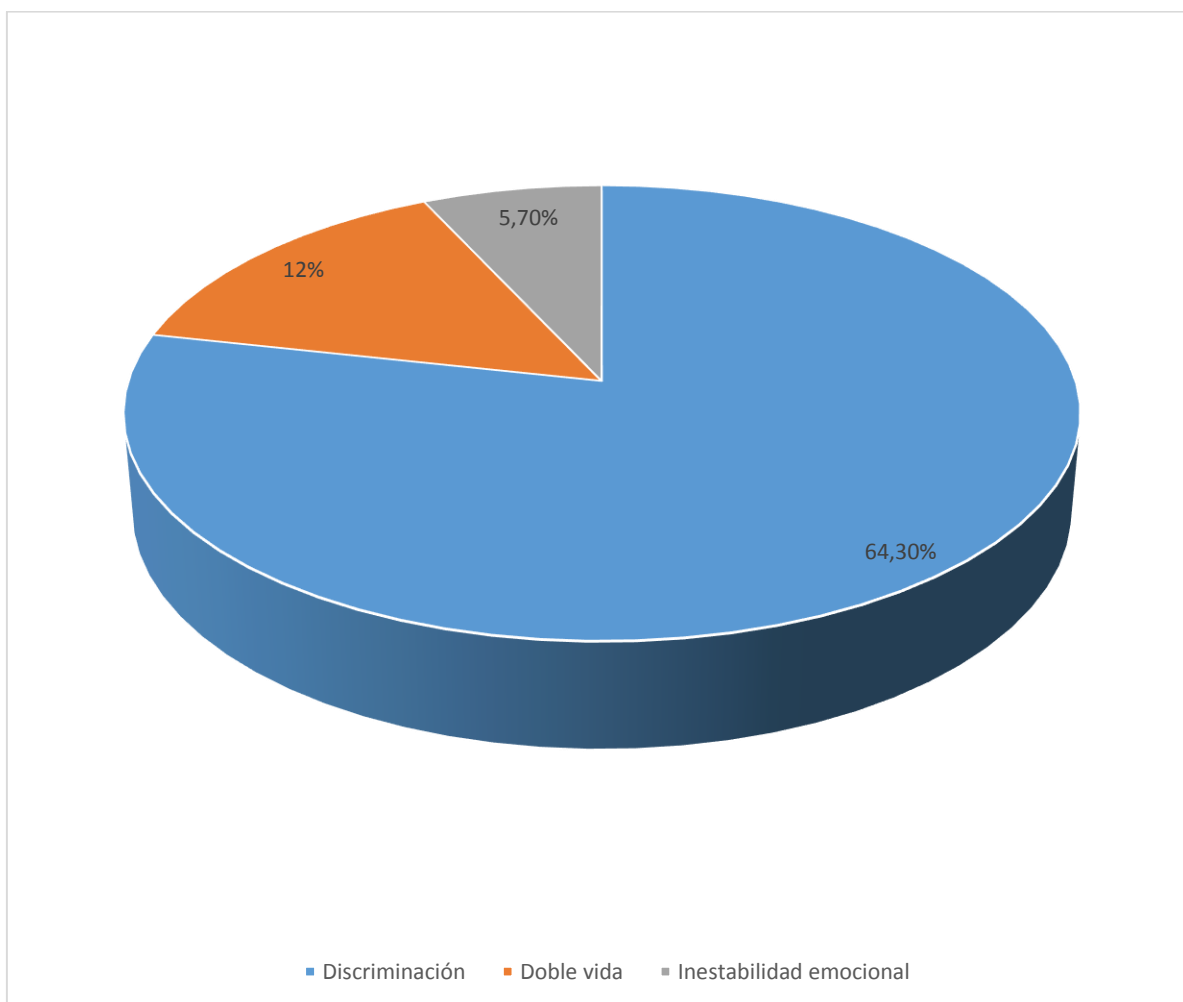
Fuente: Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (2007)³⁶².

A partir de los resultados obtenidos, puede apreciarse que la población universitaria entrevistada en el año 2007 seguía manteniendo prejuicios respecto a las personas lesbianas y gays; cuestión que se evidencia, por ejemplo, con el hecho de que el 6.2% de los encuestados considerara dichas orientaciones sexuales como enfermedades mentales. Sin embargo, debe resaltarse que la mayoría de los entrevistados manifestó mantener actitudes y pensamientos positivos sobre la homosexualidad, lo que lleva a pensar que los mencionados estereotipos y prejuicios van cediendo terreno poco a poco.

³⁶² Ibidem.

Respecto a la pregunta de cuál es el principal problema de ser lesbiana o gay, las respuestas arrojaron los siguientes resultados:

Gráfico 3. Principal problema de ser lesbiana o gay



Fuente: Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (2007)³⁶³.

De las respuestas recibidas, puede extraerse que un gran porcentaje de los encuestados tiene consciencia sobre la situación de discriminación de la que son víctimas las personas lesbianas y gays. Sin embargo, no deja de llamar la atención que el 12% de la muestra haya manifestado que el principal problema de ser lesbiana o gay es mantener una doble vida,

³⁶³ Ibidem.

cuestión que en la actualidad no puede considerarse como la regla, pues en los últimos años se ha propiciado una mayor apertura al respecto.

Finalmente, en cuanto a la consideración de la igualdad de los derechos de las personas heterosexuales y los gays y lesbianas, el 75,2% de los encuestados afirmó que todos merecen los mismos derechos³⁶⁴. Esto resulta ser un aspecto sumamente positivo debido a que gran porcentaje de los encuestados, al realizar dicha afirmación, está respetando los principios de igualdad y de no discriminación a favor de las personas lesbianas y gays.

Dichos resultados permiten apreciar que, si bien los estudiantes universitarios tienen mayor acceso a la información, lo cual les permite destruir estereotipos y prejuicios que imperan en la sociedad al existir una homo-lesbi-bi-trans-fobia estructural: lo cierto es que aun en dicha población persisten ideas que vinculan la homosexualidad con enfermedades o asocian a dicha orientación sexual con la necesidad de ocultar su sexualidad.

c. Centro de Estudios Internacionales (CEI): sondeo de percepción de los derechos humanos de las poblaciones LGBT en Costa Rica en el año 2012: diversidad sexual en Centroamérica: promoviendo los derechos humanos y previniendo la violencia de género

En el año 2012, el Centro de Estudios Internacionales (CEI) realizó el *Sondeo de Percepción de los Derechos Humanos de las Poblaciones LGBT en Costa Rica en el año 2012: diversidad sexual en Centroamérica: promoviendo los derechos humanos y previniendo la violencia de género*³⁶⁵. Dicho sondeo contó con la participación de 845 personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, siendo que la muestra estuvo compuesta por 337 mujeres, 496 hombres, 2 mujeres trans, 4 hombres trans y 6 personas intersex.

Uno de los datos más relevantes para esta labor investigativa es el expresado por el gráfico 4, debido a que el espacio laboral es en el que menos personas asumen su orientación

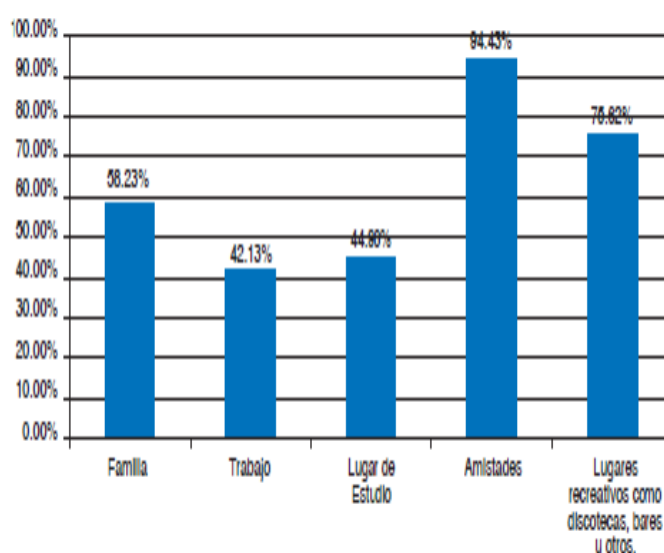
³⁶⁴ Ibidem.

³⁶⁵ Centro de Estudios Internacionales (CEI), “*Sondeo de Percepción de los Derechos Humanos de las Poblaciones LGBT en Costa Rica en el año 2012: Diversidad sexual en Centroamérica: Promoviendo los derechos humanos y previniendo la violencia de género*”, 2012.

sexual y su identidad de género, puesto que sólo 356 personas manifestaron expresar de forma abierta dichas características en sus lugares de trabajo, seguido por el lugar de estudio.

En el gráfico 4, como se acaba de mencionar, se pueden apreciar los espacios en los que las personas LGBT en Costa Rica asumen su orientación sexual o su identidad de género.

Gráfico 4. Espacios en los que las personas LGBT en Costa Rica asumen su orientación sexual o su identidad de género



Fuente: Equipo Lésbico-Gay de Investigación Costa Rica³⁶⁶.

El mismo estudio señala que uno de los motivos por los cuales las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans no se asumen como tales en sus centros de trabajo puede deberse a que temen sufrir de actos de discriminación por su orientación sexual o su identidad de género; así como de acoso, burlas o despidos³⁶⁷. Es decir, que existe un temor a sufrir actos discriminatorios, lo que impide que la población LGBT, en muchos casos, pueda ejercitar su derecho a la autodefinición de forma plena y pueda asumir su orientación sexual o su identidad de género su lugar de trabajo. Esto conlleva, en algunos casos, a que la población

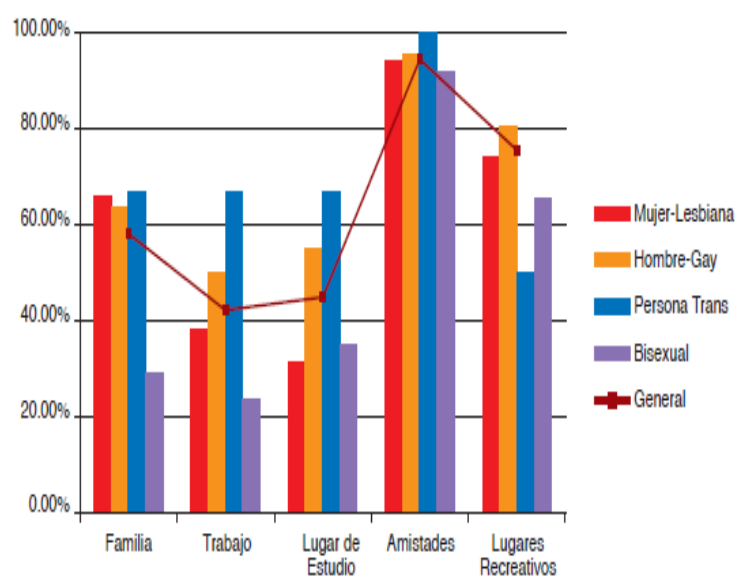
³⁶⁶ Ibidem.

³⁶⁷ Ibidem., 30.

objeto de este estudio tenga sentimiento de frustración y culpabilidad debido a que se ven obligados, de alguna forma, a vivir una doble vida.

El sondeo en análisis también permite conocer qué porcentaje de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans se asumen como tales en sus espacios de trabajo. Dichos datos diferenciados resultan de vital importancia por cuanto, como se mencionó en el apartado introductorio de esta labor investigativa, existen grandes diferencias entre las personas que pertenecen a dichos grupos, y el hecho de que sean reunidas en el acrónimo LGBT no significa que su realidad sea la misma.

Gráfico 5. Espacios en los que las personas LGBT en Costa Rica asumen su orientación sexual o su identidad de género



Fuente: Equipo Lésbico-Gay de Investigación Costa Rica³⁶⁸.

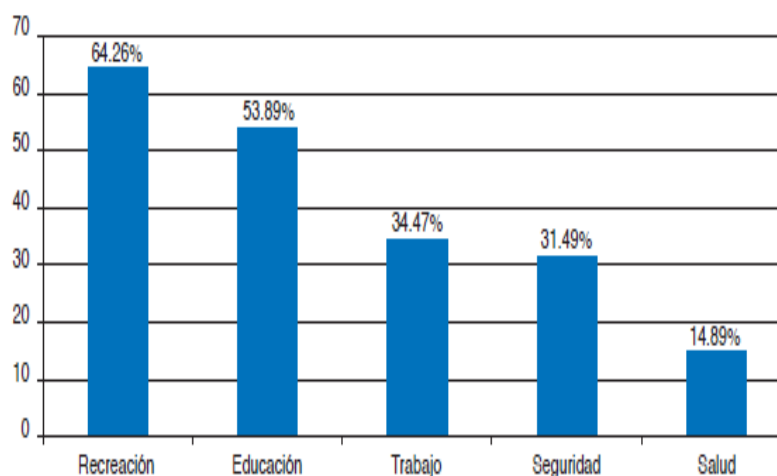
Los datos obtenidos permiten concluir que las personas trans son quienes más asumen su orientación sexual o su identidad de género en el empleo, lo que podría estar relacionado con el hecho de que dicho grupo de personas tiene una expresión de género que hace más evidente que son personas trans. Mientras que, en el caso de las personas bisexuales, se considera que su baja aceptación en los lugares de trabajo se debe a que, por lo general, dicha

³⁶⁸ Ibidem.

población suele actuar bajo la condición de heterosexualidad, lo que conlleva a que no consideren necesario tener que asumir su orientación sexual y, de esa manera, reducen la posibilidad de sufrir de actos discriminatorios.

Por otra parte, en el gráfico 6 se puede apreciar que el 34.47% de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans han sufrido algún tipo de discriminación por orientación sexual, identidad sexual o de género en sus lugares de trabajo.

Gráfico 6. Espacios donde las personas LGBT en Costa Rica reciben discriminación por su orientación sexual y su identidad de género



Fuente: Equipo Lésbico-Gay de Investigación Costa Rica³⁶⁹.

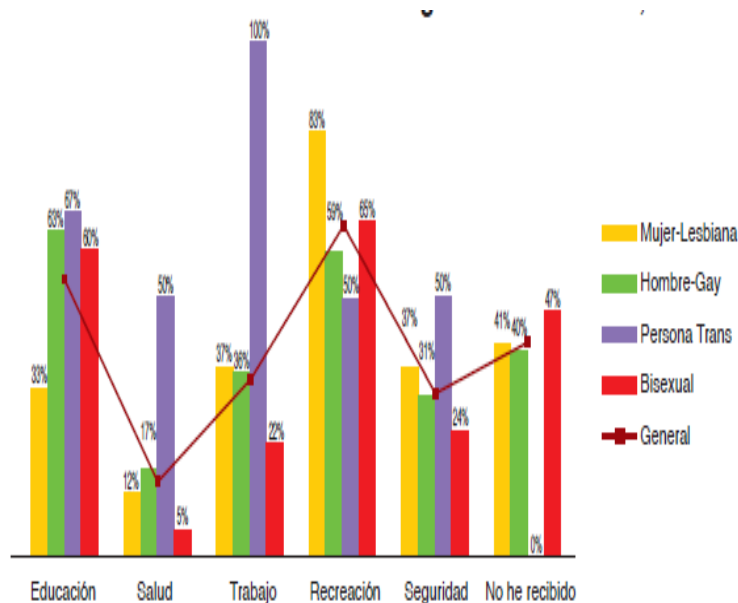
El porcentaje obtenido respecto a la discriminación que sufre la población objeto de este estudio en sus lugares de trabajo se pondría considerar que es bajo en comparación con el que tiene aparejado la discriminación de la que son víctimas en los espacios recreativos. No obstante, si se considera que el trabajo es el medio principal que tienen las personas para sobrevivir, no puede menospreciarse la cifra arrojada por el sondeo, siendo que posiblemente esa sea la razón por la que muchas personas miembros de la comunidad LGBT decidan esconder su orientación sexual o su identidad de género en dicho ámbito de sus vidas.

³⁶⁹ Ibidem.

Además, dichos porcentajes deben analizarse en relación con los anteriores, por lo que el hecho de que en el ámbito de recreación las personas asuman en mayor medida su orientación sexual o su identidad de género puede explicar que ese sea el espacio en el que sufren un porcentaje mayor de discriminación.

En el gráfico 7 se puede determinar qué porcentaje de discriminación viven las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus espacios de trabajo.

Gráfico 7. Porcentaje de discriminación que viven las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus espacios de trabajo



Fuente: Equipo Lésbico-Gay de Investigación Costa Rica³⁷⁰.

En este caso, la situación más alarmante la vive la población trans dado que, según indica el estudio, el 100% de esta población ha sido víctima de discriminación basada en su orientación sexual o su identidad sexual o de género, lo cual, tal como se mencionó respecto al gráfico 5, puede estar relacionado con el hecho de que dicha población tenga una expresión de género más palpable.

³⁷⁰ Ibidem.

El sondeo en análisis determina, en el cuadro 1, el resultado obtenido por las personas LGBT respecto de las denuncias planteadas ante la discriminación por orientación sexual e identidad sexual o de género sufridas, tal como puede apreciarse a continuación.

Cuadro 1. Resultado obtenido por las personas LGBT respecto de las denuncias planteadas ante la discriminación por orientación sexual e identidad sexual o de género

Resultado de la Denuncia	Educación	Salud	Trabajo	Recreación	Seguridad	Totales
Aún está en proceso	0%	7,67%	2,94%	0%	4,18%	2,95%
Fue resuelta a mi favor	30,26%	15,38%	14,70%	22,49%	12,49%	19,06%
Fue resuelta en mi contra	9,08%	15,46%	23,56%	14,99%	16,69%	15,95%
No le di seguimiento	27,31%	30,74%	17,66%	30,02%	24,98%	26,14%
No recibí respuesta de la denuncia	30,32%	30,74%	29,39%	27,49%	37,49%	31,06%

Fuente: Equipo Lésbico-Gay de Investigación Costa Rica³⁷¹.

Según los datos contenidos en la tabla 6, sólo el 14.7% de las denuncias interpuestas por personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, al recibir lo que ellos consideraron un trato discriminatorio basado en su orientación sexual, su identidad sexual o de género, fueron resueltas a su favor. Además, resulta alarmante que, del total de denuncias interpuestas, en un 29.39% de las mismas no haya existido alguna respuesta. Esto podría justificar la desconfianza de la población LGBT sobre los mecanismos que pueden utilizar para garantizar el disfrute de sus derechos.

Finalmente, respecto a este estudio cabe señalar algunas conclusiones a las que se llegó respecto a los diversos tipos de discriminación que emanan del aparato estatal:

1. Las denuncias ante la discriminación por OSISG [orientación sexual, identidad sexual o de género] no llegan a término en la mayoría de los casos pues, además de lento, el proceso es extremadamente complejo y en ocasiones

³⁷¹ Ibidem.

simplemente no se da seguimiento por la ineficiencia de esta trampa estatal. 2. La inexistencia de los mecanismos específicos de seguimiento que permitan la aplicación de las normas. 3. La ausencia total de respaldo institucional para garantizar la protección de las personas LGBT, que se evidencia mediante de la falta de voluntad política. 4. Las organizaciones LGBT no tiene recursos para poner en funcionamiento estrategias masivas para atacar la discriminación, más allá del compromiso político de las personas que la integran.³⁷²

Lo relevante acerca de dichas conclusiones es que son cuestiones que pueden considerarse que persisten en la actualidad. Eso según la percepción que diversos actores sociales tienen sobre los derechos laborales de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica y que podrá ser analizada con mayor profundidad en apartados posteriores de esta sección.

d. Oficina Internacional del Trabajo (OIT): ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica

Dentro de los estudios realizados sobre el tema objeto de este ejercicio académico se encuentra la investigación desarrollada por la Oficina Internacional del Trabajo en el año 2016, llamada *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*.

En dicho estudio, cuya importancia para el desarrollo de esta investigación es indudable, se pueden apreciar ciertos datos que permiten conocer la percepción que existe en Costa Rica sobre cuestiones relativas a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, a partir de las opiniones esgrimidas por trabajadores de dos instituciones públicas y de dos empresas pertenecientes al sector privado.

En primer lugar, se tiene que hacer referencia al contenido del cuadro 2 en el que se aprecia la percepción de los participantes sobre diversas cuestiones que involucran a las

³⁷² Ibidem., 43.

personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, es decir, a la población objeto de esta investigación académica, en Costa Rica.

Cuadro 2. Percepción de los participantes sobre diversas cuestiones que involucran a las personas LGBT de acuerdo con afirmaciones sobre las personas LGBT
(en porcentaje)

	Centro de trabajo			
	Público 1	Público 2	Privado 1	Privado 2 ³⁷³
Sentir atracción sexual por personas del mismo sexo es una enfermedad	18	25	2	8
Que un hombre se sienta mujer o una mujer se sienta hombre es una enfermedad psicológica	29	31	11	14
Para no sufrir, las personas LGBT deberían cambiar y adaptarse a la sociedad	25	23	7	7
Las familias deben apoyar a las personas LGBT para que cambien y se integren a las reglas de la sociedad	38	23	27	32

Fuente: Encuesta realizada por la Organización Internacional del Trabajo³⁷⁴.

Los resultados contenidos en el cuadro 2 demuestran que, incluso en la actualidad, la sociedad costarricense sigue teniendo pensamientos negativos y errados respecto a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans; tal como puede apreciarse en el hecho de que existan personas que consideran que la atracción por una persona del mismo sexo es una enfermedad, a pesar de que, tal como se mencionó en el apartado introductorio, desde finales del siglo XX la Organización Mundial de la Salud eliminó a la homosexualidad de la lista de

³⁷³ La nomenclatura utilizada en el estudio realizado por la Oficina Internacional del Trabajo hace alusión a los centros de trabajo sobre los que se tomó la muestra, siendo que la misma fue efectuada en cuatro centros de trabajo, dos correspondientes al sector público y dos del sector privado. De forma que, por ejemplo, cuando se señala “Público 1”, se refiere a un centro de trabajo del sector público; mientras que cuando se indica “Privado 2” se trata de un centro de trabajo del sector privado.

³⁷⁴ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 50.

enfermedades mentales. Además, se mantiene la concepción de que las personas LGBT pueden cambiar su orientación sexual o su identidad de género, según sea el caso, cuestión que carece de cualquier sustento científico.

En el cuadro 3 se registran ciertas percepciones que se tienen respecto a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en el empleo:

Cuadro 3. Percepciones que se tienen respecto a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en el empleo de acuerdo con afirmaciones sobre las personas LGBT de acuerdo con afirmaciones sobre presencia de personas LGBT en las empresas (en porcentaje)

	Centro de trabajo			
	Público 1	Público 2	Privado 1	Privado 2
Es mejor que las empresas no contraten personas LGBT para evitar que se distorsione la imagen de la empresa	11	14	0	3
Si se contrata una persona LGBT es mejor asignarle puestos que no sean de servicio al cliente	15	15	1	2
Es mejor que las empresas no contraten personas LGBT para evitar problemas en el ambiente laboral	9	13	1	3
Si las empresas contratan personas LGBT, se arriesgan a perder clientes	17	20	4	5
Si las empresas contratan personas LGBT, pueden ganar clientes	15	31	11	20
Para ciertos puestos, como los creativos, es mejor contratar hombres gays	9	24	7	10

Fuente: Encuesta realizada por la Organización Internacional del Trabajo³⁷⁵.

A partir de los datos contenidos en el cuadro 3 se puede notar la diferencia que existe entre las instituciones públicas y las empresas privadas, pues en el sector público existen, en mayor medida, pensamientos discriminatorios en contra de las personas lesbianas, gays,

³⁷⁵ Ibidem., 51.

bisexuales y trans, tal como se refleja en el hecho de que consideren que dicha población podría distorsionar la imagen de la empresa o que es mejor que no tengan ningún tipo de contacto con los clientes de la misma, cuestiones que no son compartidas por los representantes del sector privado.

Además, en el sector público se piensa, en mayor medida, que no debería contratarse a las personas LGBT, lo que constituye una clara discriminación en contra de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, basada en la orientación sexual o la identidad de género de éstas, y termina adquiriendo la forma de barrera de ingreso al mundo laboral por parte de las personas pertenecientes a la comunidad LGBT. Se debe destacar que hay bastante aceptación en ambos sectores de empleadores respecto a la posibilidad de las personas objeto de esta investigación puedan atraer clientes a sus diversos negocios.

En el cuadro 4 se encuentran datos, tanto sobre otras percepciones que tiene la población encuestada sobre las personas LGBT como de los derechos laborales que les atañen a las mismas, lo cual resulta relevante para el desarrollo de esta investigación.

Cuadro 4. Otras percepciones sobre las personas LGBT de acuerdo con afirmaciones sobre derechos de personas LGBT

(en porcentaje)

	Centro de trabajo			
	Público 1	Público 2	Privado 1	Privado 2
Las parejas del mismo sexo tienen derecho a formar una familia	41	38	69	65
El Estado debe reconocer los mismos derechos a todas las personas, independientemente de su orientación sexual	69	23	85	78
La discriminación y la violencia contra las personas LGBT debe ser penalizada legalmente	72	25	82	80
Las personas LGBT tienen derecho a serlo mientras lo mantengan en privado	27	25	8	12

Para conseguir trabajo, las personas LGBT deberían disimular lo que son, cambiando o disimulando su apariencia o comportamiento	17	23	7	7
Trabajar por cuenta propia o formar una empresa es la mejor forma de acabar con la discriminación laboral de las personas LGBT	6	23	2	5
Las empresas privadas tienen derecho a no contratar personas LGBT	13	19	5	4
Una institución pública tiene derecho a no contratar personas LGBT	13	19	5	4
Los beneficios laborales a los que tienen derecho las familias de las personas que trabajan en una empresa, como el seguro de salud o los gastos de traslado a destino, no deben cubrir a las familias de parejas del mismo sexo	15	23	10	10

Fuente: Encuesta realizada por la Organización Internacional del Trabajo³⁷⁶.

Dentro de los datos obtenidos por medio del estudio realizado por el OIT cabe descartar algunos por la importancia que tienen para esta investigación, ya que los mismos van a constituirse en el punto de partida para el análisis que se pretende realizar sobre la realidad actual de los derechos laborales de las personas LGBT en Costa Rica.

Para empezar, existe un alto porcentaje, en tres de los cuatro lugares en los que se realizó la muestra, en los que los resultados determinan que las personas consideran que el Estado debe reconocer a todas las personas los mismos derechos. Eso resulta sumamente positivo, por cuanto se trata del reconocimiento por las propias personas trabajadoras de los principios de igualdad y de no discriminación que son dos de los pilares fundamentales del Estado de Derecho costarricense, así como la base esencial de la protección especial que busca tutelar a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans.

Sin embargo, otros datos revelan que sigue existiendo un porcentaje importante de personas, tanto en el sector público como en el privado, pero con mayor grado en el primero,

³⁷⁶ Ibidem., 52.

que consideran que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans deben reservarse su orientación sexual o su identidad de género para su ámbito privado, y que cuando buscan u obtienen un empleo deben cambiar su apariencia o comportamiento para calzar con los parámetros impuestos por la sociedad, pues de lo contrario entra en juego el control social. Esos datos son alarmantes puesto que reflejan el pensamiento de que para que dicha población pueda desenvolverse de mejor forma en el ámbito laboral deben menoscabarse algunos de sus derechos fundamentales, como lo son, por mencionar algunos, el derecho a la imagen y a la autonomía de la voluntad.

Otro dato, resultado del estudio realizado por la Organización Internacional del Trabajo, que llama mucho la atención es el referente a la opinión obtenida respecto a una forma de evitar la discriminación laboral sufrida por las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans relativa al trabajo por cuenta propia. Según las respuestas obtenidas, el porcentaje de aceptación de dicha afirmación es sumamente bajo, con excepción de una de las empresas públicas, lo que podría considerarse como un avance sobre la valoración que se tiene de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans.

El último dato que quiere resaltarse de los resultados obtenidos es el que hace alusión a que los beneficios laborales a los que tienen derecho las familias que trabajan en una empresa no debe cubrir a las familias de parejas del mismo sexo, donde el 10% de las personas encuestadas de las empresas privadas estuvo de acuerdo con dicha afirmación, mientras que en las instituciones públicas un 15% y un 23% coincidió con lo expuesto. Es decir, hay una tendencia que conduce a considerar que las personas LGBT merecen los mismos derechos que los demás, pero siguen vigentes ideas que llevan a limitar dichos derechos sin que exista ningún criterio objetivo para justificar dichas restricciones.

e. Centro de Investigación y Estudios Políticos (CIEP) y la Escuela de Ciencias Políticas (ECP) de la Universidad de Costa Rica: Informe de resultados de la encuesta de opinión sociopolítica realizada en enero de 2018

Finalmente, dentro de los estudios que tienen relevancia para el desarrollo de esta investigación, se encuentra el *Informe de resultados de la encuesta de opinión sociopolítica*

*realizada en enero de 2018*³⁷⁷ por el Centro de Investigación y Estudios Políticos (CIEP) y la Escuela de Ciencias Políticas (ECP) de la Universidad de Costa Rica. Para su realización se contó con la participación de 1013 personas mayores de edad, de las cuales el 52% fueron mujeres y el 48% fueron hombres.

La publicación de este estudio se dio aproximadamente dos semanas antes de que se llevara a cabo la primera ronda de las elecciones presidenciales de Costa Rica, en las que se decidiría quién obtendría la banda presidencial del país durante el período 2018-2022. Además, se presentó cerca de una semana después de la notificación recibida por el Estado de Costa Rica de la Opinión Consultiva OC-24/17 por parte de la Corte IDH³⁷⁸, la cual reconoce una serie de derechos humanos de la población LGBT.

Antes de analizar el estudio en cuestión, se considera conveniente traer a colación un pasaje del análisis realizado por el CIEP, la ECP y el Semanario Universidad en el año 2016:

En nuestro país, la agenda de derechos humanos y valores progresistas o pos-materiales no ha avanzado tanto como en otros países. De hecho, nuestra encuesta da importantes luces para comprender esta situación. En general, en las personas entrevistadas predominan respuestas conservadoras para varios de estos temas en debate. Así por ejemplo el 60% de las personas dice estar a favor de mantener la confesionalidad del Estado y un 59% indicó estar en desacuerdo con las uniones entre personas del mismo sexo. Aproximadamente un 60% de las personas entrevistadas desaprueba el aborto en casos de violencia sexual y cerca de un 80% está en desacuerdo con la legalización de la marihuana con fines recreativos (...)³⁷⁹.

De manera que, de antemano, se tiene claro que tan solo dos años antes de la realización del presente estudio, se obtuvo datos que reflejan que, en su mayoría, la sociedad

³⁷⁷ Centro de Investigación y Estudios Políticos (CIEP) y la Escuela de Ciencias Políticas (ECP) de la Universidad de Costa Rica, *Informe de resultados de la encuesta de opinión sociopolítica realizada en enero de 2018*. (San José, 2018).

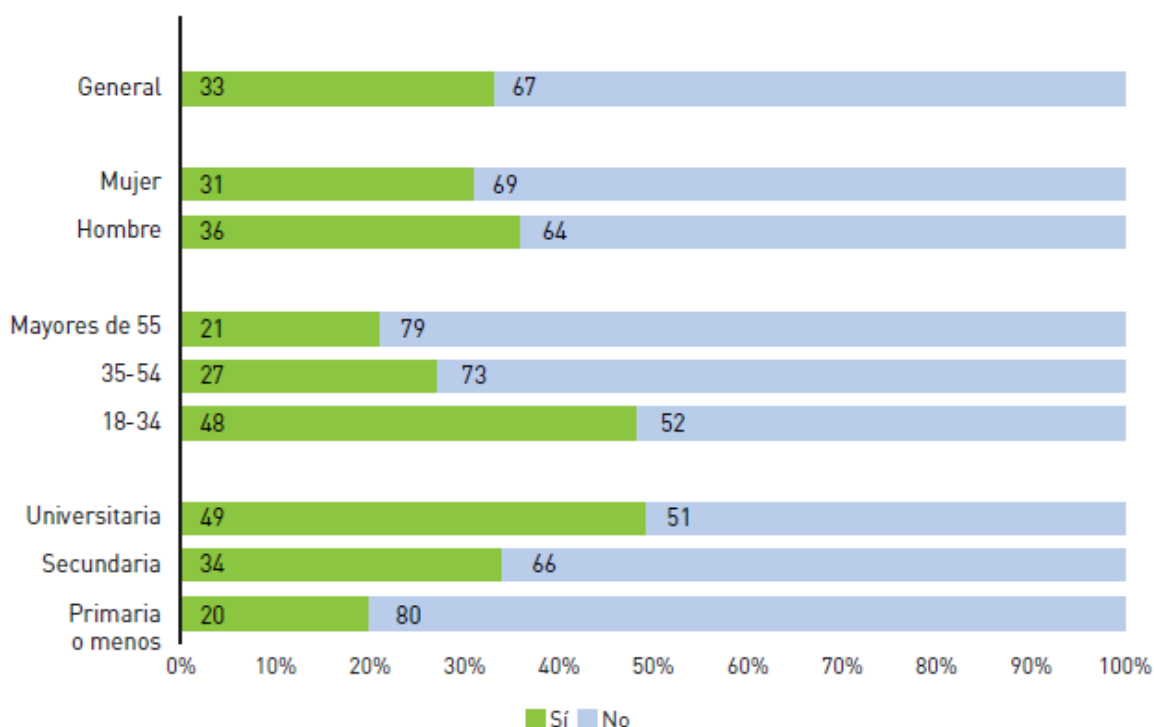
³⁷⁸ Sobre el análisis acerca de la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver páginas 121-137.

³⁷⁹ Centro de Investigación y Estudios Políticos (CIEP), la Escuela de Ciencias Políticas (ECP) de la Universidad de Costa Rica y Semanario Universidad. “Encuesta de opinión: noviembre 2016”. Accesado el 31 de diciembre de 2018 de: <https://www.ciep.ucr.ac.cr/index.php/noticias/20-encuestadeopinionnoviembre2016>.

costarricense es conservadora y se oponía, entre otras cosas, a las uniones entre personas del mismo sexo.

El estudio en análisis arrojó el siguiente resultado sobre el apoyo mostrado por la población entrevistada a la resolución de la Corte IDH:

Gráfico 8. Apoyo a la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH



Fuente: CIEP y ECP de la Universidad de Costa Rica³⁸⁰.

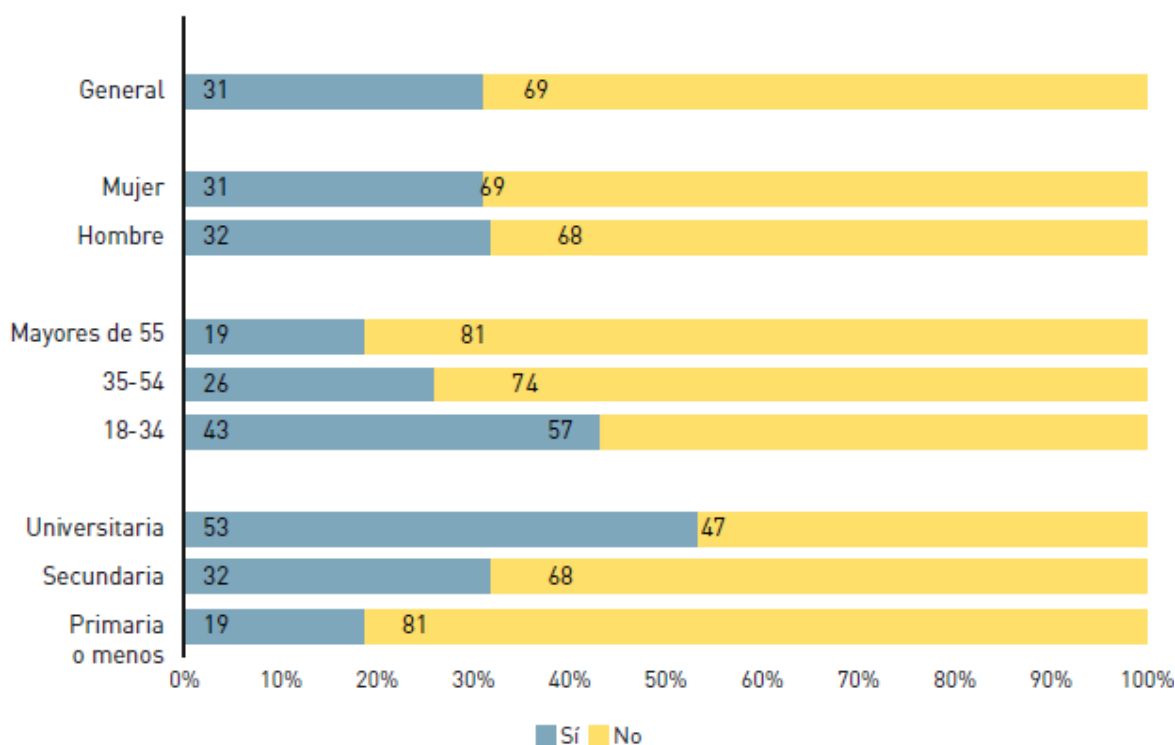
Los datos del gráfico 8 muestran que sólo el 33% de los entrevistados manifestó su aprobación respecto de la opinión consultiva antes referida, por el que la oposición a la misma refleja una cifra que se eleva a un 67% de la muestra. El dato es alarmante, sobre todo, si se toma en consideración que, tal como se mencionó en la sección b) del capítulo I de esta investigación, Costa Rica, mediante un acto soberano, le otorgó la facultad a la Corte IDH de resolver asuntos como el relativo a la Opinión Consultiva OC-24/17.

³⁸⁰ Centro de Investigación y Estudios Políticos (CIEP) y la Escuela de Ciencias Políticas (ECP) de la Universidad de Costa Rica, *Informe de resultados de la encuesta de opinión sociopolítica realizada en enero de 2018*. (San José, 2018), 9.

Además, de los datos extraídos por el estudio, se tiene que son las personas cuyo nivel educativo está compuesto por educación primaria o menos, así como las personas mayores de 55 años de edad, quienes rechazan en mayor medida lo establecido por la Corte IDH. Mientras que los entrevistados cuyas edades oscilan entre los 18 y 34 años, así como aquellos con formación universitaria, son los que mostraron un mayor apoyo a lo dispuesto por la OC-24/17. Estos datos son reveladores pues reflejan que el nivel educativo y el componente etario marcan una diferencia notable entre los resultados recibidos, lo cual puede estar relacionado con un elemento conservador que está inserto en la sociedad costarricense.

Lo anterior también se ve reflejado en los datos arrojados por el gráfico 9:

Gráfico 9. Apoyo al reconocimiento civil de parejas formadas por personas del mismo sexo



Fuente: CIEP y ECP de la Universidad de Costa Rica³⁸¹.

³⁸¹ Ibidem., 11.

Ergo, con los datos que se extraen del gráfico 9, se confirman las conclusiones dadas respecto del gráfico 8. Esto implica que el porcentaje de apoyo al reconocimiento civil de parejas formadas por personas del mismo sexo alcance sólo el 31% de los entrevistados, siendo que la población con estudios universitarios y menor de 34 años fue la que más respaldo mostró al respecto. Mientras que la oposición a dichas uniones se dio en el 69% de los participantes, entre los cuales los que tienen un nivel de escolaridad que llega hasta la primaria o menos, y las personas mayores de 55 años fueron quienes mostraron mayores porcentajes de rechazo.

Lo anterior permite comprender cómo la publicación de la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH produjo un efecto que repercutió, directa o indirectamente, en el resultado de las elecciones presidenciales de Costa Rica. Esto porque, tal como se ejemplificará de seguido, la intención del voto de la ciudadanía varió considerablemente una vez que se dio dicha publicación, siendo que dos candidatos que hasta ese momento no habían logrado captar un porcentaje importante de votantes, según las encuestas, fueron quienes provocaron que se llevara a cabo una segunda ronda electoral.

Una vez realizada la publicación de la opinión consultiva, el candidato Fabricio Alvarado, en representación del Partido Restauración Nacional, de corte marcadamente evangélico, y quien se opone a legalizar las uniones entre personas del mismo sexo, pasó de tener un apoyo del 3% de los votantes, a contar con un 17% de respaldo de estos³⁸². Mientras que el candidato Carlos Alvarado, en representación del Partido Acción Ciudadana, apoyó abiertamente la resolución de la Corte IDH, sin embargo, en el estudio en análisis eso no significó mayor diferencia en la intención del voto.

A partir de lo anterior, conforme los días avanzaron y las elecciones se fueron acercando, la campaña electoral se centró, casi en su totalidad, en el tema de la Opinión Consultiva OC-24/17 y sus consecuencias. Lo que generó una división en el país entre quienes estaban de acuerdo con lo establecido por la Corte IDH y los que estaban en contra;

³⁸² Ibidem., 15.

es decir, los derechos humanos de una población vulnerabilizada fueron uno de los temas centrales de la campaña electoral.

Como resultado, el 4 de febrero del año 2018, los costarricenses ejercieron su derecho al voto y eso provocó que el candidato conservador, Fabricio Alvarado, alcanzara el primer lugar al obtener el 24.91% de apoyo del padrón electoral, lo que equivale a 505514 personas. Sin embargo, al no haber obtenido el apoyo del 40% de dicho padrón electoral, dicho candidato se vio obligado a enfrentar en una segunda ronda electoral al candidato Carlos Alvarado, quien obtuvo el respaldo del 21.66% de los electores, es decir, de 439388 personas³⁸³. Lo anterior reafirmó que el país se encontraba polarizado, pues los candidatos presidenciales que accedieron a la segunda ronda electoral fueron los que tenían posiciones más disímiles respecto al tema del matrimonio entre personas del mismo sexo; pues mientras uno de ellos manifestaba su inconformidad, el otro aseguraba que iba a hacer lo necesario por cumplir con lo dispuesto por la Corte IDH para respetar los derechos humanos.

Fue el 1 de abril del año 2018 cuando 1293668 costarricenses eligieron a Carlos Alvarado Quesada como el Presidente de la República de Costa Rica, lo que, de conformidad con el contexto expuesto, podría ser reflejo del apoyo de los costarricenses a la defensa de los derechos humanos de la población LGBT. Sin embargo, eso no significa que la polarización a la que se vio sometida el país ante la publicación de la Opinión Consultiva OC-24/17 haya mermado, siendo que las consecuencias de dicha resolución, de cierta forma, mantienen al país dividido.

Puede concluirse que, en Costa Rica, si bien las personas LGBT cuentan con mejores condiciones de vida y han logrado progresos en la defensa de sus derechos y de su reconocimiento como seres humanos, lo cierto del caso es que dicha población también se enfrenta a una situación de discriminación estructural que se ve agravada por el conservadurismo que está arraigado en gran parte de la población costarricense.

³⁸³ Tribunal Supremo de Elecciones. Accesado el 31 de diciembre de 2018 de: <http://resultados2018.tse.go.cr/resultados/#/presidenciales>.

A partir de los datos expuestos en este apartado, y tomando en consideración el material bibliográfico existente sobre la materia aquí abordada y las entrevistas realizadas a diversos actores sociales sobre su percepción sobre los derechos laborales de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica³⁸⁴, se procederá a desarrollar la sección b) de la presente labor investigativa, la cual ahonda en la realidad que experimentan las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus relaciones laborales en la actualidad.

Sección b. Realidad que experimentan las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus relaciones laborales en Costa Rica: análisis de la etapa precontractual, del desarrollo de la relación laboral y de su terminación, y los principales avances y desafíos

En esta sección se pretende aproximarse a la realidad actual que viven las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus relaciones laborales en Costa Rica. Para ello, se procederá a realizar, en un primer momento, un acercamiento sobre la vulneración que sufren los principios de igualdad y de no discriminación en dichas situaciones para, posteriormente, estudiar qué experiencias viven día a día las personas miembros de la comunidad LGBT en sus lugares de trabajo. Finalmente, se destacarán los principales avances y desafíos sobre el tema. En otras palabras, en los siguientes apartados se busca determinar si los derechos laborales, analizados en apartados anteriores, de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans se cumplen desde la óptica de los principios de igualdad y de no discriminación.

Los principios de igualdad y de no discriminación forman parte de los derechos humanos, cuestión que fue abordada previamente³⁸⁵. Sin embargo, es necesario resaltar en este punto de la investigación que la importancia de dichos principios es tal que, en el año 2004, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos dijo que los mismos constituyen los principios que sirven de base para el resto de los derechos humanos³⁸⁶, cuestión que no debe pasar desapercibida³⁸⁷. Eso no hace más que reiterar la importancia que tienen los principios

³⁸⁴ Ver anexo 2.

³⁸⁵ Ver sección a) del capítulo I.

³⁸⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la Forma a la acción*. (San José, 2004).

³⁸⁷ Sobre la evolución histórica de los principios de igualdad y de no discriminación ver el análisis realizado en las páginas 35-38 y 51-55.

de igualdad y de no discriminación en la vida de todos los seres humanos, incluidos, por supuesto, las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans.

En el caso de la población LGBT en Costa Rica, se tiene que la misma es objeto de múltiples y diversas formas de discriminación, basadas, principalmente, en motivos de orientación sexual y de identidad de género; no obstante, también pueden verse vulneradas por cuestiones relativas, principalmente, al género, a la edad, al sexo, a la clase social, entre otros. Por lo que no es de extrañarse que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans sufran de actos discriminatorios en sus lugares de trabajo, más si se toma en consideración que lo común es que la mayor parte del tiempo sea invertido en el lugar de trabajo. Ergo, el tiempo que se destina al trabajo es de tal magnitud que viene a constituir una parte esencial de la vida de las personas.

Las formas en las que se dan los actos discriminatorios basados en la orientación sexual o la identidad de género en el ámbito laboral son muy diversas, por lo que resulta imposible contemplar todos los posibles escenarios en los que dicha discriminación puede ser empleada. Sin embargo, con el objeto de tener mayor claridad sobre el tema, se ha optado por determinar, de antemano, la conceptualización de la discriminación antes mencionada de la siguiente manera:

Los actos discriminatorios hacia la población sexo/género diversa en los espacios laborales, sean inconscientes o consientes, son actitudes o conductas que tienen como intención anular, dominar o ignorar a la persona por su orientación sexual o expresión de género, sustentados en prejuicios sociales y sexuales que tienen como resultado la violación de derechos fundamentales al trabajador³⁸⁸.

A la definición antes transcrita se le debe añadir que la discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género no sólo se produce en casos donde medie intención; siendo que las conductas pueden subsumirse bajo la categoría de discriminatorias cuando carezcan de tal intencionalidad, pero generen un efecto de anular o menoscabar a

³⁸⁸ Wilson Castañeda Castro et al., *Raros... y oficios: diversidad sexual y al mundo laboral: discriminación y exclusión*. (Medellín, Colombia: Corporación Caribe Afirmativo, Escuela Nacional Sindical, 2013), 40.

otro, por mencionar algunos, sobre la base de su orientación sexual o de su identidad de género, como sucedería en el caso de una discriminación indirecta³⁸⁹.

Aclarado lo anterior, se tiene que la discriminación que sufren las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus lugares de trabajo adquiere las más diversas y variadas formas, pero todas tienen como resultado el rechazo o la minusvaloración de dichas personas, lo que genera una clara violación a sus derechos humanos, así como de otros derechos laborales. Siendo que ese tipo de discriminación en las relaciones laborales es contraria a los numerales 404³⁹⁰ y 405³⁹¹ del Código de Trabajo, los cuales tutelan expresamente los principios de igualdad y de no discriminación.

La discriminación basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas pocas veces es reconocida como tal, debido a que ha sido institucionalizada en la sociedad³⁹², tanto por quienes la practican como por quienes la reciben; e incluso, en muchos casos, los mismos miembros de la comunidad LGBT llevan a cabo actos discriminatorios basados en motivos de orientación sexual e identidad de género³⁹³, esto porque no hacen más que repetir los patrones sociales de comportamiento que han vivido a lo largo de su vida, por parte de los principales agentes socializadores.

La discriminación laboral por orientación sexual o identidad de género es menor cuando las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans no expresan de forma pública, al menos en el ámbito del trabajo, su orientación sexual o su identidad de género. De hecho, se

³⁸⁹ Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia del 5 de junio del año 2013, artículo 1.: “Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”.

³⁹⁰ Código de Trabajo de Costa Rica, del 27 de agosto del año 1943, artículo 404: “Se prohíbe toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica o cualquier otra forma análoga de discriminación”.

³⁹¹ Ibidem., artículo 405: “Todas las personas trabajadoras que desempeñen en iguales condiciones subjetivas y objetivas un trabajo igual gozarán de los mismos derechos, en cuanto a jornada laboral y remuneración, sin discriminación alguna.”.

³⁹² Sobre la discriminación estructural ver página 45.

³⁹³ Sobre la homofobia interiorizada ver página 182.

considera que la población trans es la que más sufre de actos discriminatorios en sus relaciones laborales puesto que la misma tiende, con mayor frecuencia, a tener una expresión de género más palpable, lo que permite que de entrada las personas perciban una parte importante de su personalidad que no cumple con los parámetros impuestos por los diversos sistemas de dominación social, como lo son el heteronormativismo³⁹⁴ y el cisnormativismo³⁹⁵, y que, por tanto, causa rechazo.

Sin embargo, el hecho de que las personas LGBT tengan que ocultar su orientación sexual o su identidad de género, con el fin de no sufrir actos discriminatorios que se basen en dichas cuestiones, constituye en sí mismo una violación clara a sus derechos de igualdad y de no discriminación, lo cual incluso ha sido declarado por la OIT³⁹⁶. Lo anterior por cuanto dicha población se ve inducida a ocultar una característica de su vida personal que el resto de personas no se ven obligadas a ocultar, por lo que sus miembros están siendo víctimas de un tratamiento diferenciado carente de justificación. Además, no puede obviarse el hecho de que los miembros de dicha comunidad, al igual que el resto de las personas, cuentan dentro de su esfera jurídica con el derecho a la autodefinición.

El *derecho a la autodefinición* ha sido comprendido como “la capacidad volitiva (de la voluntad) de las personas para definirse a sí mismas según las propias normas de género y sexo, más allá de los mandatos sociales hegemónicos³⁹⁷”. Por lo que el ejercicio de este derecho implica una mayor visibilización de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans cuando éstas deciden definirse como tales, sin tomar en consideración el control socialmente

³⁹⁴ El heteronormativismo implica un “sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, conforme al cual dichas relaciones son consideradas “normales, naturales e ideales” y son preferidas sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género”. Dicho sistema de dominación se compone de un conjunto de reglas jurídicas, sociales y culturales que imponen una obligación a los individuos de actuar acorde con las mismas. Mientras que el cisnormativismo hace referencia a “la expectativa de que todas las personas son cissexuales [o cisgénero], que aquellas personas a las que se les asignó masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquéllas a las que se les asignó femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América* (2015), 40-41.

³⁹⁵ Tanto el heteronormativismo y el cisnormativismo son consideradas patologías sociales. Ver páginas 9 y 10.

³⁹⁶ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). *Derechos laborales de las personas LGBTI*. (2016), 7. Sobre este tema, ver página 67.

³⁹⁷ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 12.

producido. Sin embargo, no se puede obviar el hecho de que cuando dicha visibilización se produce, las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans sufren de mayores actos discriminatorios y de exclusión, que terminan desincentivando su ejercicio efectivo.

Es por lo anterior que, en muchos casos, las personas LGBT optan por ocultar su orientación sexual o su identidad de género, con el propósito de evitar sufrir actos discriminatorios que hagan que su experiencia laboral sea más difícil de sobrellevar. Sobre este tema, según el estudio realizado por la OIT en el año 2016 en Costa Rica, las personas bisexuales prefieren “asumir su faceta heteronormativa en el trabajo para evitar la discriminación³⁹⁸”; mientras que gran cantidad de personas lesbianas, gays y trans simplemente ocultan dicha parte de su vida. Esto fue reiterado en los siguientes testimonios recogidos por medio de las entrevistas realizadas durante esta investigación:

En mi empleo yo me he mantenido un poco al margen del tema pues prefiero ser reservada en mi lugar de trabajo. Las personas que me conocen desconocen mi orientación sexual. Lo he decidido por si eso podría causar algún desacuerdo o alguna incomodidad. **Mujer bisexual 1.**

Yo no siento ningún temor a decirlo, simplemente considero que uno como si fuera heterosexual no tiene que andar diciéndolo, igual con los homosexuales. (...) Pero sí pienso que las personas si se dan cuenta los podrían molestar un poco [a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans], sobre todo si no lo pueden ocultar, y hay personas muy crueles. **Mujer bisexual 2.**

A partir de los testimonios antes expresados, se tiene que efectivamente las personas bisexuales tienden a ocultar su orientación sexual o su identidad de género en sus lugares de trabajo con el propósito de evitar generar situaciones que puedan ponerlas en una situación de desventaja; es decir, limitan su derecho de autodefinición para evitar sufrir actos discriminatorios, lo cual por sí mismo constituye una violación de los derechos de igualdad y de no discriminación.

En los casos en los que la estrategia de ocultamiento y de autocontrol es exitosa, la población LGBT vive cubierta con un manto de temor de que su orientación sexual o su

³⁹⁸ Ibidem., 37.

identidad de género sea descubierta, y de que eso conlleve a la toma de acciones negativas por parte de sus empleadores y/o de sus compañeros de trabajo. Es por eso que muchos de los miembros de la comunidad LGBT viven en un ambiente cargado de estrés y ansiedad ante dicha posibilidad de ser descubiertos y por la necesidad de vivir una doble vida, tal como se puede recoger del siguiente testimonio:

Todo el mundo llega a hablar en el trabajo de los lances³⁹⁹ y de los novios y los gays y lesbianas no pueden, o inventan. Ese es el problema de la doble vida. **Activista homosexual.**

El testimonio expuesto permite comprender cómo en muchos casos las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans prefieren mentir en sus lugares de trabajo con el ánimo de encajar dentro de las relaciones interpersonales, con quienes forman parte del engranaje de la empresa, con el fin de evitar ser rechazados. Por lo que los miembros de la comunidad LGBT se ven tentados por la posibilidad de llevar una doble vida, lo que, en muchos casos, constituye la única opción que creen tener para impedir la discriminación y los malos tratos. Además, cuando se produce ese comportamiento en los miembros de la comunidad LGBT, aumentan los niveles de tensión, estrés y temor a ser descubiertos.

No obstante, dicho ocultamiento, que funciona con una dosis importante de autocontrol, no siempre puede ser llevado a cabo por las lesbianas, gays, bisexuales y trans, lo que conlleva a que se opte por intentar disimular su orientación sexual o su identidad de género, cuestión que no siempre es lograda. Por lo que dicha población vulnerabilizada sufre de un tipo de violencia que ha sido denominada por Bourdieu como *violencia simbólica*. Esa clase de violencia se da cuando se producen “acciones de negación, sumisión, desvalorización o invisibilización hacia Otro que está por fuera de una sociedad androcentrista y estructurada en una dominación masculina⁴⁰⁰”.

³⁹⁹ Palabra utilizada en Costa Rica para hacer referencia a las relaciones físico-afectivas que se caracterizan por ser casuales, es decir, que carecen del formalismo de una relación de pareja propiamente dicha.

⁴⁰⁰ Wilson Castañeda Castro et al., *Raros... y oficios: diversidad sexual y al mundo laboral: discriminación y exclusión*. (Medellín, Colombia: Corporación Caribe Afirmativo, Escuela Nacional Sindical, 2013), 22.

Cuando la orientación sexual o la identidad de género de las personas LGBT es descubierta en sus lugares de trabajo, en muchas ocasiones, se suelen llevar a cabo diversas acciones que tienden a desvalorizarlos en un primer momento y a discriminarlos en otro. Algunos de los actos discriminatorios a los que se enfrentan las personas LGBT son “(...) burlas frecuentes entre compañeros, los chistes intencionados, los señalamientos constantes y, en ocasiones, las acciones de presión de los jefes, como eso de obligarlos a trabajar horas adicionales, otorgar responsabilidades no contempladas en la contratación, acoso sexual (sobre todo a las mujeres⁴⁰¹) (...)”⁴⁰².

Incluso, en muchos casos, la situación resulta tan insoportable que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans consideran que es imposible continuar bajo esas condiciones laborales, por lo que optan por renunciar a sus puestos de trabajo y, de ese modo, dejar de sufrir los actos discriminatorios que atentan contra su dignidad. Este tipo de comportamiento encuadra en una suerte de despido indirecto⁴⁰³, es decir, que la renuncia del trabajador se da como consecuencia de una serie de actuaciones por parte del empleador que son contrarias a la buena fe.

Cabe señalar que los actos discriminatorios que se producen en contra de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans basados en su orientación sexual o su identidad de género no sólo son propiciados por las personas heterosexuales, sino que estos pueden provenir de los mismos miembros de dicha comunidad LGBT. Esto se puede apreciar en el siguiente testimonio recabado en un grupo focal de mujeres lesbianas, que fue realizado para el estudio presentado por la OIT en el año 2016:

En mi trabajo anterior mis jefas eran lesbianas. (...) Me dijeron que ‘no vuelva a traer a su pareja’ (...); me dijeron: ‘Es que usted se ve más lesbiana que yo’.
Grupo focal de mujeres lesbianas⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ En ese caso se estaría ante un caso de discriminación múltiple. Sobre este tema ver páginas 45 y 46.

⁴⁰² Ibidem., 41.

⁴⁰³ Sobre el despido indirecto ver páginas 258 y 259.

⁴⁰⁴ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 37.

Dicho testimonio constituye un ejemplo de muchos que se producen día con día, y que afectan la calidad de vida de las personas LGBT pues, como se mencionó previamente, gran parte del tiempo las personas lo invierten en sus lugares de trabajo, por lo que las experiencias recabadas en los empleos tienen una incidencia, directa o indirecta, sobre muchas otras áreas de la vida.

No debe dejarse de lado el hecho de que en los centros de trabajo suelen crearse lazos afectivos y relaciones de índole extra laboral con algunos compañeros de trabajo, además de que en muchos casos se llevan a cabo actividades de esparcimiento en las que se propicia la participación de las familias, por lo que las personas LGBT se ven obligadas, en muchos casos, a fingir que tienen un estilo de vida completamente distinto al que en realidad poseen, en el afán de evitar ser víctimas de discriminación.

Lo antes dicho permite reafirmar lo sostenido a lo largo de esta sección, y es que las personas LGBT, en la mayoría de los casos, enfrentan situaciones difíciles en sus lugares de trabajo, debido a que, por una parte, tienen el derecho de autodefinición, de libertad y de intimidad que los faculta a decidir si asumir de forma pública su orientación sexual o su identidad de género. Pero, por otro lado, existe una fuerte presión social que hace que dicha población tenga recelo sobre mostrar su orientación sexual o su identidad de género en sus empleos, por temor a ser víctima de discriminación, lo que la conduce a decantarse por el mecanismo del ocultamiento.

Llegado a este punto resulta conveniente hacer referencia a un estudio realizado en el año 2014 por la Fundación Pan para el Mundo, el CIPAC, el Espacio mujeres lesbianas salvadoreñas por la diversidad y la Asociación hombres y mujeres nuevos de Panamá y que tiene por nombre *Evaluación de actitudes hacia los derechos de las personas LGBT: El Salvador, Panamá y Costa Rica*⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ Fundación Pan para el Mundo, Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC), Espacio mujeres lesbianas salvadoreñas por la diversidad (ESMULES) y Asociación hombres y mujeres nuevos de Panamá (AHMNP), *Evaluación de actitudes hacia los derechos de las personas LGBT: El Salvador, Panamá y Costa Rica* (2014).

En el mencionado estudio se evaluó la actitud de los diversos participantes⁴⁰⁶ sobre la discriminación vivida por las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (nótese que en este caso no se hace mención a las personas transgénero ni a los travestis, por lo que no se manejan datos sobre dicha población). Para ello, se les presentó una serie de situaciones a los entrevistados, referentes a los miembros de la comunidad LGBT, para determinar si estaban de acuerdo o no con las mismas, y en qué grado. Los resultados obtenidos se aprecian por medio del cuadro 5 presentado a continuación:

Cuadro 5. Percepción sobre situaciones referentes a los miembros de la comunidad LGBT

	Totalmente Adecuada	Algo Adecuada	Normal	Algo Inadecuada	Totalmente Inadecuada
1- No se le contrata en un nuevo trabajo, a pesar de estar bien calificado/a,	5,1	2,3	6,1	9,9	76,6
2- Se le despide al enterarse de su orientación sexual,	4,1	1,5	2,8	7,3	84,3
3- Se le niega un ascenso en el trabajo por su orientación sexual,	2,5	2,3	4,3	6,3	84,6
4- Se le prohíbe ingresar a un establecimiento comercial,	1,3	2,5	3,3	6,9	86,0
5- Se le obliga a abandonar un establecimiento comercial por su orientación sexual,	1,8	1,8	3,8	6,6	86,0
6- Se le niega atención en un centro de salud,	1,8	1,3	1,5	4,6	90,9
7- Es atendido/a de mala manera en un centro de salud debido a su orientación sexual,	1,8	1,0	3,0	4,5	89,7
8- Se le impide donar sangre,	8,9	6,1	6,9	12,0	66,2
9- Es atendido de mala manera en una oficina estatal o de institución autónoma,	1,3	1,8	3,0	6,3	87,6
10- Se le niega admisión a un centro educativo por su orientación sexual,	1,8	2,0	3,8	6,8	85,6
11- Es expulsado/a de un centro educativo al conocerse su orientación sexual,	2,3	1,3	2,8	6,3	87,3
12- Es discriminado/a por sus compañeros/as o por sus profesores/as en un centro educativo,	2,0	1,0	3,5	8,3	85,1
13- Es discriminado/a por sus vecinos en razón de su orientación sexual,	1,8	1,0	4,6	7,3	85,3
14- Se le niega el derecho a comprar o alquilar en condominio,	1,8	2,0	3,6	6,1	86,5
15- Es excluido/a de su comunidad religiosa,	2,8	2,3	4,6	6,4	83,9
16- Es discriminado/a por agentes de policía,	1,0	1,8	3,3	6,1	87,8
17- No se le permite el ingreso a la fuerza de policía o al ejército por su orientación sexual diversa,	3,6	1,5	3,6	8,2	83,2
18- No se le permite postularse para puestos de elección popular,	4,8	2,8	6,6	7,7	78,1
19- Se le niega rehabilitación a adicciones de drogas o alcohol por su orientación sexual diversa,	2,3	1,5	1,8	5,8	88,6

⁴⁰⁶ La muestra de este estudio estuvo compuesta por 400 personas, de diversas edades, siendo 201 mujeres y 199 hombres del área metropolitana. Además, 202 personas mantenían un trabajo asalariado fijo.

20- Es maltratado/a por guardias de seguridad privada por su orientación sexual,	1,5	1,0	2,3	6,3	88,8
21- Se rechaza a su pareja como beneficiario de seguros de vida, pensiones o herencia,	4,3	1,5	5,3	8,4	80,5
22- Recibe burlas en la calle por su orientación sexual,	1,5	1,5	3,3	6,3	87,3
23- Se le maltrata, insulta o golpea en la calle por su orientación sexual,	,8	1,3	1,8	5,6	90,6
24- No se le permite la visita de su pareja al estar internado en un hospital	1,8	2,0	3,5	6,6	86,1
25- No se le permite la visita de su pareja al estar privado/a de libertad,	3,0	1,3	3,8	6,9	85,0
26- Es discriminado/a en su familia,	1,3	1,5	5,3	7,1	84,8
27- Es expulsado/a del seno familiar por su orientación sexual,	1,3	1,5	5,6	5,3	86,3
28- A una persona transexual no se le permite el cambio de sexo y nombre en sus documentos de identidad	17,6	4,8	10,7	16,3	50,6

Fuente: Fundación Pan para el Mundo et al⁴⁰⁷. (El resaltado no es del original).

En lo que aquí interesa, se tiene que los resultados obtenidos en el cuadro 5 revelan ciertas situaciones vividas por las personas LGBT en el ámbito laboral en Costa Rica. El 76% de los entrevistados manifestó rechazar el hecho de que las personas miembros de la comunidad LGBT no sean contratadas a pesar de estar bien calificados; además, el 83.2% considera como una práctica inadecuada el hecho de que no se le permita a dicha población ingresar a la fuerza pública por su orientación sexual. Eso demuestra que existe una apertura por parte de los participantes del estudio respecto a la posibilidad de que las personas LGBT sean contratadas cuando cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar las labores relativas al empleo al que optan, independientemente de su orientación sexual.

No obstante lo anterior, el estudio en análisis también permitió determinar que el 50,6% de los participantes rechaza que a las personas transexuales se les discrimine, al no permitírseles el cambio de sexo y nombre en los documentos de identidad, mientras que el 17.6% está de acuerdo con dicho comportamiento. Esto es de importancia, por cuanto en la práctica las personas transexuales ven sumamente limitadas sus posibilidades de ingresar al mundo laboral formal cuando no cuentan con un documento de identidad que les reconozca su identidad de género. Sin embargo, debe considerarse que desde el año 2018, con el Decreto

⁴⁰⁷ Ibidem.

No. 7-2018-TSE⁴⁰⁸ y el Decreto Ejecutivo No. 41173⁴⁰⁹, la población trans cuenta con la posibilidad de cambiar su nombre de la cédula de identidad, así como de adecuar su nombre e imagen para que sean acordes con su identidad sexual y de género en otros documentos expedidos por el Poder Ejecutivo, lo cual aumenta las posibilidades de acceder al mundo laboral.

En cuanto a la actitud expresada por los participantes de la entrevista, se tiene que el 84.6% mostró una actitud de rechazo respecto a la posibilidad de que se les niegue un ascenso a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales por motivos basados en su orientación sexual; mientras que un 80.5% de los entrevistados consideró inadecuado que las personas LGBT no puedan beneficiar a sus parejas de seguros de vida y de pensiones. Es decir, se evidencia que la percepción de la mayoría de las personas entrevistadas respecto a los derechos laborales de las personas LGBT es positiva, al menos sobre cuestiones relativas a los derechos que posee dicha población durante el desarrollo de la relación laboral.

Otro dato a destacar es el relativo al rechazo que existió por parte del 84.3% de los entrevistados respecto al despido que sufren las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales cuando en sus lugares de trabajo se enteran de su orientación sexual. Esto es de importancia por cuanto, tal como se analizará posteriormente en esta sección, en muchos casos las personas de la comunidad LGBT son despedidas cuando sus patronos tienen conocimiento de su orientación sexual debido a que, o bien consideran que pueden dañar la imagen de la empresa, o bien entienden que se está atentando contra sus creencias religiosas.

Sobre este aspecto, cabe señalar que en el estudio en análisis no se cuenta con datos que permitan conocer la posición de los empleadores al respecto. Sin embargo, y sin el afán de generalizar, de los datos obtenidos a lo largo de este ejercicio investigativo, se puede apreciar que en la mayoría de los casos los empleadores procuran mantener una imagen de neutralidad ante la orientación sexual o la identidad de género de sus trabajadores, es decir, expresan que dichas características son indiferentes para la relación laboral. No obstante, en

⁴⁰⁸ Sobre el Decreto No. 7-2018-TSE, ver páginas 168-170.

⁴⁰⁹ Sobre el Decreto Ejecutivo No. 41173, ver páginas 170-172.

la práctica se aprecia que los patronos, para poner fin a las relaciones laborales que mantienen con personas LGBT, recurren, en muchos casos, o bien a despidos que disfrazan bajo otras razones para no ser acusados de discriminación, o bien conducen a que sean sus trabajadores los que renuncien a sus trabajos, lo que vendría a ser un despido indirecto.

En el cuadro 6 se obtienen datos que permiten conocer la percepción de los entrevistados sobre cuestiones relativas a situaciones referentes a las personas LGBT.

Cuadro 6. Otras percepciones sobre cuestiones relativas a situaciones referentes a las personas LGBT

	Totalmente de acuerdo	Algo de acuerdo	Algo en desacuerdo	Totalmente en desacuerdo
1- Igualdad ante el sistema judicial del país,	83,9	6,5	5,3	4,3
2- Inscribir propiedades a su nombre,	89,7	4,8	2,5	3,0
3- Heredar bienes de un/a familiar	91,7	5,3	1,3	1,8
4- Heredar bienes de su pareja fallecida,	85,4	9,5	1,5	3,5
5- Recibir ayuda para adquirir vivienda,	85,2	8,3	2,3	4,3
6- Recibir una beca para continuar estudios,	89,4	6,5	1,3	2,8
7- Recibir ayuda de programas de beneficencia social,	86,9	7,3	3,0	2,8
8- Recibir pensión alimenticia de su expareja,	72,9	11,1	7,3	8,8
9- Recibir pensión alimenticia de sus padres si se encuentra estudiando,	85,4	8,3	3,5	2,8
10- Ser admitido/a en cualquier centro educativo,	90,5	6,0	1,5	2,0
11- Optar por cualquier tipo de trabajo,	87,6	7,3	2,5	2,5
12- Tener iguales oportunidades que las personas heterosexuales en un concurso laboral,	88,2	6,0	2,3	3,5
13- Asegurar a su pareja o ser asegurado/a por su pareja,	82,5	9,1	3,0	5,3
14- Tener protección contra la violencia familiar,	91,9	4,5	2,3	1,3
15- Acceder en igualdad de condiciones a cualquier centro de salud,	89,6	5,9	2,5	2,0
16- Adoptar hijos/as,	35,8	14,0	15,7	34,5
17- Tener reconocimiento legal de su relación de pareja,	56,5	12,7	9,6	21,3
18- Participar activamente en todos los ritos y/o sacramentos de su religión,	61,1	10,2	11,0	17,6

Fuente: Fundación Pan para el Mundo et al⁴¹⁰. (El resaltado no es del original).

⁴¹⁰ Ibidem.

Ergo, se tiene que el 87.6% de los encuestados apoya que las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales puedan optar por cualquier tipo de trabajo; además, el 88.2% de los participantes considera que las personas LGBT tienen los mismos derechos que las personas heterosexuales en los concursos laborales. Finalmente, un 82.5% de los entrevistados expresó actitudes positivas respecto a la posibilidad de que la población LGBT puede asegurar a su pareja. Por lo que más del 80% de los participantes del estudio en análisis mantiene actitudes positivas respecto a los derechos laborales de las personas LGBT; mas no así en otros ámbitos como el familiar, donde sólo el 35.8% de los encuestados mostró su conformidad ante el hecho de que las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales adopten hijos o hijas.

Finalmente, se desea utilizar el cuadro 7 obtenido del estudio en análisis:

Cuadro 7. Percepción sobre la admisibilidad de que las personas LGBT puedan ejercitar ciertos derechos

	Totalmente de acuerdo	Algo de acuerdo	Algo en desacuerdo	Totalmente en desacuerdo
1- Tiene derecho a trabajar con niños y niñas,	45,9	17,7	14,4	22,1
2- Debe ser atendida en centros de salud aparte de las personas heterosexuales,	20,0	5,3	7,6	67,1
3- Puede vivir en cualquier vecindario de su gusto,	86,3	6,9	3,0	3,8
4- Puede ocupar cualquier puesto público,	82,5	6,2	5,4	5,9
5- Debe asistir a establecimientos comerciales diferentes a los que asisten las personas heterosexuales,	16,1	3,8	3,6	76,5
6- Deben evitar hacer demostraciones afectivas a su pareja en público,	42,7	24,7	10,9	21,6
7- Puede atender personas en un centro de salud,	78,3	9,7	5,9	6,1
8- Debe ser tratada psicológicamente para modificar su orientación,	31,9	11,6	9,1	47,3
9- Tiene que ser tratada con mayor rigurosidad por las leyes nacionales,	14,9	4,8	7,6	72,7

Fuente: Fundación Pan para el Mundo et al⁴¹¹. (El resaltado no es del original).

Sobre el cuadro 7 se quiere resaltar la gran diferencia de criterios que existe respecto al hecho de que las personas LGBT puedan trabajar con niños. Según los resultados de la

⁴¹¹ Ibidem.

muestra, el 45.9% está de acuerdo, el 17.7% está algo de acuerdo, el 14.4% está algo en desacuerdo y el 22.1% está en desacuerdo. En otras palabras, no existe consenso respecto a dicha situación y eso puede explicarse sobre la base de que se considera que los niños son vulnerables y que, en muchos casos, las personas tienen concepciones erradas sobre una posible intervención psicológica para las personas LGBT para modificar su orientación sexual. Esto por cuanto sigue existiendo, en algún grado, la idea de que las personas LGBT son enfermos mentales y/o sexuales; o que estos pueden *contagiar* o *influir* a las demás personas para convertirse, a su vez, en personas LGBT.

Los datos antes expuestos permiten corroborar que existe un gran rechazo, por parte de las personas entrevistadas, respecto a las situaciones discriminatorias basadas en la orientación sexual o la identidad de género que sufren los miembros de la comunidad LGBT en el ámbito laboral en Costa Rica; sin embargo, la existencia de ese rechazo no lleva aparejada como consecuencia bajos niveles de actuaciones discriminatorias en contra de dicha población, puesto que en la realidad dichas prácticas son realizadas en perjuicio de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans.

La discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género que sufre la población objeto de este estudio, según la Organización Internacional del Trabajo, conduce a que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans tengan que enfrentar mayores barreras para poder ingresar al mundo laboral; así como a que las posibilidades de ascender o de optar por promociones sean ínfimas; y que se vean inmersos en un despido sin que exista una causa que los justifique⁴¹². Sobre este aspecto, conviene citar lo siguiente:

Estudios de diversos países han demostrado que al ser comparadas con personas no LGBT, las personas LGBT tienen menores salarios, menos oportunidades de empleo, viven más frecuentemente en la pobreza, viven peores condiciones de salud, enfrentan mayores obstáculos en la educación y sufren violencia y rechazo familiar con mayor frecuencia⁴¹³.

⁴¹² Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 1.

⁴¹³ ILGA Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, “Homofobia de Estado”. Consultado el 15 de noviembre de 2017 de: <http://ilga.org/es/que-hacemos/informe-sobra-homofobia-de-estado/>.

El texto transcrito es ejemplo de que al aplicar el *test but for*⁴¹⁴, o *test de sustitución*, se puede apreciar que las personas LGBT reciben un trato diferenciado al experimentado por las personas no LGBT, las cuales conformarían el trato estándar. La justificación de dicha diferenciación radica en la orientación sexual o la identidad de género de dicha población vulnerabilizada, lo cual atenta contra los principios de igualdad y de no discriminación.

Tomando en consideración lo analizado en párrafos anteriores, es importante determinar si en la actualidad en Costa Rica la población LGBT sufre de actos discriminatorios basados en su orientación sexual o su identidad de género al realizar los procesos de selección y las entrevistas de trabajo, durante el desarrollo de la relación laboral, lo que implica la posibilidad de optar por ascensos y promociones, y, finalmente, si dichas condiciones son motivos para que los mismos sean despedidos.

a. Etapa precontractual: el caso de las ofertas laborales y los procesos de selección

Uno de los principales problemas que enfrentan las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en el ámbito laboral se encuentra en la etapa precontractual de la relación laboral. Es decir, en aquella etapa que abarca las ofertas laborales, los procesos de selección y las entrevistas de trabajo, donde si bien no existe una relación laboral propiamente dicha entre el trabajador y el empleador, sí existe una obligación para el último de garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad y de no discriminación.

En palabras de Mercader Uguina, la etapa precontractual está conformada, en la mayoría de los casos, por los siguientes pasos:

1º) En primer lugar, el proceso de reclutamiento y selección se inicia con la determinación del perfil profesional o requisitos iniciales del puesto de trabajo, lo cual es fundamental para el adecuado desarrollo de las fases posteriores.

2º) En segundo lugar, la empresa debe realizar una búsqueda de posibles candidatos que cumplan con los requisitos o criterios definidos en la fase anterior, actuando de forma que consiga atraer un número suficiente de

⁴¹⁴ Sobre el *test but for* ver página 9.

candidaturas idóneas. Todas las actividades que se realizan para localizar y atraer posibles candidatos se encuadran dentro del denominado proceso de reclutamiento.

3º) En tercer lugar, tras recibir un número suficiente de solicitudes, la empresa inicia un proceso de selección, que tiene como objetivo la identificación de los candidatos más adecuados para cubrir las vacantes de entre aquellos que han solicitado el puesto de trabajo. Este proceso supone la aplicación de una serie de instrumentos o técnicas específicas para valorar a los candidatos en función de unos criterios o factores.

4º) Finalmente, este proceso concluye con la contratación, si procede, y con la integración al puesto de trabajo del candidato considerado más adecuado para cubrir la vacante⁴¹⁵.

Cabe advertir que no todos los procesos de contratación cuentan con cada una de estas etapas y que no existe uniformidad entre ellas. Esto se debe a que en todo momento el empleador está amparado por la *libertad contractual*, la cual le permite tomar las decisiones que, según su criterio, vayan a generarle un mayor beneficio a su empresa. No obstante, como ya se mencionó, eso no significa que el empleador pueda irrespetar los principios de igualdad y de no discriminación pues, como se ha explicado previamente, los mismos constituyen la base de los derechos humanos.

La etapa precontractual de la relación laboral cuenta, en la mayoría de los casos, con las *ofertas de trabajo*, las cuales son los anuncios realizados por el potencial empleador, en los que pone en conocimiento del público posibles contrataciones y en las que, en muchos casos, se establecen los requisitos para acceder al puesto ofertado.

Para ello, el potencial empleador va a determinar algunos aspectos que serán considerados como requisitos a cumplir por los posibles trabajadores. Mercader Uguina indica que “La política de selección o incorporación empresarial viene marcada por una serie de factores que ayudan a definir el perfil del trabajador o trabajadores requeridos, tales como la titulación, la localidad de residencia, el nivel de experiencia, la edad, el conocimiento del sector, el conocimiento de idiomas, la disponibilidad para viajar y otros⁴¹⁶”.

⁴¹⁵ Jesús Mercader Uguina, *Lecciones de Derecho del Trabajo*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 208.

⁴¹⁶ Ibidem.

Ahora bien, es necesario aclarar que los principios de igualdad y de no discriminación no son irrespetados cuando en la etapa precontractual se solicite, por ejemplo, que la persona postulante sea de determinado sexo o género, eso siempre que se cumpla con lo establecido por la *doctrina de la buena fe ocupacional*⁴¹⁷, la cual incluso se encuentra contemplada por el Convenio No. 111 de la OIT. Según dicha doctrina, es posible que se establezca una diferencia de trato, basada en el sexo o el género de la persona, cuando responda a la naturaleza de las funciones que deban realizarse y se persiga un fin legítimo y proporcional.

En otras palabras, es posible que dentro de la etapa precontractual el patrono determine, dentro de los requisitos para optar por una vacante, que el postulante, por ejemplo, sea de cierta nacionalidad o sexo. En estos casos, si se logra comprobar que se está utilizando de manera adecuada la doctrina de la buena fe ocupacional, no se estaría ante una violación de los principios de igualdad y de no discriminación. Sin embargo, si tales requisitos no responden a la naturaleza de las actividades profesionales ni son objetivos y proporcionales, sí se menoscabarían los mencionados principios.

Como ejemplo de lo anterior, *ut infra* se puede apreciar una oferta de trabajo que no cumple con la doctrina de la buena fe al establecer diferenciaciones que no se vinculan con las actividades profesionales a desarrollar:

Breve descripción del trabajo:

- Se necesita empleada doméstica que tenga disponibilidad de dormir en la casa
- Menor de 35 años
- Elaborar todo tipo de oficio menos cocina
- Aseada
- Buen carácter y personalidad
- Honrada⁴¹⁸

⁴¹⁷ Sobre la doctrina de la buena fe ocupacional, ver páginas 53 y 54.

⁴¹⁸ Encuentra24.com. “Oferta de empleo | Empleada doméstica”. Accesado el 29 de diciembre de 2018 de: <https://www.encuentra24.com/costa-rica-es/empleos-ofertas-de-trabajos/empleada-domestica/13214392>.

En el anuncio transcrito se están solicitando requisitos como (i) ser mujer y (ii) ser una persona menor de 35 años, los cuales no tienen vinculación alguna con las labores a desarrollar en un trabajo de servicio doméstico. Por lo que dicha oferta de trabajo resulta contraria a los principios de igualdad y de no discriminación y, por tanto, no se ampara en la doctrina de la buena fe ocupacional.

En cuanto a la existencia de actos desiguales o discriminatorios en contra de los miembros de la comunidad LGBT, es poco probable que se dé un caso de discriminación directa en el que el potencial empleador disponga expresamente que no contratará a personas sobre la base de su orientación sexual o su identidad de género, aunque podrían darse casos en los que sí se produzca este tipo de discriminación bajo su subcategoría de oculta⁴¹⁹. No obstante, es más probable que se presenten ofertas laborales donde se produzca discriminación indirecta, es decir, donde la oferta aparente ser neutra, pero en el fondo tenga un efecto negativo para las personas LGBT, lo que adolece de una dificultad probatoria.

Sobre el último aspecto mencionado, se tiene que, en no pocas oportunidades, se presentan ofertas laborales en las que el empleador establece dentro de los requisitos a cumplir por el aspirante cuestiones relativas a la imagen de los posibles empleados. Por lo que, por ejemplo, cuando una mujer trans, cuya expresión de género continúa ligada a lo que en la sociedad se identifica con el género masculino, lee en la oferta de trabajo que dentro de los requisitos para optar por el puesto laboral se encuentra tener apariencia *femenina*⁴²⁰, se está viendo afectada.

Además, debe tomarse en consideración que no siempre las ofertas de trabajo cuentan con un anuncio escrito o pautado en un medio informativo, sino que en muchas oportunidades la noticia de la existencia de dicha oferta se da entre los mismos trabajadores, los jefes de la

⁴¹⁹ “(...) se está frente a un caso de discriminación directa oculta cuando la medida discriminatoria que afecta a un trabajador se vincula con ciertos atributos o cualidades personales que exclusivamente o en gran medida sólo pueden ser cubiertos por personas de un sexo determinado”. Eduardo Caamaño Rojo. “La discriminación Laboral Indirecta”. (Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 2001). Accesado el 11 de octubre de 2018 de: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=s0718-09502001000200004&script=sci_arttext.

⁴²⁰ Noción impregnada de subjetividad, pues aunque es una cuestión definida socialmente, no deja de estar bajo un entramado de prejuicios que varían de una persona a otra.

empresa y sus allegados. De modo que la información puede tergiversarse al pasar de una persona a otra, por lo que la posibilidad de comprobar que existió un requisito que pone en una posición de desventaja a las personas LGBT es prácticamente nula.

Otras veces se han hecho afirmaciones, o realizado actos por parte de los dueños de las empresas, los jefes, los responsables del área de reclutamiento o de recursos humanos, o de los mismos empleados, entre otros, que evidencian que existen actitudes discriminatorias en perjuicio de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans; eso a pesar de que la oferta de trabajo parece no tener ninguna disposición que limite a los miembros de la comunidad LGBT a ser considerados para ocupar el puesto.

Ejemplo de ello fue lo manifestado por el señor Francisco Prendas, en su condición de candidato a la Vicepresidencia de la República por el Partido Restauración Nacional, en una entrevista radial realizada, de cara a la segunda ronda de las elecciones presidenciales de Costa Rica que se efectuaron en el año 2018. En dicha entrevista se realizó el intercambio que se transcribe a continuación entre los señores Ignacio Santos y Armando González, ambos periodistas, y el señor Prendas⁴²¹.

Después del 8 de mayo, en una selección para un cargo entre dos personas con más o menos los mismos atestados, ¿podría ser electo un gay o un ateo en un gobierno de Fabricio Alvarado?

– No por su inclinación sexual, sino por esto que le voy a decir: lo veo un poco difícil, pero no por su inclinación sexual, porque de hecho hay mucha gente dentro de los servidores públicos, a los que no vamos a perseguir. Si su plaza está asegurada, ellos van a seguir trabajando bien, lo que le vamos a pedir es 'enfóquese en esto'.

El tema es que la gran mayoría de los costarricenses, que no está a favor del matrimonio gay o la adopción entre personas del mismo sexo, ven en nosotros representados valores y principios muy claros y específicos.

Si nosotros ponemos a una persona, con criterios y capacidades similares, posiblemente nos inclinaríamos por la otra persona (la heterosexual). (...)

⁴²¹ El texto en negrita corresponde a lo dicho por los entrevistadores.

Creemos que el aporte de las personas, no importa quién sea y en este caso personas de la comunidad LGTBI, puede darse sin que eso signifique ponerlo en una posición en la que va a lesionar los intereses de una gran mayoría. O sea, el aporte puede estar, puede colaborar, puede ser una persona idónea para darnos como consejo, pero en esas posiciones que representan los jefes de instituciones donde van a representar los intereses y valores de la gran mayoría, sería algo muy sensible y no ocupamos ni ese ruido, ni esa división, ni esa agresión⁴²². (El resaltado no es del original).

Entonces, según palabras del señor Prendas, el Estado, que es uno de los principales empleadores en Costa Rica, al abrir una plaza que se encuentra en disputa entre dos personas con igualdad de atestados, en el supuesto de que hubiera llegado al poder el Partido Restauración Nacional, habría escogido para ocupar la vacante a la persona que no fuera homosexual o bisexual. De forma que lo dicho por el señor Prendas viene a establecer un indicio que, en una eventual etapa probatoria, ayudaría a acreditar que existe una práctica desfavorable en contra de las personas LGBT, a pesar de que en la oferta formal de trabajo aseveraciones como las transcritas no estén recogidas.

Por otra parte, los *procesos de selección* también constituyen un paso previo a la vigencia de la relación laboral. En palabras de Mercader Uguina dicho proceso consiste:

(...) en la elección, entre una serie de candidatos, y mediante las técnicas apropiadas que tendrán siempre relación con el puesto o vacante a cubrir, de la persona que mejor se adapte al puesto y a la empresa con gran probabilidad de éxito, tanto para hacer frente a los compromisos que se relacionan con su relación laboral inmediata, como para los que la empresa pueda tener programados para ella en el futuro⁴²³.

Asimismo, Mercader Uguina señala los límites que posee dicho proceso de selección, los cuales son⁴²⁴: (i) determinación de las condiciones de selección; (ii) límites para el empresario contratante; y (iii) la prohibición de discriminación como límite básico, el cual va de la mano con el respeto al principio de igualdad.

⁴²² Rebeca Madrigal, “Restauración Nacional no nombrará ministros gays para ‘no ofender a la mayoría’”. Sitio de internet nacion.com. San José, Costa Rica, 26 de febrero de 2018. Accedido el 31 de marzo de 2018 de: <https://www.nacion.com/el-pais/politica/restauracion-nacional-no-nombrara-ministros-gais/UCHCA7QSNVHZ3JUNKUKA56NS5M/story/>.

⁴²³ Jesús Mercader Uguina, *Lecciones de Derecho del Trabajo*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 217.

⁴²⁴ Ibidem., 218.

Sobre esto, debe considerarse lo expuesto por Fabregat:

Se inicie o no el proceso de contratación con una oferta pública, y siempre que la misma se dé, lo normal es que la contratación de un trabajador vaya precedida por un periodo de selección de los candidatos. Pues bien, garantizar la no discriminación de género en este concreto proceso dependerá de las características del propio acto selectivo en cuestión. Es decir, que **el modo de garantizar la igualdad sustancial de oportunidades quedará circunscrita a las específicas características del sistema selectivo adoptado**. De hecho, las técnicas de selección pueden ser muy distintas: desde la entrevista personal hasta los concursos y oposiciones⁴²⁵. (El resaltado no es del original).

Lo dicho por Fabregat indica que el respeto a los principios de igualdad y de no discriminación depende, en gran medida, de las características específicas que posee el proceso de selección en el que se encuentra inserta la entrevista de trabajo. En la actualidad, muchas veces los miembros de la población LGBT se ven excluidos de la posibilidad de ser contratados por la orientación sexual o identidad de género que poseen; sin embargo, demostrar que la barrera de acceso al mercado laboral se debe a dichas cuestiones es algo difícil de comprobar.

Sobre este tema, debe resaltarse el esfuerzo realizado en la reforma procesal laboral, puesto que en la actualidad se incluyen dentro de las causales de discriminación la relativa a la orientación sexual⁴²⁶; además, en los numerales 407 y 408 del Código de Trabajo se dispone que:

Artículo 407.- Queda prohibido a las personas empleadoras discriminar por edad al solicitar un servicio o seleccionar a un trabajador o una trabajadora⁴²⁷.

Artículo 408.- Todas las personas, sin discriminación alguna, gozarán de las mismas oportunidades para obtener empleo y deberán ser consideradas elegibles en el ramo de su especialidad, siempre y cuando reúnan los requisitos formales solicitados por la persona empleadora o que estén establecidos mediante ley o reglamento⁴²⁸.

⁴²⁵ Gemma Fabregat Monfort, *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008), 94.

⁴²⁶ Código de Trabajo de Costa Rica, del 27 de agosto del año 1943, artículo 404.

⁴²⁷ Ibidem., artículo 407.

⁴²⁸ Ibidem., artículo 408.

Las citadas normas disponen de forma expresa la prohibición de discriminación en los procesos de selección debido a que indica que cuando las personas reúnan los requisitos necesarios para optar por un puesto de trabajo, deberán ser consideradas como elegibles. En otras palabras, se intenta proteger el derecho al acceso al empleo que también se tutela en la Constitución Política⁴²⁹, por lo que se le da una esfera de protección a la etapa precontractual.

No obstante lo anterior, la realidad indica que cuando la expresión de género⁴³⁰ de las personas LGBT no coincide con lo socialmente aceptado, éstas ven mermadas las posibilidades de acceder a un empleo. En palabras de la Corte IDH, “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género⁴³¹”. Ergo, cualquier acto discriminatorio fundado en la expresión de género de las personas sería contrario a los principios de igualdad y de no discriminación.

La población trans es la que sufre de mayores problemas respecto a este tema debido a que la misma posee una expresión de género más palpable, la cual suele desafiar a los sistemas de dominación social, lo que provoca que muchas personas realicen actos discriminatorios y que, por ende, se les niegue la oportunidad de optar por un determinado trabajo; además, dicha población tiene una dificultad extra como se refleja en el siguiente testimonio:

Pasé tres meses en los que envié cerca de 300 currículums y propuestas de trabajo ya que tengo una agencia de comunicaciones, pero en ese momento

⁴²⁹ Constitución Política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre 1949, artículo 56: “El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo”.

⁴³⁰ Por expresión de género se entiende “(...) la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida”. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica. Resolución del 24 de noviembre del año 2017, párrafo 32.

⁴³¹ Ibidem., párrafo 78.

necesitaba tener un ingreso más estable, sobre todo para poder hormonizarme. Comencé a postularme en puestos fijos como profesor, o en puestos de medio tiempo en empresas del área de comunicaciones, publicidad y márketing. En el 70% de los casos yo **enviaba mi CV con mis datos en masculino, mi fotografía con mi estética masculina por estar transicionando, pero después colocaba mis datos, colocaba el enlace a mi portafolio periodístico que estaba firmado en femenino**. O muchas veces, como pasa mucho en los procesos de postulación, tenía que adjuntar mi identificación, mi título universitario y ahí quedaba en evidencia mi nombre registral y mi sexo asignado al nacer, y por ende también mi género asignado al nacer. En el 70% de las veces no me respondían. En un 25% me respondían y había un avance en el proceso de postulación o de posible de contratación de servicios y se daban cuenta de que era trans, en cuyo caso más nunca me respondían. En el 4.9% de los casos, yo llegaba al último paso del proceso de contratación que era la entrevista presencial y cuando me preguntaban (...) por qué había una discrepancia sobre cómo me presentaba en el currículum y en los documentos legales, entonces me sacaban del proceso de reclutación. **Hombre trans**. (El resaltado no es del original).

Lo anterior es reflejo de la difícil realidad que viven las personas trans, debido a que muchas veces los documentos de identificación, y otros que acreditan los conocimientos que poseen, no tienen una coincidencia con el nombre que actualmente ostentan, lo que no es recibido de buena forma por los futuros empleadores, y constituye un obstáculo difícil de sortear para ingresar al mercado laboral.

Sin embargo, es necesario reiterar que a partir del mes de mayo de 2018 el Tribunal Supremo de Elecciones reglamentó el proceso para modificar las cédulas de identidad para que el nombre de las personas coincida con la identidad autopercebida. En este mismo sentido, se debe tomar en consideración el Decreto Ejecutivo No. 41173 y la Directriz 015-P, emitidos el 4 de julio del año 2018, en los que se estableció la obligación de la Administración Pública Centralizada y Descentralizada de adecuar los documentos y trámites para que respeten el derecho a la identidad sexual y de género.

Respecto a la población trans, la posibilidad de acceder o no al mercado laboral está muy vinculada al momento en el que llevan a cabo el proceso de transición⁴³²; siendo que

⁴³² Sobre este aspecto, debe considerarse que las características que determinan la pertenencia de una persona a la comunidad LGBT están ligadas con elementos biológicos y hormonales, siendo que la manifestación de las

cuando dicho proceso comienza en una edad temprana, las personas trans ven mermadas las oportunidades de permanecer en el sistema educativo y, muchas veces, pierden también el apoyo familiar, por lo que la posibilidad de que tengan un empleo formal y estable es mínima. Mientras que en los casos en los que el proceso de transición se llevó a cabo cuando las personas trans han acabado sus estudios técnicos o universitarios, aumentan las probabilidades de que tengan un empleo, no obstante, eso no siempre garantiza el éxito.

Las personas trans son las más perjudicadas. Son maltratadas y echadas de la casa, en la escuela las maltratan y terminan yéndose de la escuela. Es rara la persona trans que haya terminado la primera y la secundaria aún más. Conozco a una persona trans que terminó la secundaria y sacó el título de profesora de francés y nadie le dio trabajo, ni siquiera en el Ministerio de Educación Pública, por lo que tuvo que dedicarse a la calle. **Activista homosexual.**

El relato expuesto permite identificar de entrada una consecuencia que viven las personas trans cuando se ven imposibilitadas a acceder al mercado laboral, como lo es el

mismas puede variar de una persona a otra. Al respecto, Fernández ha indicado que: “Talvez usted recuerda de su clase de biología que el sexo o género de cada persona es determinado genéticamente. Los cromosomas sexuales del hombre son XY y los de la mujer son XX. Sin embargo, la genética no es el único factor responsable de determinar nuestro género. La secreción de testosterona en momentos críticos e específicos durante el desarrollo embrionario es esencial. Es en realidad muy simple e impresionante de alguna manera. A las 6 semanas de gestación, el tejido del embrión que se convertirá en los órganos sexuales tiene el potencial de convertirse en testículos o en ovarios. Si el embrión en desarrollo tiene el cromosoma “Y”, el gen (sry) se expresa dos semanas después y el tejido se desarrollan en testículos. Estos a su vez producen testosterona que masculinizan tejidos cerebrales y el tejido destinado a ser la genitalia se desarrolla en un pene. Cuando el gen sry no se expresa, los órganos sexuales se desarrollan en ovarios, y en la ausencia de testosterona, la genitalia y el cerebro no se masculinizan. Básicamente, la mujer es mujer porque hormonalmente nada sucedió durante el desarrollo prenatal. Los órganos sexuales se diferencian por la influencia genética pero el resto de la masculinización o feminización en el cuerpo, incluyendo el cerebro es hormonal.

La secreción de testosterona en un momento específico del desarrollo es tan importante que hombres (XY) que expresan el gen sry pero que carecen de una enzima que convierte la testosterona en otro andrógeno que dirige el desarrollo del pene, nacen con genitalia de mujer y son considerados mujeres al nacer. Estos son los increíbles casos de los “güevedoces” en República Dominicana. Los güevedoces son niños XY que al nacer fueron confundidos por niñas y son criadas como niñas. Sin embargo, alrededor de los doce años cuando entran en pubertad y hay un incremento hormonal secretado por los testículos, la genitalia se desarrolla en un pene. Desde ya podemos ver la complejidad de un sistema que abre a la posibilidad de estados intermedios o ambiguos. Además, demuestra cómo la identificación de género no es algo aprendido. La gran mayoría de güevedoces escogen continuar su vida como hombres después de la pubertad a pesar de ser criados como niñas. Pero ésta no es aún toda la evidencia apoyando factores hormonales y minimizando factores sociales aprendidos en la identidad de género o sexualidad”. Marcela Fernández Vargas, “¿Se puede elegir ser homosexual?”. Sitio de internet semanariouniversidad.com. San José, Costa Rica, 27 de febrero de 2018. Accesado el 29 de diciembre de 2018 de: <https://semanariouniversidad.com/ultima-hora/se-puede-elegir-homosexual/>.

tener que recurrir a la prostitución, la cual parece ser una de las pocas opciones que tienen para poder tener un ingreso económico que les permita costear sus necesidades básicas.

En el caso del sector público, según datos obtenidos por el estudio realizado por la OIT en el país, en muchos casos las personas a cargo de las áreas de recursos humanos realizan una filtración en la que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans quedan por fuera debido a una valoración subjetiva que realizan dichos funcionarios⁴³³.

Eso por cuanto esa filtración impide que las personas LGBT sean tomadas en consideración, pues generalmente el proceso de selección de candidatos se hace con una comprobación de atestados y pruebas psicométricas para luego ser clasificados en una terna, sobre la cual se lleva a cabo la selección por parte de la jefatura. Por lo que el criterio subjetivo es muchas veces el que termina decidiendo el destino de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, y no los atestados que posean y sus capacidades, cuestión que puede verse ejemplificada en el siguiente testimonio.

Yo mismo cuando estaba joven tenía los exámenes del Servicio Civil con buena nota. Fui a la entrevista y me tocó que me entrevistara un ex compañero de trabajo y alguien más. Yo salí contento de la entrevista. En aquel momento no acaté de qué sería lo que contesté mal, pero luego acaté que ese compañero sabía que yo era gay. **Activista homosexual.**

En el relato precedente se puede apreciar cómo el hecho de que el funcionario seleccionador conociera la orientación sexual del entrevistado fue un factor determinante para la no elección del mismo en el puesto para el cual estaba concursando. En otras palabras, el que el aspirante fuera gay fue un hecho fundamental para impedirle obtener el trabajo.

En la actualidad, y con las reformas introducidas al Código de Trabajo mediante la reforma procesal laboral, se tiene que ante un caso como el antes descrito, la víctima tiene la posibilidad de presentar la correspondiente denuncia ante el juzgado de trabajo para

⁴³³ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 43.

comenzar un proceso sumarísimo⁴³⁴, para lo cual es necesario que señale “el sustento fáctico en el que funda su alegato y los términos de comparación que substancie su afirmación⁴³⁵”. Además, el código mencionado establece en el artículo 410:

Artículo 410. (...) En cuanto a la Administración Pública y las demás instituciones de derecho público, todo nombramiento, despido, suspensión, traslado, permuta, ascenso o reconocimiento que se efectúe en contra de lo dispuesto por el presente título será anulable a solicitud de la parte interesada, y los procedimientos seguidos en cuanto a reclutamiento o selección de persona carecerán de eficacia en lo que resulte violatorio a este título.

Todo trabajador que en el ejercicio de sus funciones relativas a reclutamiento, selección, nombramiento, movimientos de personal o de cualquier otra forma incurra en discriminación en los términos de este título, incurrirá en falta grave para los efectos del artículo 81 de este Código⁴³⁶.

Así las cosas, cuando se compruebe que se cometió un acto discriminatorio basado en la orientación sexual o la identidad de género de una persona, el cual le impidió tener acceso a un empleo, en este caso en el sector público, se considera que dicho acto es anulable y, por tanto, sus efectos jurídicos dejan de existir. Incluso, el Código de Trabajo dispone que aquel funcionario que haya sido responsable de cometer dicho acto de discriminación incurre en una falta grave, de conformidad con el artículo 81 del mismo cuerpo normativo.

Cabe señalar que del texto del articulado se desprende que sólo en la Administración Pública y en aquellas instituciones que se rijan por el derecho público se aplicarán las sanciones antes señaladas. Sin embargo, debe interpretarse que lo expuesto por el numeral 410 del Código de Trabajo, resulta aplicable por analogía en el sector privado y, por tanto, en caso de que un empleado realice un acto discriminatorio como los contenidos en la norma, se expone a una falta grave.

Lo anterior resulta de gran importancia debido a que en el sector privado la realidad

⁴³⁴ Sobre el proceso sumarísimo, ver páginas 143-148.

⁴³⁵ Código de Trabajo de Costa Rica, del 27 de agosto del año 1943, artículo 409.

⁴³⁶ Ibidem., artículo 410.

no dista en demasía de la analizada, cuestión que puede ejemplificarse con el siguiente relato:

Hubo un caso emblemático donde llegué a la última entrevista, con la persona que iba a tomar la decisión de la contratación, que era con la persona que iba a ser mi superiora inmediata. Después de una hora y media de entrevista, donde me había dicho que era el candidato idóneo para el puesto, me había explicado cuáles iban a ser mis funciones, de qué era lo que me iba a encargar... Yo estaba muy emocionado porque era la primera vez que había logrado llegar tan lejos en un proceso de reclutamiento. Después de hora y media de entrevista, me preguntó que por qué había renunciado a mi trabajo anterior, y cuando explico la razón [renunció por los constantes actos discriminatorios de los que fue víctima por su identidad de género], **la expresión facial de la persona cambió completamente, el lenguaje verbal se volvió tenso, empezó a construir un discurso de excusas, agregando pasos al proceso de contratación, que nunca se habían mencionado y me dijo la típica frase de “no nos llame, nosotros lo llamaremos”**. Para ese momento yo ya sabía que había quedado excluido del proceso de contratación por mi identidad de género. **Hombre trans**. (El resaltado no es del original).

En el caso expuesto es evidente que el hecho de que la persona encargada del proceso de contratación se haya enterado que la persona entrevistada era trans condujo a que la misma fuera descartada del proceso de selección, eso a pesar de que contaba con los elementos objetivos necesarios para desarrollar con éxito las labores a desempeñar y después de que todo parecía indicar que iba a obtener el trabajo.

Por lo que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 410 del Código de Trabajo, se tendría que dicho proceso de selección debería declararse nulo y la persona encargada del proceso de contratación sería responsable de haber cometido una falta grave pues se violentaron los principios de igualdad y de no discriminación. Además, en el caso transcrito se estarían violentando las reglas que deben regir a las entrevistas de trabajo, que según Mercader⁴³⁷ son: (i) el respeto al derecho a la intimidad del candidato, a quien sólo se le pueden preguntar aspectos de su vida privada cuando exista una justificación en relación a la singularidad de la actividad a desarrollar; y (ii) centrarse en averiguar aspectos relativos a la actividad profesional a realizar.

⁴³⁷ Jesús Mercader Uguina, *Lecciones de Derecho del Trabajo*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 226.

Sin embargo, puede apreciarse que del antes citado artículo 410 del Código de Trabajo no logra extraerse un verdadero sistema de sanciones, por lo que, en palabras de Otero, “Hubiese sido relevante pensar en un sistema de sanciones apropiado no sólo para los trabajadores, que asegure una protección jurídica eficaz, y tenga, con respecto al autor de la discriminación, un efecto disuasivo real⁴³⁸”. Por lo que uno de los remedios que pudo haber contemplado el legislador es la aplicación del *prejuicio de confianza alemán*, o *vertrauensschaden*:

En la STJCE de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann C-14/83, se estudia el litigio de dos demandantes mujeres que presentan su candidatura para cubrir dos puestos de asistente social en un establecimiento penitenciario, pero en su lugar fueron contratados dos hombres. **De conformidad con la ley alemana, la única sanción a una discriminación hecha en el acceso al empleo sería la reparación del «perjuicio de confianza» («vertrauensschaden»)**, es decir el perjuicio ocasionado al trabajador por el hecho de creer con toda su confianza que no sería una diferencia de trato prohibida lo que obstaculizaría el inicio de una relación de trabajo. El legislador alemán no había previsto expresamente lo que se llama el «interés positivo», es decir, un derecho a ser contratado como consecuencia de una violación del principio de igualdad de trato. **Sin embargo, el TJCE dispone que la directiva no obliga a que una discriminación basada en el sexo, en el momento de acceso al empleo, deba ser sancionada con la obligación de establecer un contrato de trabajo con el trabajador discriminado, y, en general, no comporta ninguna obligación incondicional, por lo que afirma que la directiva permite a los Estados la libertad de elegir la sanción, la cual debe tener un efecto disuasivo, ser adecuada a los perjuicios sufridos, e, ir más allá, de una indemnización puramente simbólica como el reembolso exclusivo de los gastos ocasionados por la solicitud de empleo.** Así que corresponde a la jurisdicción nacional dar a la ley adoptada para la aplicación de la directiva, en la medida en que le haya sido otorgado un margen de apreciación por su derecho nacional, una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del derecho comunitario. En igual sentido, STJCE de 10 de abril de 1984, Hertz, C-79/83; y de 8 de noviembre de 1990, Dekker, C-177/88⁴³⁹. (El resaltado no es del original).

⁴³⁸ Laura Otero Norza, “Cambios de Derecho Individual y Despido: La prohibición de discriminar”. En *Curso de la Reforma procesal laboral*, (Costa Rica: Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico, 2018). 9.

⁴³⁹ Laura Otero Norza, “La igualdad y no discriminación de género y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento internacional y europeo” (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2011), 251-252.

Así las cosas, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y siguiendo la tesis alemana del perjuicio de confianza, cuando se comete un acto discriminatorio en el acceso del empleo que decante en la no selección de la persona discriminada, no existe una obligación de contratar a dicha persona, aunque sí debe indemnizársele por el perjuicio de confianza sufrido. De manera que, según el Tribunal de Justicia antes señalado, es necesario que los Estados determinen un sistema de sanciones que tenga un efecto disuasivo y que permita compensar a la víctima por los perjuicios sufridos, cuestión que debería ser considerada por los órganos jurisdiccionales de Costa Rica cuando conozcan casos en los que medien actos discriminatorios en la etapa precontractual.

Por otra parte, en el caso de las personas lesbianas, gays y bisexuales, la discriminación en la etapa precontractual se lleva a cabo de forma más sutil, lo cual depende, en muchos casos, de cuán evidente sea la orientación sexual de dichas personas. Algunos doctrinarios, como Mercader Uguina, sostienen que la discriminación por orientación sexual o identidad de género puede presentarse cuando se utilizan los formularios de solicitud de trabajo, los cuales buscan determinar la información personal del postulante, así como datos relativos a su pareja o cónyuge, por lo que de esa forma el posible empleador puede determinar la orientación sexual del postulante⁴⁴⁰.

Muchas veces la no selección de las personas LGBT se debe a los estereotipos existentes en la sociedad, los cuales, en la mayoría de los casos, son perjudiciales para dicha población. Aquí debe considerarse que, por ejemplo, se analiza cuál es la apariencia de la persona LGBT para determinar si la misma cumple con las características socialmente aceptadas acorde con el género que se considera que debería tener. Es decir, se estudia si las mujeres son femeninas, si usan maquillaje o tacones, o si los hombres tienen cabello corto y demuestran tener poderío físico; siendo que cuando no se cuenta con dichas cuestiones es difícil que la persona LGBT sea admitida para acceder al mundo del trabajo formal.

Para ejemplificar lo antes dicho, se tiene el caso de los hombres gays, según estos cumplan con los rasgos masculinos impuestos por la sociedad, o sean *afeminados*. En el

⁴⁴⁰ Jesús Mercader Uguina, *Lecciones de Derecho del Trabajo*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 226.

primer caso, el hombre gays procura que su orientación sexual no sea descubierta en su lugar de trabajo pues en caso de que eso sucediera perdería la ventaja que posee al ser socialmente aceptado. En este escenario, al cumplir con los requisitos sociales y no estar expuesta su orientación sexual, el hombre gay ingresa al mercado laboral por sus propios méritos, sus capacidades y habilidades, además es capaz de optar por ascensos laborales sin ningún inconveniente, pero a un precio muy alto, pues tiene que autocensurarse y no puede ejercer su derecho a la autodefinición en su lugar de trabajo.

En el segundo caso, es decir, el del hombre gay *afeminado*, el escenario varía completamente. En este caso, las posibilidades de acceso al mercado laboral disminuyen en demasía debido a que en los procesos de selección es posible conocer su orientación sexual, por lo que debe realizar esfuerzos extra para poder conseguir un empleo. Además, en muchos casos, sus posibilidades de empleo se limitan a cuestiones relacionadas con la estética, el arte, el autoempleo o el trabajo informal.

En este punto es necesario llamar la atención sobre el caso específico de las mujeres, esto por cuanto las mujeres que forman parte de la comunidad LGBT sufren, además de las discriminaciones relativas a su orientación sexual o su identidad de género, otros actos perjudiciales que se fundan en el hecho de que son mujeres. Es decir, las mujeres son víctimas de discriminación múltiple, y se enfrentan a una realidad laboral más complicada debido a las preconcepciones negativas sobre su orientación sexual o su identidad de género, pero también porque históricamente se ha considerado que las mismas tienen un rendimiento laboral por debajo del que reputan los hombres, cuestión que las sitúa en una posición de vulnerabilidad mayor.

Otro hecho sobre el cual vale la pena hacer alusión es el referente a que, en muchas ocasiones, cuando se lleva a cabo la entrevista de trabajo, los encargados del proceso de selección realizan una búsqueda de las personas entrevistadas en las diversas redes sociales existentes⁴⁴¹. De modo que dicha búsqueda, que se realiza con la ayuda de medios tecnológicos, viene a constituirse en un filtro extra que pocas veces es sorteado por las

⁴⁴¹ Ibidem., 44.

personas LGBT, debido a que en muchas ocasiones su orientación sexual o su identidad de género puede ser percibida a través de las mencionadas redes sociales, por lo que los prejuicios existentes en contra de dicho grupo de personas aumentan.

El legislador costarricense tomó en consideración la realidad vivida por las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en la etapa precontractual, sobre todo debido a la existencia de personas reclutadoras que poseen estigmas en contra de dicha población y, por eso, como se señaló anteriormente, en el numeral 410 del Código de Trabajo se dispuso que:

Artículo 410.- (...) Todo trabajador que en el ejercicio de sus funciones relativas a reclutamiento, selección, nombramiento, movimientos de personal o de cualquier otra forma incurra en discriminación en los términos de este título, incurrirá en falta grave para los efectos del artículo 81 de este Código.⁴⁴².

Por lo que el legislador decidió sancionar como una falta grave cualquier acto de discriminación basada en la orientación sexual del potencial trabajador, así que en caso de que el patrono compruebe la comisión de dicho comportamiento, tiene la posibilidad de despedir al responsable sin responsabilidad patronal. El problema es que la barrera de entrada al mundo laboral formal al que se ven sometidas las personas LGBT es difícil de comprobar.

La posibilidad de demostrar que las personas LGBT fueron discriminadas en razón de su orientación sexual o identidad de género en el proceso de entrevista es baja. Sin embargo, es menester tomar en consideración que, de conformidad con el artículo 409 del Código de Trabajo⁴⁴³, en estos casos existe una suerte de *flexibilización de la prueba*, lo que implica que se reconoce la dificultad probatoria que existe en la materia y, por ello, se les permite a las supuestas víctimas probar el acto que consideran discriminatorio mediante un panorama de indicios.

⁴⁴² Código de Trabajo de Costa Rica, del 27 de agosto del año 1943, artículo 410.

⁴⁴³ Ibidem., artículo 409: “Toda discriminación de las contempladas en el presente título podrá ser hecha valer por las autoridades o la parte interesada ante los juzgados de trabajo, de la forma dispuesta en este Código. En estos casos, quien alegue la discriminación deberá señalar específicamente el sustento fáctico en el que funda su alegato y los términos de comparación que substancie su afirmación.”.

Sobre este aspecto, Castro explica lo siguiente:

Por su parte, en los casos en los que se discuta la existencia de discriminación, se trate o no de una persona protegida por fuero especial, es necesario señalar que de acuerdo al artículo 409 del Código de Trabajo, no basta la mención de la existencia de discriminación por parte de la persona trabajadora, sino que quien alega discriminación debe especificar el sustento fáctico en que funda su alegato y además indicar los términos de comparación que substancie su afirmación. Es decir, debe demostrar los hechos que alega y además debe indicar en función de qué criterios estima que se le está sometiendo a un trato discriminatorio con respecto a otros casos.

Pero es el empleador quien tiene la carga de la prueba de justificar la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas o las conductas señaladas como discriminatorias por la persona trabajadora (artículo 478 inciso 10 del Código de Trabajo, reformado por la RPL)⁴⁴⁴.

Lo anterior es reafirmado por Otero, quien respecto a la normativa comunitaria europea señala que:

Como se ha manifestado, la Directiva no exige una inversión de la carga de la prueba, aunque los Estados miembros podrían implementarla. La Directiva y la jurisprudencia comunitaria orientan a los Estados miembros a formular una modificación de la carga probatoria clásica de los procesos civiles. Esta modificación, modulación o flexibilización se ha llamado, indistintamente, prueba de presunción, prueba indiciaria o de indicios, pues **requiere que el trabajador que se sienta víctima de una discriminación, presente al órgano jurisdiccional o competente, la existencia de un panorama de discriminación, es decir, de hechos que generen una presunción de discriminación. De ahí que no se trate de una auténtica inversión de la carga de la prueba en sentido técnico jurídico, pues, si así fuera, bastaría con que el demandante alegara la discriminación para colocar al demandado, ante la prueba diabólica de un hecho negativo; es decir, estaría obligado a probar la no discriminación.** Y este, no es el mínimo que establece el ordenamiento comunitario; se trata, más bien, de una distribución probatoria diferente, en la que al demandante le corresponde aportar indicios, no la simple afirmación de la existencia de discriminación, pues ella debe reflejarse en un panorama de hechos de los que resulte una presunción, o apariencia de discriminación o lesión. Una vez constatada la concurrencia de indicios, corresponde a la parte demandada no la prueba de que no existe tal discriminación, sino la aportación de una justificación objetiva y razonable de

⁴⁴⁴ Mauricio Castro Méndez, *Estudio sobre la Reforma Procesal Laboral*. Accesado el 15 de julio de 2018 de: <https://www.researchgate.net/publication/318827129>.

las medidas adoptadas y de su proporcionalidad⁴⁴⁵. (El resaltado no es del original).

A partir de lo anterior, se puede afirmar que en aquellos casos en los que se alegue haber sido víctima de discriminación en alguna de las etapas de una relación laboral, incluida, por supuesto, la etapa precontractual, existe una suerte de flexibilización de la carga probatoria. En otras palabras, el *onus probandi* les corresponde a ambas partes, pero en medidas diferentes: (i) la supuesta víctima debe aportar prueba, o construir un panorama de indicios que permita comprobar que fue objeto de un trato discriminatorio; (ii) mientras que al empleador le corresponde demostrar que su decisión descansa sobre una justificación objetiva, razonable y proporcional.

De lo expuesto se puede concluir que las personas LGBT, en muchos casos, sufren una violación del derecho de acceso al mercado laboral que se encuentra tutelado en diversos instrumentos normativos, tanto a nivel internacional como nacional. Además, dicha violación conlleva a que otros derechos humanos se vean vulnerados, pues dependen de una u otra forma de la oportunidad de acceder y permanecer en un empleo, como lo es lo relativo al acceso a la vivienda, a la salud, a la alimentación, al transporte, entre otros. También se restringe el ámbito de aplicación de la libertad de determinación, el derecho de autodefinición, el derecho a la intimidad y a la vida privada, y, por supuesto, los principios de igualdad y de no discriminación.

Es por todo lo mencionado que muchas veces las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans optan por ejercer la ***autoexclusión***. En otras palabras, las personas de la comunidad LGBT optan por no intentar acceder al mercado laboral, a pesar de tener las capacidades y actitudes necesarias para ser contratadas⁴⁴⁶; esto debido a que las experiencias que han tenido, o han escuchado, han sido negativas, a que existe una autodiscriminación derivada del control social, así como al temor de no ser contratado.

⁴⁴⁵ Laura Otero Norza, “La igualdad y no discriminación de género y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento internacional y europeo” (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2011), 489-491.

⁴⁴⁶ Wilson Castañeda Castro et al., *Raros... y oficios: diversidad sexual y al mundo laboral: discriminación y exclusión*. (Medellín, Colombia: Corporación Caribe Afirmativo, Escuela Nacional Sindical, 2013), 76.

Finalmente, se quiere destacar el siguiente relato que refleja algunas de las consecuencias que traen consigo las barreras de entrada al mercado laboral para las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans.

La discriminación para acceder al mercado laboral es una de las discriminaciones más duras, porque cuando una persona no se puede insertar en el mercado laboral de una forma lícita entonces no tiene cómo velar por sí mismo y eso tiene una serie de implicaciones. Primero, hay una implicación psicológica, la persona siente que no puede valerse por sí misma. Segundo, deja de ser percibido como una persona o sujeto productivo para la sociedad lo cual genera un ciclo de violencia y lleva a que la persona quede marginada. Tercero, porque además hay un proceso de invalidación de la persona como sujeto, en el sentido de que si hay alguien que está capacitado para un puesto, que cumple con todo lo que se solicita para el puesto, pero no puede acceder por ser parte de una comunidad, entonces se le están invalidando los derechos; en este caso de ser un sujeto capaz de ocupar un puesto de trabajo. **Hombre trans.**

En suma, las implicaciones que provocan los filtros a los que se ven sometidas las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans para poder acceder a los diversos mercados laborales son múltiples, variadas y graves; siendo que dicha población vulnerabilizada está viendo violentados los principios de igualdad y de no discriminación, así como el principio de dignidad humana, que atañe a todas las personas por el simple hecho de serlo. Entendido esto, es necesario analizar cuál es la experiencia de las personas LGBT durante el desarrollo de las relaciones laborales.

b. Desarrollo de la relación laboral

Una vez que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans pasan los diversos filtros y barreras con los que se topan en la etapa precontractual y pueden acceder al mundo laboral, las experiencias que viven en sus ámbitos de trabajo son variadas y complejas. Es por eso que a continuación se pretende determinar cuál es la realidad que dichas personas viven durante el desarrollo de la relación laboral, es decir, se busca señalar qué es lo que tienen que vivir día con día en sus lugares de trabajo, lo cual incluye desde bromas, comentarios inapropiados, imposibilidad de optar por ascensos y promociones, entre otros.

Muchas veces la orientación sexual o la identidad de género de las personas LGBT no fue percibida durante el proceso de selección y, por tanto, no existió ningún tipo de problema derivado; o en caso de haber sido percibida la persona a cargo del proceso de selección no vio en dichos caracteres ningún elemento negativo que motivara la no contratación de la persona lesbiana, gay, bisexual o trans.

Sin embargo, es posible que los funcionarios reclutadores no sean los jefes inmediatos de las personas LGBT y que durante el período de prueba sus jefes o compañeros de trabajo se percaten de la orientación sexual o identidad de género de la persona contratada y, de esa manera, se comienza a generar un ambiente difícil. En otras palabras, al estar la persona lesbiana, gay, bisexual o trans dentro del ámbito laboral es más sencillo tanto para el patrono, como para sus compañeros y potenciales clientes o usuarios, percibir su orientación sexual o su identidad de género, cuestión que no siempre sale a la luz en la entrevista de trabajo. Eso puede decantar en actitudes negativas en contra de la población objeto de este ejercicio académico, tal como se puede apreciar en este testimonio:

Yo asumo que la labor fue simplemente lo mejor que pude hacer, en ese momento duré en el banco como 4 meses. Éramos dos personas que estábamos nuevas, escogieron a la otra persona, no me escogieron a mí. Sin embargo, puedo decir que mi trabajo fue mejor. A mí nunca me faltó un cinco, yo trabajé de cajero, a la otra persona sí le hizo falta, pero, diay, yo siempre asumí que fue por eso. **Grupo focal de hombres gais**⁴⁴⁷.

El relato obtenido durante la realización del estudio llevado a cabo por la OIT en Costa Rica permite observar cómo el hecho de que la orientación sexual de la persona gay saliera a colación durante la realización del período de prueba hizo que no fuera elegido para permanecer en su puesto de trabajo, eso a pesar de contar con las capacidades necesarias para ocupar el puesto y de tener un mejor desempeño en comparación con la otra persona sometida al período de prueba. Es decir, si se aplica el *test but for* se tiene que, al comprobar el trato recibido por el entrevistado con el trato estándar, la diferencia de trato, que en este caso consiste en el despido, se basa en la orientación sexual del referido entrevistado.

⁴⁴⁷ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 44.

En caso de que las personas LGBT logren sortear el período de prueba y de esa forma se inserten de forma estable en la relación laboral, se someten a una serie de nuevas experiencias derivadas de su orientación sexual o su identidad de género, y del conocimiento que de la misma se tiene en su lugar de trabajo. En un primer momento, muchas veces las personas miembros de la comunidad LGBT se ven expuestas a la utilización de palabras peyorativas para referirse a ellos, como lo son, por ejemplo, *marica* o *playo* para hacer referencia a un hombre gay, y *tortillera* o *marimacha* para hacer alusión a una mujer lesbiana. La utilización de dichas palabras para designar a las personas LGBT se hace reproduciendo los estereotipos, estigmas y prejuicios sociales y sexuales que se han propagado a lo largo del tiempo en contra de dicha población.

Aunado a la utilización de lenguaje despectivo, se tiene que las personas LGBT en sus lugares de trabajo son víctimas de bromas pesadas, cargadas con rasgos de *homo-lesbi-bi-trans-fobia* que atentan contra su autoestima y violentan la prohibición de no discriminación. Incluso, muchas veces es tal la naturalización de dichas expresiones y bromas que no existe un repudio por parte de sus víctimas, quienes en no pocas ocasiones suelen utilizarlas para referirse a otras personas lesbianas, gays, bisexuales y trans.

Otro de los mayores problemas que enfrentan las personas LGBT está vinculado a la existencia de estereotipos y estigmas en su contra, es decir, con juicios o etiquetas negativas que se les atribuyen sin tener ningún tipo de razón, y que provoca que se generen comportamientos o tratos en contra de dicha población.

Las personas LGBT se ven constreñidas a adaptarse a la imagen de la empresa que los empleadores quieren dar, lo que implica que su apariencia y comportamiento deben ser acordes con lo que la empresa busca. Entonces, se asume que los miembros de la comunidad LGBT tienen que ajustarse de forma tal que puedan cumplir el código de vestimenta de la empresa, por ejemplo. No obstante, eso puede ir contra a la expresión de género de la persona, por lo que se ven vulnerados sus derechos a la autodeterminación, de autonomía de la voluntad y de libertad.

Por ejemplo, bajo la consigna de que se debe respetar el código de vestimenta y la imagen empresarial, se le puede obligar a un hombre trans a utilizar ropa típicamente femenina, como una enagua o un vestido, a pesar de que eso va en contra de su identidad y expresión de género. De forma que los códigos de vestimenta muchas veces funcionan como una nueva barrera para las personas LGBT, siendo que en caso de que se opongan a adaptarse a los mismos, se considera que no poseen interés suficiente para formar parte del engranaje de la empresa y, por tanto, se pone fin a la relación laboral. No obstante la posibilidad que tiene el empleador para determinar la imagen de la empresa, no puede utilizarse dicho parámetro como mecanismo para obligar a una persona a esconder su orientación sexual o su identidad de género, pues en ese caso se estaría llevando a cabo un acto discriminatorio en contra de las personas LGBT.

También dentro de los estereotipos que existen y afectan a las personas LGBT se encuentran aquellos relacionados con los comportamientos socialmente esperados. En el caso de las mujeres lesbianas, se tiene que su aceptación en sus ámbitos laborales pasa muchas veces por el tema de su belleza, su estatus socioeconómico y si su forma de actuar es conforme a lo socialmente establecido como *femenino*⁴⁴⁸.

Cuando esas condiciones no se presentan, las posibilidades de que las personas lesbianas sufran de actos discriminatorios en sus lugares de trabajo son altas, siendo que se les relaciona con profesiones donde la fuerza física es necesaria y que es común que sean desarrolladas por los hombres. Por ende, las mujeres lesbianas no sólo sufren actos que atentan contra el principio de igualdad y de dignidad humana en razón de su sexo y de su género, sino que su orientación sexual hace que sufran de comportamientos estereotipados y estigmatizados y, por tanto, son víctima de discriminación múltiple.

En cuanto a las personas trans, como se ha mencionado previamente, su vulnerabilidad es mucho mayor. Eso debido a que su identidad de género es expresada con mayor frecuencia, lo que hace que la misma sea apreciada con facilidad y que se presenten

⁴⁴⁸ Wilson Castañeda Castro et al., *Raros... y oficios: diversidad sexual y al mundo laboral: discriminación y exclusión*. (Medellín, Colombia: Corporación Caribe Afirmativo, Escuela Nacional Sindical, 2013), 8.

actos discriminatorios en su contra. Mientras que el caso de los hombres gays, los actos discriminatorios en razón de su orientación sexual se multiplican cuando estos se comportan de manera afeminada debido a que van en contra de lo socialmente preceptuado.

Uno de los motivos por los cuales se han propagado los estereotipos existentes sobre las personas LGBT se debe a que los medios de comunicación han realizado un mayor abordaje respecto a dicho grupo de personas. El problema es que dicho abordaje ha venido perpetuando los estereotipos existentes al respecto y eso más que ayudar a visibilizar, termina afianzando con mayor fuerza los estigmas y prejuicios existentes en contra de las personas LGBT, y hacen más difícil su acceso y permanencia en el mercado laboral. Por lo que surge la necesidad de que los medios de comunicación traten la información relativa a la comunidad LGBT de forma objetiva, y dejando de lado esas ideas erradas que se tienen respecto a los mismos y que terminan reproduciendo los actos de homo-lesbi-bi-trans fobia.

Otra necesidad latente respecto a este tema está vinculada al papel de las jefaturas. Lo anterior debido a que cuando los empleadores o jefes han creado una política empresarial o institucional de no tolerancia a la homo-lesbi-bi-trans fobia y se establecen procedimientos y sanciones como herramientas para impulsar el respeto de las personas LGBT, las posibilidades de que dicha población sufra de actos discriminatorios basados en su orientación sexual o su identidad de género disminuyen. No obstante, lo antes dicho funciona también a la inversa, de modo que es posible que los jefes permitan o prueben la discriminación antes mencionada, tal como se puede apreciar en el siguiente testimonio:

Hay mucha homofobia por parte del director. Él a mí no me considera, no me toma en cuenta. Él, digamos, con todos los compañeros sale a comer, con todos los compañeros tiene afinidad menos conmigo. En alguna ocasión también ha dado a entender que no le gusta salir conmigo, que después van a decir algo de él. **Mujer trans**⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 45.

En el caso expuesto, el que el director o jefe de forma implícita deje de lado a la mujer trans mientras que mantiene una relación cercana con todos los compañeros demuestra la existencia de transfobia y eso podría alentar a que sus subalternos lleven a cabo una conducta similar de exclusión, pues saben que tienen la anuencia de su superior.

El problema de ese tipo de comportamiento en contra de las personas LGBT es que muchas veces se transforma en acoso laboral o sexual. El acoso laboral está referido a la:

Situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus laborales y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo⁴⁵⁰.

Relatos, como el mencionado *ut infra*, se subsumen en dicha definición:

A mí me tienen como en el ‘frízer’⁴⁵¹, con muy poco trabajo, (...) mucha burla, mucho desprecio, mucha cosa fea, mucha humillación. **Mujer trans**⁴⁵².

La población LGBT sufre constantemente de actos como el antes mencionado, donde sus compañeros de trabajo o superiores jerárquicos intentan minar su autoestima y dignidad mediante la realización de acciones u omisiones que buscan, en última instancia, propiciar que la víctima abandone su empleo y, de esa forma, que deje de formar parte de la organización de la empresa, como en el caso que se relata en breve; o bien, que la persona acosada se sienta presionada a quedarse trabajando de más sin que muchas veces se le remuneren las horas extra que labora, o a realizar labores que no le competen, todo con el afán de calzar dentro de las relaciones interpersonales que surgen en el lugar de trabajo.

⁴⁵⁰ José Vicente Rojo y Ana Cervera, *Mobbing o acoso laboral*. (Madrid: Editorial Tébar, 2005), 16.

⁴⁵¹ Entiéndase la expresión “frízer” como “congelador”.

⁴⁵² Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 45

Otro caso que permite ejemplificar el acoso sufrido por las personas LGBT es:

Una vez trabajé en el Banco X, yo no sé si todos los bancos sean igual, pero al menos en esa experiencia fue una experiencia terrible. Llegaban mis compañeros, y yo hablaba cualquier cosa; y se intimidaban y parecía que les daba miedo, cualquier tema que yo hablara, cualquier cosa, ellos hacían cara como de susto. Y simplemente era que una persona que estaba ahí que me conocía les dijo a todos: ‘Ese mae⁴⁵³ es gay’. (...) Venían a ver si yo me había robado algo, tenían ese concepto. Los comentarios de ellos eran: ‘¡Ay! Esos travestis que andan ahí matando y robando. (...) Y estos gais que son un montón de promiscuos llenos de sida’. Ese era como el concepto colectivo que había ahí. **Grupo focal de hombres gais**⁴⁵⁴.

La vivencia relatada muestra la realidad que viven día a día muchas personas que forman parte de la comunidad LGBT. En este caso en particular, se está en presencia de una especie de *acoso ambiental*, donde se creó un ambiente laboral en el que las personas que interactúan con la víctima tienen una serie de estigmas y prejuicios en su contra, que los conduce a actuar de determinada manera, en la que buscan aislar al sujeto que no calza con lo socialmente permitido. Es decir, el hombre gay está siendo víctima de discriminación.

Sobre este mismo aspecto, se tiene que dentro de los actos de acoso que sufre la población LGBT se encuentra también el acoso u hostigamiento sexual. Este ha sido definido por la ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia⁴⁵⁵ como:

(...) toda conducta sexual indeseada por quien la recibe, reiterada y que provoque efectos perjudiciales en los siguientes casos:

- a) Condiciones materiales de empleo o de docencia.
- b) Desempeño y cumplimiento laboral o educativo.
- c) Estado general de bienestar personal.

También se considera acoso sexual la conducta grave que, habiendo ocurrido una sola vez, perjudique a la víctima en cualquiera de los aspectos indicados⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Palabra utilizada en Costa Rica para referirse a una persona.

⁴⁵⁴ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 38.

⁴⁵⁵ Sobre el análisis de la ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia, ver páginas 150-153.

⁴⁵⁶ Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, 3 de febrero 1995, artículo 3.

Mientras que la Recomendación General No. 19 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, entiende por acoso sexual:

Comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil⁴⁵⁷.

Es decir, que el acoso sexual es entendido como un comportamiento perjudicial para sus víctimas, quienes en la mayoría de los casos son mujeres, aunque es posible que los hombres también sufran de este tipo de comportamiento, siendo que “son los jóvenes, homosexuales y miembros de minorías étnicas o raciales⁴⁵⁸”, los más propensos a sufrirlo. Esto refleja que las mujeres lesbianas, bisexuales y trans son consideradas dentro de las principales víctimas de este tipo de comportamientos, al igual que los hombres homosexuales, lo cual no hace más que reafirmar la condición de vulnerabilidad de la población LGBT.

Además, debe recalcarse que el acoso sexual ha sido entendido como una “manifestación de la discriminación de género y como una forma específica de violencia contra las mujeres. El acoso sexual es una violación de los derechos fundamentales de las trabajadoras y los trabajadores, constituye un problema de salud y seguridad en el trabajo y una inaceptable situación laboral⁴⁵⁹”. En otras palabras, este tipo de acoso responde, entre otras cosas, a diferenciaciones en razón de género, siendo que históricamente la sociedad ha situado al género femenino en una posición de sumisión respecto del género masculino.

Lo anterior permite comprender que las mujeres lesbianas reciben con mayor frecuencia actos que constituyen hostigamiento sexual. Esto debido a que generalmente los

⁴⁵⁷ Organización Internacional del Trabajo. “El hostigamiento o acoso sexual”. Accesado el 29 de diciembre de 2018 de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_227404.pdf.

⁴⁵⁸ Ibidem.

⁴⁵⁹ Ibidem.

hombres buscan ayudarles a “corregir su conducta desviada”, que las hace pensar que sienten una atracción sexual respecto a las mujeres; o bien, porque los mismos buscan satisfacer sus fantasías y deseos sexuales con ellas. Esto puede colegirse en el siguiente caso:

Porque parte del asunto es que socialmente se censura mucho más la expresión de afecto entre hombres que entre mujeres, (...) pero el único afecto entre mujeres que no se censura es aquel que está diseñado para un ojo masculino. Entonces sucede que las chicas, por ejemplo, sean hostigadas en sus espacios laborales, universitarios, etc., porque sus compañeros esperan que la sexualidad de esa pareja lésbica se ponga a disposición de ellos.
Representante de organización de personas LGBTI⁴⁶⁰.

El comportamiento expresado en la transcripción anterior también se aprecia en el siguiente relato:

O sea, a mí me pasa que claramente, sabiendo compañeros de trabajo que yo soy lesbiana, igual no dejan de coquetearme y no dejan de seducirme. **Grupo focal de mujeres lesbianas**⁴⁶¹.

Por lo que no es de extrañarse que cuando las mujeres lesbianas expresan su orientación sexual sean víctimas de proposiciones indecorosas o insinuaciones por parte de sus compañeros de trabajo o de sus superiores, o bien, que sean aisladas o cargadas de trabajo de forma excesiva, esto último presumiendo que las mismas no tienen hijos y que, por tanto, tienen menores responsabilidades extra trabajo.

El problema que enfrentan las personas LGBT que sufren de acoso laboral o sexual es que cuando denuncian el acoso del que son víctimas tienen serios problemas probatorios, eso a pesar de que en estos casos se ha dado una flexibilización del *onus probandi*⁴⁶². Es decir, las personas víctimas de acoso pueden demostrar su dicho a partir del establecimiento de un panorama de indicios en los que se pruebe el acoso del que alegan ser víctimas.

⁴⁶⁰ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 58.

⁴⁶¹ Ibidem., 46.

⁴⁶² Sobre la flexibilización de la carga de la prueba, ver páginas 234-236.

Cuestión que se ve reflejada en el siguiente relato:

El acoso sexual homosexual no se va a hacer al frente de todo el mundo. Pero como todo el mundo tiene un grado de homofobia y a la hora de hablar escogen al jefe o al compañero. **Activista homosexual.**

Como puede apreciarse con el relato expuesto, las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans que sufren actos de acoso laboral o sexual encuentran una gran dificultad en la cuestión probatoria, no sólo porque es difícil encontrar indicios suficientes para demostrar su acusación, sino que es muy complicado para ellos lograr que sus compañeros de trabajo testifiquen a su favor, debido a que muchas veces dichos compañeros son cómplices o coautores de los actos denunciados.

A partir de lo expuesto hasta este punto, donde se ha podido apreciar que la experiencia laboral de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica tiene aristas muy negativas, no resulta sorprendente que la posibilidad de que dicha población pueda optar por ascensos o promociones en sus lugares de trabajo sea realmente baja. Sobre este aspecto, de la mano con lo expuesto por Castañeda⁴⁶³, se sostiene que las personas LGBT, en la mayoría de los casos, no tienen mayores posibilidades de movilidad laboral, a pesar de su buen desempeño, de sus atestados o su experiencia, debido a que los jefes determinan que dicha movilidad le corresponde a las personas heterosexuales, quienes, a su parecer, tienen el reconocimiento de los subalternos y, por tanto, la capacidad de ser un líder dentro de la organización.

Parte de lo dicho puede evidenciarse con el siguiente testimonio que se brindó en la investigación que realizó la OIT en Costa Rica en el año 2016:

Me decía que yo no iba a poder aspirar a un buen puesto porque yo era gay, porque yo era afeminado... Uno como que se va adaptando y va asimilándolo

⁴⁶³ Wilson Castañeda Castro et al., *Raros... y oficios: diversidad sexual y al mundo laboral: discriminación y exclusión*. (Medellín, Colombia: Corporación Caribe Afirmativo, Escuela Nacional Sindical, 2013), 59.

hasta cierto punto... Como que aquí, tener las opciones que otros tienen, no las puedo tener. **Mujer trans**⁴⁶⁴.

Como pudo apreciarse en el relato transcrito, miembros de la comunidad LGBT han visto truncadas las posibilidades de optar por un ascenso laboral debido a su orientación sexual o su identidad de género. El problema es que la explicación que es dada por parte de los empleadores sobre el motivo por el cual las personas LGBT no son tomadas en cuenta para acceder a puestos de mayor jerarquía encubre que se debe a una discriminación que en muchos casos es institucionalizada, es decir, que se produce una discriminación indirecta. Eso obliga a las personas LGBT a buscar una mejora en su rendimiento laboral, para lo cual, por ejemplo, acceden a tener una sobrecarga de trabajo, todo con el fin de destacarse y nivelar la posición de inequidad en la que se encuentran inmersos; y esto a su vez genera situaciones de estrés y frustración ante la falta de oportunidades y de equidad.

A continuación, se puede apreciar un relato que pone en evidencia otro de los motivos por los cuales las personas LGBT ven disminuidas sus posibilidades de lograr un ascenso:

En los procesos laborales, los procesos de ascenso están muy marcados por la relación entre pares. Y resulta que si vos tenés una orientación sexual que no es heterosexual, esos procesos de pares quedan un poco distanciados para vos. Vos no compartís los mismos espacios de entretenimiento, no tenés el mismo tipo de actividades; y para muchos compañeros de trabajo no sos, por ende, la persona más popular, ni la que se lleva con la jefatura. **Representante organización LGBTI**⁴⁶⁵.

Según lo dicho por el representante de una organización LGBTI, el hecho de que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans no siempre se encuentren integradas dentro de las empresas de forma tal que su vínculo con sus compañeros de trabajo o sus superiores es mínimo, incide en las bajas posibilidades de que sean tomados en consideración para optar por un ascenso. Sin embargo, como ha podido apreciarse a lo largo de la investigación, la

⁴⁶⁴ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 48.

⁴⁶⁵ Ibidem., 49.

existencia de estigmas y estereotipos negativos relativos a la comunidad LGBT hace que su integración efectiva en el engranaje empresarial sea baja o, en muchos casos, nula.

Para lograr la integración de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus lugares de trabajo, se podrían crear herramientas como campañas informativas sobre los derechos de las personas LGBT y sobre la igualdad y no discriminación que debe imperar en todo ámbito laboral; así como la promulgación de un reglamento interno que prohíba los actos discriminatorios por motivos de orientación sexual o de identidad de género, un procedimiento interno bien establecido en casos de discriminación, la creación de comités que promuevan la tutela de los derechos laborales de las personas objeto de este ejercicio académico, entre otros.

Sin embargo, la integración de las personas LGBT en sus lugares de trabajo y el establecimiento de relaciones interpersonales con sus compañeros de trabajo se ven dificultadas cuando existe un sesgo en estos últimos, o en las propias empresas, que los llevan a tomar acciones discriminatorias en contra de dicha población vulnerabilizada. Tal es el caso que se produce cuando los propios Colegios Profesionales imposibilitan a sus agremiados pertenecientes a la comunidad LGBT compartir sus beneficios con sus compañeros sentimentales cuando estos no conforman una pareja heterosexual.

Sobre este tema, debe resaltarse la **resolución No. 2014-012703** dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, relativa al carné y el uso de las instalaciones del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica⁴⁶⁶, la cual fue analizada en la sección b) del capítulo I de esta labor investigativa. En dicha resolución, la Sala Constitucional estableció que el principio de igualdad y no discriminación cobija a las personas LGBT, pues no puede realizarse una diferenciación de trato en relación a dicha población basada en su orientación sexual o en su identidad de género.

Junto con los principios de igualdad y de prohibición de no discriminación, las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans ven violentados muchos otros derechos que se

⁴⁶⁶ Sobre el análisis de la resolución No. 2014-012703 de la Sala Constitucional, ver páginas 109-118.

encuentran dentro de su esfera jurídica durante el desarrollo de su relación laboral. Entre ellos se pueden mencionar el derecho al trabajo decente, al salario mínimo, a la jornada laboral, a la libertad de determinación, a la autonomía de la voluntad, a la intimidad, entre otros.

Cuando las personas LGBT son víctimas de actuaciones discriminatorias en razón de su orientación sexual o su identidad de género durante el desarrollo de la relación laboral, las mismas pueden interponer una denuncia dentro de la misma organización en la que trabajan, siempre que cuente con un procedimiento previsto y los correspondientes órganos para desarrollarlo. O bien, dicha población puede acceder a la jurisdicción laboral mediante la interposición de un proceso sumarísimo, debido a la violación de los artículos 404 y 405 del Código de Trabajo, así como de los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y del artículo 33 de la Constitución Política, en los cuales se prevé la tutela de los principios de igualdad y de no discriminación.

Aunado a lo anterior, la población LGBT debe respetar lo dispuesto en el artículo 409 del Código de Trabajo respecto a la carga probatoria⁴⁶⁷, por lo que es necesario que presente prueba directa o indiciaria suficiente que permita establecer el sustento fáctico sobre el que se fundamenta el supuesto acto discriminatorio. En adelante, el denunciante debe seguir lo previsto entre los artículos 540 y 547 del mismo cuerpo normativo, es decir, las reglas relativas al proceso sumarísimo⁴⁶⁸, el cual se caracteriza porque los plazos se acortan debido a que se podría estar en presencia de la violación de derechos fundamentales. Además, la consecuencia de determinar que el acto denunciado efectivamente es discriminatorio, conlleva a la declaratoria de nulidad del mismo, por lo que se le deja sin efectos jurídicos; siendo que su ejecutor incurre en una falta sancionada como grave.

Ante este panorama, muchas personas LGBT han optado por acudir a otras modalidades de trabajo con el fin de no verse sometidos a ambientes laborales donde la discriminación en su contra pareciera ser la regla. Una de esas modalidades es la del

⁴⁶⁷ Sobre la carga probatoria en los procesos sumarísimos, ver páginas 234-236.

⁴⁶⁸ Sobre el análisis del proceso sumarísimo, ver páginas 143-148.

*teletrabajo*⁴⁶⁹, la cual es una opción para las personas miembros de la comunidad LGBT, debido a que de esa manera no tendrían tanto contacto con otros trabajadores o empleadores, o bien con los potenciales clientes o consumidores.

Mediante el teletrabajo, la población LGBT impediría que su identidad de género o su orientación sexual sean percibidos por las personas con las que tendrían que relacionarse y, de esa forma, no sufrirían actos discriminatorios. Sin embargo, no puede obviarse que, si la modalidad del teletrabajo es recomendada por el empleador con el propósito antes expuesto, se estaría ante una forma de discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género de las personas LGBT.

También podría darse el caso de que la persona LGBT opte por utilizar la figura del *trabajo independiente*, es decir, en la que se crea el propio trabajo. Muchas veces esta es la alternativa que la población objeto de este estudio de investigación encuentra para evitar ser víctima de actos discriminatorios y contrarios al principio de igualdad y de dignidad humana. No obstante, cabe señalarse lo sostenido por Castañeda al respecto:

Si bien en la mayoría de los contextos el autoempleo es potencializador de autonomía, y un importante elemento dinamizador del mercado laboral a partir de la creación de puestos propios de trabajo, en el contexto de la población LGBTI se convierte, en muchos casos, en algo forzado; una respuesta a las exclusiones y discriminaciones a las que esta población se ve sometida en ambientes laborales dependientes de un empleador y un contrato⁴⁷⁰.

Sumado a esto, incluso cuando las personas LGBT optan por la opción del trabajo independiente, sufren de actos de discriminación, como se ejemplifica de seguido:

Lo mío es muy escondido. Yo trabajo en eventos, de graduación, matrimonios..., lo que tengo es una comparsa. Yo soy la chofer, no puedo bailar en el grupo. Yo no puedo ir a un hotel a bailar con toda la comparsa

⁴⁶⁹ El teletrabajo consiste en una forma de realización del trabajo fuera de los locales físicos de la empresa con la ayuda de tecnologías de la información y comunicación. Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo. Accedido el 25 de marzo de 2017 de: <http://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf>.

⁴⁷⁰ Wilson Castañeda Castro et al., *Raros... y oficios: diversidad sexual y al mundo laboral: discriminación y exclusión*. (Medellín, Colombia: Corporación Caribe Afirmativo, Escuela Nacional Sindical, 2013), 81.

porque **en los contratos especifican “no travestis”**, “no gente con poca ropa”. Aunque la comparsa sea mía, para ellos yo soy la chofer. Pero yo lo hago porque es la única forma de tener trabajo. **Mujer Trans.** (El resaltado no es del original).

En otras palabras, ni siquiera ser sus propios jefes permite a las personas LGBT estar exentos de sufrir tratamientos discriminatorios basados en su orientación sexual o su identidad de género, tal como ha quedado ejemplificado. Sin embargo, muchas veces las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans aceptan dicha opción laboral porque es la única alternativa que tienen para poder subsistir pues, como se mencionó anteriormente, la posibilidad de acceder al mercado laboral no es muy alta.

Antes de concluir este segmento destinado a la experiencia laboral de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans durante el desarrollo de la relación laboral, se quiere resaltar que no todas las experiencias son negativas, tal como se puede apreciar de seguido:

Mi pareja decidió empezar a transicionar y tuvo la mejor experiencia empresarial posible. Fue a recursos humanos y dijo que quería que la identificaran como mujer. La empresa generó todas las políticas necesarias. Un día ella llegó y la presentaron como mujer en un evento muy lindo frente a todos sus compañeros e hicieron todos los cambios. En todas las identificaciones sale con su nombre elegido. (...) Ella tiene contacto con los clientes, y la empresa está preparada en caso de que surja alguna situación negativa con los clientes. **Hombre trans.**

Lo anterior, si bien no es la regla, es un caso de éxito de una persona trans en su espacio laboral que deja entrever que es posible que las empresas desarrollen políticas que tutelen los derechos de sus empleados pertenecientes a la comunidad LGBT, de forma que se reviertan las experiencias negativas que actualmente viven día con día las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus trabajos.

Después de obtener claridad sobre esto, es necesario pasar a analizar cuál es la realidad que vive la población objeto de este proyecto investigativo durante la terminación

de la relación laboral.

c. Terminación de la relación laboral: encubrimiento de despidos indirectos

Las personas LGBT, al igual que cualquier otra persona, están propensas a experimentar la terminación de sus relaciones laborales por las más diversas y variadas razones. En el Código de Trabajo, en el artículo 81, se establecen las causales que facultan a un empleador a concluir el contrato de trabajo de forma justificada, es decir, sin que medie responsabilidad de su parte⁴⁷¹. Mientras que en el mismo cuerpo normativo, pero en su numeral 83, se enumeran las causas que permiten a los trabajadores dar por terminada la relación laboral sin responsabilidad⁴⁷².

En el caso de la población objeto de esta investigación, se tiene que gran cantidad de relaciones laborales terminan debido a *despidos discriminatorios*, renunciaciones que en realidad son rompimientos contractuales o despidos indirectos, lo cual enciende las alarmas puesto que se evidencia la vulneración de múltiples derechos laborales.

Para empezar, las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans viven en medio de un constante miedo o temor a ser despedidos debido a su orientación sexual o su identidad de género; por lo que muchas veces saben que no pueden exponerse a cometer algún error pues la mínima equivocación podría acarrearles un despido, y eso implicaría volver a comenzar desde cero, es decir, tener que tocar puertas para encontrar otro empleo, lo que implica tener que someterse nuevamente a procesos de selección donde podrían verse discriminados.

Aunado a eso, las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans se ven obligadas a demostrar que son los mejores trabajadores de la empresa, a aceptar trabajos extras y a extremar medidas para no cometer errores, tal como se relata de seguido:

Es tener que hacer como una demostración de ser tan buenos, tan excelentes profesionales, tan excelentes trabajadores y trabajadoras, como para no dar

⁴⁷¹ Código de Trabajo de Costa Rica, del 27 de agosto del año 1943, artículo 81.

⁴⁷² Ibidem., artículo 83.

ningún pretexto para que te despidan. Porque pareciera que hay una cultura de miedo, ¿verdad?, interiorizada, de que cualquier cosita podría ser la excusa para echarme. Porque nadie me va a echar por ser gay o ser lesbiana; por lo menos, no me lo van a decir abiertamente. Entonces si yo te quiero echar porque sos gay, lo que quiero ver es si cometés el primer error para hacerlo.
Representante de organización de personas LGBTI⁴⁷³.

Ergo, ser una persona LGBT en un lugar de trabajo implica un esfuerzo extra, es decir, para estas personas no vale realizar el mínimo o cumplir con lo exigido a sus pares, sino que estos deben esforzarse el doble y demostrar que le agregan un plus a la organización laboral para evitar caer en el desempleo. Esto también incluye, como se ha mencionado previamente, el cuidado que las personas LGBT deben tener sobre su vida personal, sobre todo si se toma en consideración que actualmente las redes sociales juegan un papel muy importante en las esferas de trabajo y que se han convertido en un mecanismo de control.

El legislador optó por incluir dentro de la reforma laboral una serie de disposiciones que se encargan de prohibir la discriminación, incluida la que se utilice para ponerle fin a las relaciones de trabajo. Ejemplo de ello es el numeral 406 del Código de Trabajo que dispone que “Se prohíbe el despido de los trabajadores o las trabajadoras por las razones señaladas en el artículo 404⁴⁷⁴”, dentro de las que se encuentra la orientación sexual de la persona.

De la mano con lo anterior, se tiene que la discriminación basada en la identidad de género de las personas no se encuentra expresamente tutelada por el Código de Trabajo, no obstante, no debe obviarse que es menester realizar una interpretación evolutiva de las normas y que en la Constitución Política costarricense se dispone que se encuentra prohibida toda discriminación contraria a la dignidad humana, dentro de la que se encuentra, por supuesto, la que se base en la identidad de género.

Dicho eso, se tiene que en el sistema normativo costarricense se establece de forma expresa la prohibición respecto a los patronos de despedir a los trabajadores debido a su

⁴⁷³ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 47.

⁴⁷⁴ Código de Trabajo de Costa Rica, del 27 de agosto del año 1943, artículo 406.

orientación sexual o identidad de género, siendo que incluso en el mismo cuerpo legal en análisis, el artículo 410 dispone:

Artículo 410.- Los empleadores o las empleadoras a quienes se les compruebe haber cesado a personas trabajadoras, por cualquiera de los motivos de discriminación antes indicados, deberán reinstalarlas en su trabajo, con el pleno goce de sus derechos y las consecuencias previstas para la sentencia de reinstalación.

En cuanto a la Administración Pública y las demás instituciones de derecho público, todo nombramiento, despido, suspensión, traslado, permuta, ascenso o reconocimiento que se efectúe en contra de lo dispuesto por el presente título será anulable a solicitud de la parte interesada, y los procedimientos seguidos en cuanto a reclutamiento o selección de personal carecerán de eficacia en lo que resulte violatorio a este título.

Todo trabajador que en el ejercicio de sus funciones relativas a reclutamiento, selección, nombramiento, movimientos de personal o de cualquier otra forma incurra en discriminación en los términos de este título, incurrirá en falta grave para los efectos del artículo 81 de este Código⁴⁷⁵. (El resaltado no es del original).

Cuando se comprueba que la terminación de la relación laboral, bien sea mediante despido directo o indirecto, el cual se encubre mediante la renuncia del trabajador, o jubilación anticipada, realizada por los empleadores, se haya fundamentado en la orientación sexual o la identidad de género de la persona trabajadora, dicha actuación será considerada nula y, por tanto, sus efectos jurídicos dejan de existir. Además, debe señalarse, como se ha hecho previamente, que, aunque el artículo transcrito refiere a aquellas instituciones que se rigen por el derecho público, mediante la aplicación analógica, debe entenderse que también los empleadores del sector privado están obligados a lo que en la norma se prescribe.

Asimismo, del artículo 410 del Código de Trabajo se desprende que la víctima de una finalización de la relación laboral basada en un acto discriminatorio tiene derecho a ser reinstalada en su anterior puesto de trabajo, junto con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Incluso se establece que si se comprueba que fue otro trabajador de la empresa quien procedió con el despido, éste podría ser despedido al cometer una falta grave.

⁴⁷⁵ Ibidem., artículo 410.

Sin embargo, debe considerarse que la reinstalación del trabajador, que también se encuentra estipulada por el artículo 545 del mismo código, no siempre es la mejor solución. Esto por cuanto debe considerarse la posibilidad de que el trabajador víctima no quiera volver a un centro de trabajo en el que fue objeto de discriminación; en ese caso, el trabajador podría preferir el pago de las correspondientes prestaciones laborales junto con la indemnización de daños y perjuicios y, de esa forma, no tener que regresar a su antiguo trabajo.

Un ejemplo que refleja lo antes dicho se encuentra en la resolución No. 1951-2018 de la Sala Segunda. En dicha resolución, se conoció un caso en el que una funcionaria pública que se encontraba laborando en un puesto de confianza en una institución del Estado, fue despedida luego de haber sido incapacitada por sufrir una serie de migrañas. La Sala Segunda determinó que el despido sufrido por la trabajadora fue discriminatorio en razón de su salud, siendo que el patrono no logró demostrar la existencia de un motivo objetivo que justificara la pérdida de confianza y el consecuente cese de la trabajadora; por lo que ordenó la reinstalación de la funcionaria pública y condenó al empleador al pago de los salarios caídos y del daño moral⁴⁷⁶. Cabe resaltar que, para dicho órgano jurisdiccional, el hecho de que se tratara de un puesto de confianza, donde rige la libertad de nombramiento y remoción, no significa que se puede finalizar la relación laboral sobre la base de un despido discriminatorio, cuestión que no debe pasar desapercibida pues está reforzando la tutela antidiscriminatoria que brinda el ordenamiento jurídico costarricense.

Por otra parte, a pesar de que los legisladores aprobaron la reforma del Código de Trabajo para ampliar el espectro de la tutela contra la discriminación laboral, los patronos, conscientes de ello, decidieron finalizar relaciones de trabajo con personas LGBT antes de que dicha reforma tuviera vigencia, tal como puede verse en el siguiente caso:

En la Asamblea legislativa hay una empresa que limpia, y un día llamaron a un muchacho a decirle que dejara de hacer las escenas que hace en el parque. La pareja es un enfermero y venía a dejarlo ahí; él dice que nunca se dieron

⁴⁷⁶ Poder Judicial de Costa Rica. “Sala Segunda reinstala a trabajadora con migraña”. Accesado el 2 de enero de 2019 de: https://actualidadjudicialpj.poder-judicial.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=1305:sala-segunda-reinstala-a-trabajadora-con-migrana&catid=101:actualidadjudicial&acm=_409.

un beso ni nada. Le advirtieron que dejara de hacer las escenas amorosas porque está con el uniforme y no le van a permitir eso más. El día antes de que iniciara la ley [reforma procesal laboral] lo despidieron. **Activista.**

En otras palabras, el hecho de que los empleadores supieran que iba a entrar en vigor una reforma laboral que establece una protección más palpable en favor de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, en muchas ocasiones condujo a que los despidos en contra de estas personas se produjeran antes de que las nuevas normas entraran a regir.

Otro aspecto sobre el que se desea llamar la atención respecto a los cambios introducidos por la reforma del Código de Trabajo costarricense, se refiere al hecho de que se debe comprobar que el despido que sufrió la LGBT fue discriminatorio; es decir, nuevamente el tema de la prueba viene a incidir en la defensa de sus derechos.

El problema es que comprobar que el despido sufrido se debe a una discriminación motivada en la orientación sexual o la identidad de género de las personas es muy difícil de acreditar, sobre todo en aquellos casos en los que las personas LGBT han optado por mantener, de cierta manera, oculta su identidad de género o su orientación sexual, o donde prefieren no sufrir más a causa de dichos caracteres y por eso evitan luchar por el respeto de sus derechos.

Ejemplo de lo antes dicho se puede apreciar en el siguiente caso tomado de la investigación realizada por la OIT en el país en el año 2016:

Tuvimos un caso que lo llevamos inclusive a la Sala Constitucional: de un profesor que es despedido por su orientación sexual en un colegio privado. (...) Él había creado amigos y amigas; por supuesto, también profesoras y profesores del mismo colegio, y **ninguno de ellos quiso ir como testigo en caso de que los llamaran por miedo a perder el trabajo y por miedo a perder el aval o la simpatía de la señora directora, que además era la dueña del colegio.** (...) En aquel momento teníamos una grabación telefónica donde la directora del colegio aceptaba que lo había despedido por ‘playo’. (...) Se pierde la acción porque no pudimos probar por otras formas que efectivamente había discriminación por orientación sexual. No aceptaron la prueba porque la grabación se hizo sin autorización judicial. Sucedió en 2011

aproximadamente. **Representante de organización de personas LGBTI**⁴⁷⁷.
(El resaltado no es del original).

En el caso expuesto se evidencia que el tema probatorio es uno de los requisitos más difíciles de sortear para las personas LGBT, siendo que incluso en aquellos casos en los que existen testigos de que el despido fue ocasionado por la orientación sexual de la persona, los mismos deciden no declarar por miedo a la represalias que podrían sufrir por parte de sus patronos; lo que sitúa a la persona LGBT en una posición de marcada desventaja.

Por otra parte, como se dijo previamente, no siempre la relación laboral de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans se ve terminada por el despido directo por parte de su empleador, sino que hay casos en los que son las personas LGBT quienes renuncian, debido a la presión y al acoso ambiental que sufren, como puede apreciarse de seguido:

(...) cuando yo decidí transicionar, estaba trabajando en un sitio, en una universidad. Inicialmente mis jefes inmediatos me dijeron que me apoyaban, pero cuando ya vieron que no era sólo una cosa entre ellos y yo, sino que implicaba que ellos asumieran mi transición de frente, por ejemplo capacitando e informando al resto de empleados sobre mi transición, no lo quisieron hacer. Cuando se trató de hacer la corrección de mi nombre, de mi imagen en las fotografías de todos los sistemas no lo quisieron hacer. Cuando se trató de informarle a los estudiantes de mi transición no lo quisieron hacer. Después cuando se dieron situaciones de discriminación de empleados de la universidad y de estudiantes tampoco me protegieron. Por último empezaron a agredirme mis jefes que me habían dicho que me iban a apoyar. La suma de esos factores hizo que para mí fuera imposible continuar. Yo más bien terminé el cuatrimestre a expensas de mi estabilidad emocional; tuve una crisis nerviosa como resultado de esa situación. Cuando finalicé el cuatrimestre renuncié. Incluso, yo puse la renuncia y ellos no la aceptaron sino que me despidieron, pero yo había puesto la renuncia antes. La situación iba a terminar siendo que yo iba a estar excluida de ese espacio laboral. **Hombre trans.**

El relato transcrito no hace más que poner en evidencia una realidad que viven día a día personas pertenecientes al colectivo LGBT. Muchas veces, en los espacios laborales de dichas personas se afirma tener una aceptación del tema, pero en la práctica las propias

⁴⁷⁷ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 61.

empresas realizan actos discriminatorios en contra de las lesbianas, gays, bisexuales o trans, debido a su orientación sexual o su identidad de género; o permiten que los mencionados actos contrarios a la dignidad humana ocurran dentro del ámbito laboral, o bien, no ponen en práctica mecanismos para sancionar la comisión de actos discriminatorios.

Sobre este aspecto debe tenerse claro que cuando una persona renuncia debido a situaciones como la descrita, si se aplica el principio de primacía de la realidad, que impera en el campo del Derecho Laboral, se tiene que en la práctica la terminación de la relación laboral se produce no por una renuncia, sino por lo que desde la perspectiva del trabajador constituye un rompimiento contractual y desde la óptica del patrono un despido indirecto.

El rompimiento contractual se produce cuando el trabajador da por finalizada la relación laboral debido al incumplimiento previo por parte del patrono de las obligaciones que le correspondían, y se encuentra regulada por el numeral 83 del Código de Trabajo. En estos casos, a diferencia de la renuncia, la terminación del vínculo laboral se da con responsabilidad del patrono, lo cual implica que el mismo debe pagarle al trabajador los montos relativos a las prestaciones de preaviso y al auxilio de cesantía.

El despido indirecto se presenta cuando el patrono crea condiciones que hacen imposible la prestación del servicio para el cual fue contratado el trabajador. Lo que el patrono busca en estos casos es que sean los trabajadores quienes presenten la renuncia para que, de ese modo, no se vean constreñidos a pagar el preaviso y el auxilio de cesantía. Sin embargo, cuando se logra comprobar que en la práctica lo que operó fue una suerte de despido indirecto, el patrono se ve obligado a pagar las prestaciones correspondientes al trabajador.

Nuevamente, el tema probatorio en este tipo de casos es difícil de sortear, siendo que es necesario apoyarse en los principios reguladores de la materia laboral, tal como se explica en el siguiente caso extraído de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, mediante la sentencia No. 86883 del 28 de noviembre del año 2007, sobre un caso de acoso:

En los casos de “mobbing” como causal de despido indirecto o como enfermedad profesional, es necesario demostrar el daño psicológico. Y debido

a la naturaleza de la relación existente entre el trabajador (acosado) y el empleador (acosador o agresor), en muchas ocasiones le resultará muy difícil al trabajador acosado lograr producir una prueba directa del hecho. El empleador, y sobre todo si pertenece a la jerarquía de directivo, se limitará a negar los hechos de acoso, a la vez que los compañeros de trabajo por temor a perder el empleo no colaborarán con la víctima a través de sus testimonios. Por ello, los indicios y presunciones que emergen de las pruebas, juegan un papel muy importante para demostrar la existencia de mobbing, por lo que es fundamental la labor del juzgador de saber interrelacionar las pruebas de la causa y apelar a los principios del Derecho del Trabajo, fundamentalmente al principio de la primacía de la realidad, al principio protectorio y al principio de razonabilidad⁴⁷⁸.

Por lo que en casos donde la posibilidad probatoria de una parte se ve reducida debido al contexto que rodea la relación con la contraparte, quien suele estar en una posición de ventaja al ser el empleador, es necesario que se utilicen los principios de primacía de la realidad, el principio protector y el de razonabilidad al evaluar el caso.

Un ejemplo que permite apreciar cómo los empleadores crean condiciones de trabajo difíciles que hacen que la persona LGBT abandone su empleo es el que se transcribe en breve:

Resulta terriblemente difícil para vos demostrar que esa discriminación estaba basada en la orientación sexual. (...) El asunto es que ella sale un día de trabajar y su novia llega por ella a la entrada, y ya, se saludan de beso y siguen caminando, y alguien seguro la ve, y entonces esta chica empiezan como a trasladarla, a darle espacios más incómodos, a usar el aparataje administrativo para ir la empujando hacia afuera, y cuando nosotros empezamos a interpellar a la empresa, parte de las respuestas que nos dieron fue: ‘Pero nosotros no teníamos ninguna idea de que ella era lesbiana’. **Representante de organización de personas LGBTI**⁴⁷⁹.

En el caso se aprecia cómo una mujer lesbiana es sometida a una serie de tratamientos diferenciados debido a que en su lugar de trabajo se enteraron de su orientación sexual. Sin embargo, nuevamente, la dificultad de probar que el fin de la relación laboral tiene un halo

⁴⁷⁸ Centro de Información Jurídica en Línea. “La primacía de la realidad”. Accesado el 30 de diciembre de 2018 de: <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MzI1NA==>.

⁴⁷⁹ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 39.

discriminatorio, es enorme, lo que deja a la persona LGBT en una situación de protección precaria, donde sus derechos laborales son vulnerados, pero es incapaz de demostrar que eso es así.

Otro de los problemas que se suman a la ya extensa lista que poseen las personas LGBT está vinculado a la ausencia de un procedimiento a nivel interno en los centros de trabajo que busque sancionar a quienes comentan un acto discriminatorio en contra de dicha población. Por lo que la falta de pruebas y de procedimientos para sancionar pueden ser los principales motivos del bajo número de denuncias respecto a las violaciones de los derechos de las personas LGBT, así como la falta de acción al respecto de los sindicatos, como puede apreciarse a continuación:

El sector sindical acompaña ordinariamente denuncias de sus afiliados en todo tipo de situaciones violatorias de derechos humanos. Sin embargo, los representantes de las organizaciones sindicales consultados no conocen ninguna situación en la que se haya acompañado a personas que hayan sufrido discriminación por orientación sexual o identidad de género. Desde el propio sector sindical se indica que su vinculación con iniciativas para promover los derechos de esta población ha sido inexistente o escasa; y se apunta como un reto importante para el sector. Debido a estas razones, resulta probable que las personas LGBTI discriminadas no se sientan alentadas a hacerse acompañar de un sindicato⁴⁸⁰.

Se podría considerar que un motivo por el cual los sindicatos no han actuado hasta el momento con el fin de tutelar de forma directa y específica los derechos laborales de las personas LGBT se debe a que no hay denuncias por parte de esa población. Eso podría conducir a utilizar la premisa de que, ante la ausencia de denuncias, la discriminación por orientación sexual o identidad de género en los trabajadores no se produce, lo cual resulta ser un razonamiento errado y distante de la realidad.

Por tanto, es necesario señalar que un mecanismo que está a disposición de las personas LGBT para prevenir o denunciar actos discriminatorios en razón de la orientación sexual o la identidad de género, se encuentra en la *Dirección Nacional de Inspección del*

⁴⁸⁰ Ibidem., 62.

Trabajo, que está facultado para tutelar el cumplimiento de las normas laborales relativas a las condiciones de trabajo y a la previsión social⁴⁸¹; lo cual podrá hacer por iniciativa propia o a partir de la recepción de una denuncia⁴⁸². Sobre dicha instancia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, debe mencionarse que es posible que realice una labor preventiva en los centros de trabajo, para lo cual puede instruir a los trabajadores y empleadores sobre los derechos y obligaciones derivados de las relaciones laborales, dentro de los cuales se encuentran los principios de igualdad y de no discriminación⁴⁸³.

A su vez, es posible que la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo reciba denuncias por violación a las leyes de trabajo, incluidas aquellas fundadas en la supuesta comisión de actos discriminatorios. Una vez recibida una denuncia, la misma es asignada a un inspector de trabajo, quien tiene un plazo de dos días hábiles para efectuar una visita al centro de trabajo para realizar la respectiva investigación. El inspector lleva a cabo una entrevista con el empleador, después de la cual “se le previene, por medio del acta de inspección y prevención, sobre la violación de la normativa aplicable⁴⁸⁴” y se le da un plazo para corregir la situación. En caso de que la instigación realizada por el inspector determine que se infringieron las leyes laborales al haber efectuado un despido por discriminación, se le advertirá al empleador de la obligación de reinstalar al trabajador⁴⁸⁵.

Cabe señalar que existe la posibilidad de que el empleador se oponga a la prevención realizada por el inspector de trabajo, dentro de plazo correspondiente, siendo que dicha oposición se substancia como un recurso de revisión en el que se debe evacuar prueba⁴⁸⁶. Además, una vez cumplido el plazo dado para corregir la situación irregular, el inspector de trabajo realizará una visita *in situ* con el propósito de determinar si se ha cumplido con sus prevenciones; en caso de que no se hayan cumplido satisfactoriamente, dicho inspector debe rendir un informe a su superior, en un plazo no mayor a cinco días hábiles⁴⁸⁷. Dentro de ese

⁴⁸¹ Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 21 de abril del año 1955, artículo 88.

⁴⁸² Ibidem., artículo 91.

⁴⁸³ Ibidem., artículo 93.

⁴⁸⁴ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *Manual de Procedimiento de la Inspección de Trabajo*. (Costa Rica, 2008), 80.

⁴⁸⁵ Ibidem.

⁴⁸⁶ Ibidem.

⁴⁸⁷ Ibidem., 82.

mismo plazo, la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo tiene la facultad de iniciar un proceso jurisdiccional para el juzgamiento de las infracciones a las leyes de trabajo o de previsión social, el cual debe substanciarse de conformidad con las normas contenidas entre los artículos 669 y 681 del Código de Trabajo.

La Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, mediante las funciones que le fueron asignadas por el legislador, cumple un importante papel en la prevención y atención de denuncias basadas en la infracción de las leyes de trabajo. De modo que, la población LGBT podría hacer uso de los mecanismos que tiene previstos, bien sea para prevenir o para denunciar la comisión de actos discriminatorios y, en caso de que las situaciones señaladas no sean corregidas, la misma Dirección Nacional de Inspección del Trabajo podría interponer un proceso jurisdiccional por violación a las leyes de trabajo.

Se podría dar el caso en el que las personas LGBT denuncien, bien sea a nivel de la propia empresa o en las instancias jurisdiccionales, que en su lugar de trabajo han sufrido de actos discriminatorios y que eso conlleve a la toma de represalias por parte de sus patronos. Todo lo cual constituiría la violación de la *garantía de indemnidad*⁴⁸⁸ que cobija a los trabajadores y que procura tutelar el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

En suma, las personas LGBT se ven expuestas a sufrir actos discriminatorios motivados en su orientación sexual o su identidad de género, que en muchos casos culminan con el fin de la relación laboral, bien sea porque fueron despedidos de forma directa por sus patronos, pero encubriendo la verdadera causa, bien sea porque los propios trabajadores renunciaron debido a las condiciones de trabajo difícil que tenían que afrontar, o bien porque se estaba en presencia de un rompimiento contractual o un despido indirecto.

En todo caso, lo que debe llamar la atención es que, a pesar de que el legislador costarricense ha querido proteger a esta población vulnerabilizada, mediante la creación de

⁴⁸⁸ Código de Trabajo de Costa Rica, del 27 de agosto del año 1943, artículo 12: “Queda prohibido a los patronos despedir a sus trabajadores o tomar cualquier otra clase de represalias contra ellos, con el propósito de impedirles demandar el auxilio de las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento y aplicación del presente Código, de sus Reglamentos y de sus leyes conexas”.

figuras normativas que prevén de forma expresa la prohibición de los despidos discriminatorios, lo cierto del caso es que esa protección en la práctica no se cumple. Esto conduce a que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans vean violentados sus derechos laborales, así como los principios de igualdad y de no discriminación; por lo que la existencia de normas no ha sido un factor decisivo de cambio en la realidad que vive todos los días la población objeto de este ejercicio académico.

Analizado lo anterior, resulta importante determinar cuáles han sido los principales avances y desafíos que se han presentado en materia laboral respecto a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica.

d. Avances y desafíos

La población lesbiana, gay, bisexual y trans en Costa Rica ha experimentado una serie de avances y desafíos en el ámbito laboral, lo cual es importante analizar con el fin de aplaudir las mejoras, así como para ser críticos con los aspectos que aún requieren de un mayor esfuerzo por parte de diversos actores sociales. Por lo que de seguido se estudiarán algunos de los principales avances y desafíos que existen sobre la materia objeto de esta investigación.

Dentro de los avances que se han dado en materia laboral a favor de la comunidad LGBT, se debe destacar que con la *(i) reforma procesal laboral*, que entró a regir en Costa Rica el 25 de julio del año 2017, se establece de forma expresa que la orientación sexual es una categoría protegida por la tutela antidiscriminatoria. Aquí también debe entenderse tutelada la identidad de género de las personas pues debe considerarse que el artículo 404 establece un listado *numerus apertus*.

Esto es de trascendental importancia por cuanto al encontrarse una tutela antidiscriminatoria en el Código de Trabajo, se tiene que al darse un acto discriminatorio debido a la orientación sexual o a la identidad de género, bien sea en la etapa precontractual, durante el desarrollo de la relación laboral, o bien al darse por concluida dicha relación, se puede acudir a la vía jurisdiccional para interponer un proceso sumarísimo; siendo que su responsable puede ser sancionado con una falta grave.

El proceso sumarísimo se caracteriza por prever una flexibilización en la carga probatoria y por contemplar plazos cortos para su tramitación; y en caso de que se determine que el acto impugnado fue discriminatorio, se declararía su nulidad y se dejaría sin efectos jurídicos, por lo que se regresarían las cosas al estado en el que se encontraban antes de su comisión. Además, en el supuesto de que se haya cometido un despido discriminatorio, el Código de Trabajo prevé como posibilidad que la víctima sea reinstalada en su puesto de trabajo, con el respectivo pago de daños y perjuicios. No obstante, si la víctima no desea ser reinstalada, debe contemplarse la posibilidad de que reciba una indemnización que contenga, además de la indemnización de daños y perjuicios, el pago relativo a las prestaciones labores por haberse finalizado la relación laboral con responsabilidad patronal.

Entonces, desde mediados del año 2017, en Costa Rica las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans cuentan con la posibilidad de utilizar el proceso sumarísimo que se implementó con la reforma procesal laboral⁴⁸⁹. Proceso que se caracteriza por la reducción en los plazos, lo que es de vital importancia debido a que se están tutelando derechos fundamentales como lo son, entre otros, los principios de igualdad y de no discriminación.

Otro de los avances que ha experimentado la población LGBT en sus ámbitos laborales se refiere a la creación de la (ii) *Alianza Empresarial para el Desarrollo*, conocida como la AED. Se trata de una “organización sin fines de lucro que busca la sostenibilidad y competitividad del país, a través de la promoción de modelos de negocios responsables y sostenibles en las empresas⁴⁹⁰”; y que tiene tres grandes áreas de acción como lo son la ambiental, la social y el aspecto económico.

La AED fue fundada en el año 1997 y en la actualidad cuenta con la participación de más de 140 empresas que buscan una mayor competitividad a través de un enfoque que procura lograr un impacto colectivo al implementar temas como la responsabilidad social y la sostenibilidad en las cuestiones ambientales, sociales y económicas⁴⁹¹. Su propósito principal consiste en servir de “guía al sector productivo a considerar principios de

⁴⁸⁹ Ver explicación del proceso sumarísimo por violación a derechos fundamentales en páginas 140-143.

⁴⁹⁰ Alianza Empresarial para el Desarrollo. Accedido el 5 de abril de 2018 de: <http://www.aedcr.com/>.

⁴⁹¹ Ibidem.

sostenibilidad como parte de su gestión, reduciendo impactos negativos y maximizando impactos positivos en la sociedad, el ambiente y la economía⁴⁹²”.

En cuanto al aporte que la AED ha tenido respecto a la población LGBT en Costa Rica, específicamente en lo que se refiere al aspecto laboral, se tiene que dicha organización cuenta con un espacio de articulación llamado ***Bloque Empresarial LGBT***. El mencionado bloque está conformado por una mesa de trabajo que se encarga de la defensa y promoción de los derechos humanos que poseen las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, y tiene como propósito lograr la inclusión de este enfoque en las diversas empresas e instituciones.

Como parte de la labor realizada por el Bloque Empresarial LGBT, se emitió el documento denominado (iii) ***Caja de Herramientas para la integración de las personas LGBTI en los espacios laborales***. Como su nombre lo dice, lo que se pretende es integrar a las personas miembros de la comunidad LGBTI en el ámbito laboral, para lo cual se establece la necesidad de implementar una serie de herramientas, como lo es la ***gestión estratégica de la diversidad***, como insumo competitivo para el logro de sus objetivos, los cuales buscan promover la creatividad, la innovación y fortalecer el talento humano⁴⁹³. Además, se señalan una serie de pasos para que las empresas implementen la gestión de la diversidad en los lugares de trabajo, como lo son la creación de un comité consultivo de diversidad, con sus correspondientes objetivos y planes de trabajo; así como la conformación de una auditoria de la diversidad dentro de la empresa⁴⁹⁴.

Además, se busca que las propias empresas realicen ***autodiagnósticos***, que tienen como propósito determinar si las prácticas y políticas que poseen van de la mano con la integración de la población objeto de esta investigación en el espacio laboral, mediante la utilización de, por ejemplo, encuestas aplicables a los trabajadores sobre la percepción que poseen respecto de la situación de las personas LGBTI en sus lugares de trabajo⁴⁹⁵.

⁴⁹² Ibidem.

⁴⁹³ Asociación Empresarial para el Desarrollo, Caja de Herramientas para la integración de las personas LGBTI en los espacios laborales (San José, 2016), 28.

⁴⁹⁴ Ibidem., 29.

⁴⁹⁵ Ibidem., 31.

Otro aspecto a destacar por el documento en análisis es la incorporación del *Índice Corporativo de Equidad*, que es un instrumento de diagnóstico desarrollado en Estados Unidos que se utiliza para medir las acciones y políticas encaminadas a lograr la inclusión de la población LGBTI⁴⁹⁶. Dentro de los criterios de calificación que contempla el índice se encuentran: (i) la inclusión de la orientación sexual y la identidad de género en política de igualdad de oportunidades; (ii) la extensión de los principios de la política de igualdad de oportunidades que prohíben la discriminación con base en orientación sexual e identidad de género; (iii) los beneficios para los empleados; (iv) la competencia organizacional en temas LGBT; (v) el compromiso público; y (vi) lo relativo a la ciudadanía responsable⁴⁹⁷.

La Caja de Herramientas para la integración de las personas LGBTI en los espacios laborales contempla una serie de compromisos, que se remiten a los compromisos planteados en el Foro Empresarial LGBTI. Dichos compromisos son:

- Compromiso de altos ejecutivos(as) y gerentes a respetar y promover los derechos LGBT.
- Promover la igualdad de oportunidades y trato justo a las personas LGBT.
- Promover un ambiente respetuoso, seguro y saludable para las personas LGBT.
- Sensibilizar y educar sobre los derechos LGBT.
- Fomentar y apoyar la creación de grupos de afinidad LGBT.
- Promover el respeto de los derechos LGBT en la comunicación, publicidad y marketing.
- Promover el respeto a los derechos LGBT en la planificación de productos, servicios y atención al cliente.
- Promover acciones de desarrollo profesional para personas LGBT.
- Promover el desarrollo económico y social de las personas LGBT en la cadena de valor.
- Promover y apoyar acciones en la comunidad, dirigidas a la promoción de los derechos LGBT⁴⁹⁸.

Asimismo, en el documento se tiene acceso a guías metodológicas que pueden ser utilizadas para realizar procesos de capacitación y sensibilización sobre los derechos

⁴⁹⁶ Ibidem., 34-35.

⁴⁹⁷ Ibidem.

⁴⁹⁸ Ibidem., 35-36.

humanos de las personas LGBTI, lo cual es sumamente beneficioso por cuanto permite que un mayor número de personas esté capacitado sobre el tema objeto de esta investigación.

Lo expuesto permite reconocer la importancia que dicho documento posee en relación con las personas LGBTI, pues con el mismo se busca motivar a los empleadores a gestionar la diversidad de forma tal que la misma se convierta en un factor positivo, tanto dentro de las relaciones laborales internas, como respecto a los beneficios que se derivan en el campo de la productividad. Además, se proponen herramientas que pueden ser implementadas en Costa Rica para mejorar la protección de la comunidad LGBT en el ámbito laboral.

Por otra parte, dentro de los avances logrados en el marco de la Alianza Empresarial para el Desarrollo, se debe mencionar que dentro de la misma se promueve, mediante la realización de capacitaciones, la implementación de la *(iv) norma internacional voluntaria ISO 26000: guía sobre responsabilidad social*; la cual fue emitida por la Organización Internacional de Normalización, que es una federación mundial de organismos nacionales de normalización.

En el caso de la norma ISO 26000, se busca promover la gestión de responsabilidad social en las organizaciones, tanto del sector público como privado, la que se justifica en:

El desempeño de una organización en relación con la sociedad en la que opera y con su impacto sobre el medio ambiente se ha convertido en una parte crítica al medir su desempeño integral y su habilidad para continuar operando de manera eficaz. En parte, esto es reflejo del creciente reconocimiento de la necesidad de asegurar ecosistemas saludables, equidad social y buena gobernanza de las organizaciones⁴⁹⁹.

La norma ISO 26000 contiene siete puntos estratégicos para lograr la responsabilidad social, los cuales son: (i) gobernanza de la organización; (ii) participación activa y desarrollo de la comunidad; (iii) derechos humanos; (iv) prácticas laborales; (v) medio ambiente; (vi) prácticas justas de operación; y (vii) asuntos de consumidores⁵⁰⁰. Es decir, dentro de las

⁴⁹⁹ “ISO 26000 Responsabilidad Social”. Organización Internacional de Estandarización. Accedido el 5 de abril de 2018 de: https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/discovering_iso_26000-es.pdf.

⁵⁰⁰ Ibidem.

materias fundamentales para la responsabilidad social se encuentran las prácticas laborales y los derechos humanos, lo que conlleva a que una empresa que quiera certificarse con la norma voluntaria ISO 26000, tenga un respeto pleno de los principios de igualdad y de no discriminación en el empleo respecto de las personas LGBT.

La AED, de la mano con el Gobierno de Costa Rica, durante la administración Solís Rivera (2014-2018), el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Embajada de Países Bajos, el Instituto Nacional de Aprendizaje, la Dirección General del Servicio Civil y las empresas Procter & Gamble, así como la ULACIT, establecieron una alianza público-privada a partir de la cual se emitió la *(v) Declaración de San José: 10 principios en contra de la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género y a favor de la promoción de los Derechos Humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI)*, en el año 2016, la cual se ha ratificado con el paso de los años.

Tal declaración tiene como propósito capacitar a las instituciones públicas en materia de derechos humanos de las personas LGBTI, con el fin de institucionalizar la inclusión por orientación sexual e identidad de género en el sector público, así como erradicar la discriminación sufrida por la población LGBTI en sus lugares de trabajo.

Los principios que contiene la Declaración de San José son:

1. La organización se compromete a promover los Derechos Humanos y la igualdad de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI).
2. La organización se compromete a eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género y a crear espacios de trabajo seguros y saludables para todos y todas sus colaboradoras.
3. La organización se compromete a realizar acciones de sensibilización y educación hacia su público interno en relación con los Derechos Humanos y el respeto de las personas LGBTI.
4. La organización se compromete a apoyar a líderes y grupos de afinidad de empleados LGBTI que promuevan espacios de trabajo inclusivos.

5. La organización se compromete a respetar los Derechos Humanos de las personas LGBTI en sus estrategias y acciones de mercadeo, comunicación y publicidad.
6. La organización se compromete a visibilizar públicamente la adhesión a esta declaración y sus principios a través de sus medios de comunicación y difusión institucionales.
7. La organización se compromete a promover el respeto a los derechos de las personas LGBTI en la planificación de productos, servicios y en la atención y servicio al cliente.
8. La organización se compromete a establecer mecanismos para recibir, dar seguimiento y solución a quejas y faltas relacionadas con los Derechos Humanos de las personas LGBTI y a cualquier caso de discriminación en su esfera de influencia.
9. La organización se compromete a establecer indicadores para medir la mejora continua en temas de inclusión laboral y respeto de los derechos de las personas LGBTI.
10. La organización se compromete a apoyar o participar en al menos una actividad para la promoción de los derechos humanos de las personas LGBTI desarrollada por un tercero al año⁵⁰¹.

Como pudo apreciarse, el objetivo primordial que tienen los principios antes transcritos está vinculado a la defensa de los principios de igualdad y de no discriminación en relación con las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, con el fin de crear entornos laborales más seguros y saludables para dicha población. Cabe señalar que, en el año 2018, la Declaración de San José fue firmada por más de 40 empresas, tanto del sector público como del privado, lo que constituye todo un avance por cuanto fue la primera vez que el sector público se sumó a esta iniciativa.

Los avances que se han realizado por parte de la Alianza Empresarial para el Desarrollo también son reconocidos por los miembros de la comunidad LGBT, como se

⁵⁰¹ Declaración de San José: 10 principios en contra de la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género y a favor de la promoción de los Derechos Humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI), 28 de junio de 2016.

puede apreciar en el siguiente relato:

Los esfuerzos de la AED son importantes. Generan capacitaciones y dan acompañamiento a las empresas para generar políticas. Han generado iniciativas como el trabajo que han hecho con la ULACIT que llevó a la inclusión de tres mujeres trans a las que becaron para que pudieran estudiar. En ese caso fue un proceso de inclusión laboral que lleva a una inclusión educativa por el tipo de servicios que desarrollan. **Hombre trans.**

Otro de los avances de los que se ha beneficiado la comunidad LGBT va de la mano con la creación de la *(vi) Cámara de Comercio Diversa de Costa Rica*. Dicha organización fue creada en el año 2015 con la misión de “Empoderar económicamente la población LGBTI+A mediante el desarrollo de oportunidades socio-económicas en el marco de la igualdad, generando inclusividad y respeto en la sociedad costarricense⁵⁰²”.

Dicha Cámara busca crear alianzas entre diversos sectores del país y empresarios que promuevan y defiendan los derechos de la comunidad LGBTI, con el fin de que se puedan forjar negocios bajo la bandera de los derechos humanos⁵⁰³. Además, esta organización busca apoyar iniciativas que pretenden contribuir al progreso del comercio de la comunidad LGBTI. Asimismo, la Cámara acompaña a sus asociados en diversos procesos que deben llevar a cabo ante instituciones públicas y privadas.

El trabajo realizado por la Cámara de Comercio Diversa también ha sido bien recibido por la comunidad LGBT, como puede apreciarse de seguido:

Los esfuerzos de la Cámara de Comercio Diversa, que tiene dos esfuerzos, el primero son programas de educación, información y capacitación con empresas de Costa Rica que buscan sensibilizar a las empresas y a los colaboradores, y trabajar con las empresas para que generen políticas de inclusión de la diversidad sexual, orientación sexual, identidad de género y expresión sexual. Además tiene un programa que es la certificación. Ellos trabajan con la empresa para brindarle las herramientas, estructuras que les permita ser inclusivas de la diversidad sexual. Hay una serie de requisitos que la empresa debe cumplir, debe llenar una serie de requisitos en relación con

⁵⁰² Cámara de Comercio Diversa de Costa Rica. Accesado el 5 de abril de 2018 de: <https://www.ccdcr.org/>.

⁵⁰³ Ibidem.

las personas, políticas de orientación sexual, políticas de inclusión de personas trans, para que puedan transicionar sin problemas, para que no haya discriminación de clientes. **Hombre trans.**

Se puede apreciar que la labor realizada por la organización en estudio comprende diversas actividades, que van desde el desarrollo de procesos de capacitación hasta la implementación de un programa de certificación después de que las empresas cumplen una serie de requisitos que van de la mano con el respeto de los principios de igualdad y de no discriminación, en razón de la orientación sexual y la identidad de género.

También debe recalcar que en el propio Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica se reconoce la labor que realiza la Cámara de Comercio Diversa, tal como se puede apreciar en el relato esgrimido por el señor Juan Alfaro, quien fungió como Viceministro de Trabajo y Seguridad Social en la Administración Solís Rivera (2014-2018):

Nosotros trabajamos con la Cámara de Comercio Diversa. Cuando hacen ferias de empleo nosotros estamos ahí apoyando. De hecho de ellos hemos aprendido mucho en cuanto al tema de los procedimientos que ellos utilizan, y que le recomiendan a las personas que forman parte de esa Cámara, de cómo deben llevar a cabo los procesos de reclutamiento del personal, sobre cómo se deben llevar a cabo esos procesos mejorándolos. Eso nos permite retroalimentarnos y poder observar qué políticas públicas o qué lineamientos para el sector en general podríamos ir aplicando. **Viceministro de Trabajo y Seguridad Social.**

En otras palabras, el mismo Ministerio de Trabajo y Seguridad Social reconoce que la Cámara de Comercio Diversa ha ejecutado políticas importantes, siendo que ellos mismos han intentado aprender y generar un proceso de retroalimentación con el propósito de recoger los aspectos positivos para implementarlos, por medio de políticas públicas que rijan para todo el sector laboral del país.

La población LGBT también se ha visto beneficiada por las múltiples *(vii) declaratorias de espacios libres de discriminación por orientación sexual e identidad de género* que se han emitido en diversas instituciones públicas y privadas bajo diferentes modalidades. Ejemplos de dichas políticas son: (i) el acuerdo SCU-982- 2011 del Consejo

Universitario de la Universidad Nacional; (ii) el acuerdo del Consejo Institucional del Instituto Tecnológico de Costa Rica, No. 2766 del año 2012; (iii) el acuerdo del Consejo Universitario de la Universidad de Costa Rica, No. 5554 del año 2011; (iv) el acuerdo VII de la sesión ordinaria No. 23 del Consejo Universitario de la Universidad Técnica Nacional del año 2012; (v) la directriz No. 025-2012- MTSS, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del año 2012; (vi) el acuerdo de la Junta Directiva No. 226-2013- JD-V2 del año 2013 tomado por el Instituto Nacional de Aprendizaje; y (vii) la circular No. 123-11: Política Respetuosa de la Diversidad Sexual del año 2011 de la Corte Suprema de Justicia.

Con el fin de ilustrar este tipo de políticas, se transcribirá el acuerdo del Consejo Universitario de la Universidad de Costa Rica, donde se declara que dicha casa de enseñanza superior es un espacio libre de discriminación por orientación sexual e identidad de género:

- 1. Declarar a la Universidad de Costa Rica como espacio libre de toda forma de discriminación, incluyendo la discriminación por orientación sexual e identidades de género.**
- 2. Reiterar el compromiso de la Universidad de Costa Rica con el respeto de los derechos humanos, la eliminación de toda forma de discriminación por orientación sexual e identidad de género, así como el fomento de una cultura de respeto a las diferencias.**
- 3. Solicitar a la Administración que declare de interés institucional las actividades que se realizan en el campus en conmemoración del Día Nacional e Internacional contra la Homofobia.**
- 4. Instar a la Administración a que realice una investigación para determinar el estado de las prácticas de discriminación en la Universidad de Costa Rica.**
- 5. Instar a las diferentes unidades académicas y unidades académicas de investigación a llevar a cabo actividades en torno a esta conmemoración y a generar procesos de reflexión en la comunidad universitaria y nacional para promover una cultura de respeto a la diversidad sexual.**
- 6. Publicar en diferentes medios de comunicación el presente acuerdo y darle la mayor difusión posible⁵⁰⁴. (El resaltado es del original).**

⁵⁰⁴ Consejo Universitario de la Universidad de Costa Rica. *Acta de la sesión extraordinaria No. 5554, celebrada el jueves 30 de junio del año 2011 y aprobada en la sesión No. 5569 del jueves 1 de setiembre del año 2011.*

Se puede apreciar, a partir del texto transcrito, que la Universidad de Costa Rica, en aras de salvaguardar y asegurar el cumplimiento de los derechos humanos y, por ende, de los principios de igualdad y de no discriminación, se ha declarado como un espacio libre de discriminación por orientación sexual e identidad de género. De modo que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans que laboran en dicho centro de estudios, así como sus alumnos, cuentan con esta tutela específica por parte de la mencionada universidad.

Dentro de los avances que deben destacarse, pues benefician en materia laboral a la población LGBT de Costa Rica, se encuentra la emisión del *(viii) Decreto Ejecutivo No. 38999*, y su reforma, el Decreto Ejecutivo No. 40422, a los cuales se ha hecho alusión en diversos segmentos de esta investigación. En los mencionados decretos se establece una serie de herramientas que tienen como propósito erradicar la discriminación hacia la población sexualmente diversa de las instituciones públicas, como lo son la creación de planes y de las comisiones institucionales para la igualdad y la no discriminación.

Como parte de su aplicación e implementación, diversas instituciones y órganos del Estado han elaborado planes institucionales contra la discriminación hacia la población sexualmente diversa, como en el caso del Ministerio de Condición de la Mujer. Además, se han llevado a cabo cambios a nivel de los reglamentos internos que permiten, entre otras cosas, otorgar licencias en casos de enfermedad o muerte del compañero sentimental, como se da en el caso del Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

En el *(ix) Instituto Nacional de Aprendizaje (INA)* se ha realizado una gran labor a favor de las personas LGBT. Dicha institución fue declarada libre de homolesbotransbifobia y desde el año 2017 cuenta con algunos programas exclusivos para las personas trans, los cuales tienen como objetivo brindar mayores oportunidades laborales a dicha población vulnerabilizada, que se caracteriza por tener bajos índices de escolaridad, debido a la gran deserción que viven en el sistema educativo. Incluso parte de la población trans que se ha visto beneficiada con los cursos impartidos por el INA ya cuenta con su título⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ Gobierno de la República de Costa Rica. “Gobierno lidera alianza público privada para capacitar a instituciones públicas en derechos humanos de personas LGBTI”. Accesado el 6 de abril de 2018 de:

Un aspecto de suma importancia para la población LGBT en el ámbito laboral está vinculado a la (x) *Caja Costarricense del Seguro Social*, específicamente lo relativo a las reformas realizadas al Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social en el año 2016, así como al Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de la misma CCSS en el año 2017. La importancia de dichas reformas radica en que se permite que se designe como beneficiario familiar de los mencionados seguros, a las parejas del mismo sexo, siempre que se cumpla con una serie de requisitos enlistados en los propios reglamentos.

Sobre dicha institución autónoma, debe señalarse que en el año 2017 se aprobó brindarles tratamiento hormonal a las personas trans. Asimismo, la CCSS realizó el 1° de setiembre del año 2017, en el auditorio del Colegio de Profesionales en Ciencias Económicas, el *Foro patronal laboral: ¿Cómo abordar la diversidad sexual en las organizaciones modernas?* En dicho foro, donde se abarcaron cuestiones relativas a la inclusión de las personas LGBT en los lugares de trabajo, se contó con la participación de los altos directivos de la CCSS, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como representantes de la Defensoría de los Habitantes, de la Asamblea Legislativa, empresas privadas y sociedad civil.

Otro aspecto a destacar es que con la (xi) *Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* se reitera la protección de las categorías de orientación sexual e identidad de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Además, se estableció la protección del cambio de nombre, de la adecuación de la imagen y la rectificación a la mención del sexo o género en los registros y documentos de identidad; lo que es de gran trascendencia, sobre todo para la población trans, debido a que en adelante puede existir una coincidencia entre su identidad y expresión de género con su nombre y demás datos personales, lo que les facilita su inserción en el mercado laboral.

Los avances relativos a la tutela efectiva de los derechos de las personas LGBT también se reflejan mediante la emisión de (xii) *el Decreto No. 7-2018-TSE, el Decreto*

<http://presidencia.go.cr/comunicados/2017/06/gobierno-lidera-alianza-publico-privada-para-capacitar-a-instituciones-publicas-en-derechos-humanos-de-personas-lgbti/>.

Ejecutivo No. 41173, la Directriz No. 15 y la Circular DP-001-2018. Esto porque con el Decreto emitido por el Tribunal Supremo de Elecciones se permite que las personas miembros de la comunidad LGBT puedan solicitar la expedición de su cédula de identidad para que su nombre sea acorde con su identidad sexual y de género. Además, con el Decreto Ejecutivo No. 41173 y la Directriz No. 15, se busca que la Administración Pública Central y Descentralizada posibilite la adecuación de los documentos y trámites para que se respete el derecho a la identidad sexual y de género.

Mientras que con la Circular DP-011-2018, se pretende lograr la capacitación de los funcionarios públicos mediante la utilización del curso virtual ***Caminando hacia la igualdad: por un servicio seguro e inclusivo para la población LGBTI***. En dicha circular se plantea la obligación a los jerarcas de la Administración Pública Central, los departamentos de recursos humanos y las comisiones institucionales para la población LGBTI de realizar un plan gradual que permita capacitar a los empleados del sector público en cuestiones relativas a la identidad sexual y de género, a la orientación sexual, entre otros.

Por otra parte, se desea recalcar ciertos hechos que, si bien no están vinculados estrechamente con el tema laboral, sí son representativos para la comunidad LGBT. En primer lugar, se tiene que desde el año 2003 en Costa Rica se celebra cada año la ***Marcha de la Diversidad***, en la que los miembros de la comunidad LGBTI+, así como sus aliados, marchan con el fin de demostrar lo que internacionalmente se conoce como el “orgullo diverso”. Asimismo, desde el año 2008 se celebra el 17 de mayo como el ***Día Nacional contra la Homofobia, la Lesbofobia, la Bifobia y la Transfobia***; siendo que, en el marco de dicha celebración, el 13 de mayo del año 2014, a cinco días de haber tomado el poder la administración Solís Rivera, se ***izó la bandera de la diversidad en la Casa Presidencial***, así como en otros recintos de diversos ministerios e instituciones públicas. Esto marcó todo un hito en la historia de la comunidad LGBT del país pues por primera vez la bandera de la diversidad fue izada en recintos estatales.

Mientras que el 17 de mayo del año 2018, el Presidente de la República, Carlos Alvarado Quesada, nombró al abogado Luis Eduardo Salazar Muñoz como ***Comisionado***

Presidencial para Asuntos de la Población LGBTI⁵⁰⁶. Desde ese momento, Salazar es el responsable de evaluar y dar seguimiento a los planes gubernamentales que promuevan la erradicación de la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género en todas las instituciones públicas.

En el mismo año 2018, específicamente el 8 de agosto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia emitió las ***resoluciones No. 12782 y No. 12783***, conforme a las cuales se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 14 inciso 6) y 242 del Código de Familia, así como del artículo 4 inciso m) de la Ley General de la Persona Joven, que prohibían celebrar matrimonios y uniones de hecho entre personas del mismo sexo. De modo que, conforme al texto de dichas resoluciones, la Asamblea Legislativa tiene un plazo de dieciocho meses, a partir de la publicación de las mismas en el Boletín Judicial, para regular lo relativo a las uniones entre personas del mismo sexo; y en el supuesto de que dicho plazo se venza sin la emisión de la legislación referida, las normas señaladas dejarán de ser parte del ordenamiento jurídico costarricense.

Finalmente, es necesario reseñar ***la firma de cuatro decretos ejecutivos y de dos directrices por parte del Poder Ejecutivo***⁵⁰⁷ el pasado 21 de diciembre del año 2018, los cuales buscan cumplir con lo dispuesto por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-24/17 y por la Sala Constitucional en las resoluciones No. 12782 y No. 12783. Dentro de los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo se encuentra el (i) ***Decreto Ejecutivo No. 41329-MGP: Reglamento para el reconocimiento de derechos migratorios a parejas del mismo sexo***, el cual regula, provisionalmente, el reconocimiento de dicha clase de derechos derivados de las uniones o matrimonios entre parejas binacionales del mismo sexo.

⁵⁰⁶ Andrea Mora, “Gobierno nombra comisionado para tratar asuntos LGBTI”. Sitio de internet ElPaís.cr. San José, Costa Rica, 17 de mayo de 2018. Accesado el 25 de mayo de 2018 de: <https://www.elpais.cr/2018/05/17/gobierno-nombra-comisionado-para-tratar-asuntos-lgbti/>.

⁵⁰⁷ Gobierno de la República de Costa Rica. “Decretos y directrices para garantizar derechos de las personas LGBTI sin discriminación”. Accesado el 28 de diciembre de 2018 de: <https://presidencia.go.cr/comunicados/2018/12/decretos-y-directrices-para-garantizar-derechos-de-las-personas-lgtbi-sin-discriminacion/>.

También se emitió el (ii) *Decreto Ejecutivo No. 41337-MGP: Reglamento para el reconocimiento del derecho a la identidad sexual y de género a personas extranjeras en el Documento de Identidad y Migratorio para Extranjeros (DIMEX)*, el cual busca regular la adecuación del nombre, imagen, y referencia al sexo o al género en ese tipo de documentos para que sea acorde con la autopercepción de la persona. Asimismo, se firmó el (iii) *Decreto Ejecutivo No. 41496-S: Declaratoria de interés público y nacional del Protocolo de Atención Integral de Personas Trans para la hormonización en la red de servicios de salud*, el cual tiene como propósito “brindar atención integral a las personas trans, con el fin de que utilicen tratamientos prescritos por un especialista, con la seguridad y calidad debida, a fin de puedan tener una vida plena⁵⁰⁸”.

El último decreto firmado fue el (iv) *Decreto Ejecutivo No. 41313-S: Reforma al Decreto Ejecutivo No. 41313-S para declarar el 17 de mayo como el “Día Nacional contra la Homofobia, la Lesbofobia, la Bifobia y la Transfobia”*. Mientras que dentro de las directrices emitidas está la (v) *Directriz No. 038-MIVAH: Acceso a bonos familiares de vivienda a parejas del mismo sexo*, la cual permite que las parejas del mismo sexo tengan la posibilidad de acceder a bonos de vivienda en igualdad de condiciones. Finalmente, se tiene la (vi) *Directriz No. 037-MJP-MCJ: Eliminar la prohibición y sanción a notarios que celebren y presenten matrimonios ante el Registro de personas del mismo sexo*.

Ahora bien, después de haber resaltado los avances más importantes que se han presentado a favor de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en el ámbito laboral, se requiere hacer mención de los principales desafíos que encuentra la población objeto de este desarrollo académico en sus lugares de trabajo.

Uno de los principales desafíos que enfrenta la población LGBT en sus lugares de trabajo está vinculado a la (i) ***educación, la capacitación y el acceso a la información***. Esto se ve reflejado en los resultados obtenidos en el estudio *Evaluación de actitudes hacia los derechos de las personas LGBT: El Salvador, Panamá y Costa Rica*⁵⁰⁹. En dicho estudio se

⁵⁰⁸ Ibidem.

⁵⁰⁹ Sobre el estudio *Evaluación de actitudes hacia los derechos de las personas LGBT: El Salvador, Panamá y Costa Rica*, ver página 211.

analizó el rechazo a la discriminación que poseen las personas según el nivel educativo que ostentan, siendo que los resultados obtenidos se aprecian de seguido:

Cuadro 8. Rechazo a la discriminación que poseen las personas según el nivel educativo que ostentan

NIVEL EDUCATIVO	N	Media	Desv, típ,
Ninguno	6	52,8274	34,51752
Primaria incompleta	35	79,2347	28,10506
Primaria completa	55	88,6201	18,14437
Secundaria o técnica incompleta	89	92,8571	11,78067
Secundaria completa	75	93,5952	12,55450
Universitaria incompleta	68	92,0299	18,18549
Universitaria completa	67	91,8044	16,71028
Total	395	90,2712	18,14159

Fuente: Fundación Pan para el Mundo et al.⁵¹⁰.

Según los resultados recabados, cuanto mayor es el nivel educativo de las personas entrevistadas, mayor es su rechazo hacia la discriminación; a *contrario sensu*, entre menor es el nivel educativo de los entrevistados, menor es su rechazo a su discriminación. Esto permite apreciar con mayor claridad que la educación está ligada al tema del respeto de los principios de igualdad y de no discriminación, pues la misma permite combatir mitos, estereotipos, estigmas y prejuicios que existen en relación con la población LGBT.

Lo anterior es compartido por los propios miembros de la comunidad LGBT, tal como puede apreciarse en el siguiente relato:

Se pueden eliminar los prejuicios poco a poco. Se podrían eliminar con educación de que las personas de la comunidad LGBT no somos personas que buscamos hacer un daño a alguien. Educando acerca de que también somos personas, que tenemos capacidades para trabajar de forma excelente, que somos seres humanos a final de cuentas. Que entendemos la capacidad de hacer un excelente trabajo sea el que sea y eso no depende de nuestra orientación sexual. **Mujer bisexual 1.**

⁵¹⁰ Fundación Pan para el Mundo, Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC), Espacio mujeres lesbianas salvadoreñas por la diversidad (ESMULES) y Asociación hombres y mujeres nuevos de Panamá (AHMNP), Evaluación de actitudes hacia los derechos de las personas LGBT: El Salvador, Panamá y Costa Rica (2014).

En otras palabras, la población LGBT en Costa Rica cuenta con una herramienta que debe ser utilizada con sumo cuidado, como lo es la educación, debido a que mediante la misma se puede enseñar a todas las personas, comenzando desde edades tempranas, que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, y que cualquier diferenciación, carente de una justificación objetiva y razonable, es contraria a los derechos humanos.

En este sentido, debe aclararse que en Costa Rica queda mucho trabajo por hacer; sin embargo, debe destacarse el esfuerzo realizado por el Ministerio de Educación Pública, durante la administración Solís Rivera (2014-2018), mediante la implementación de los *programas de estudios de educación para la afectividad y sexualidad integral*. Mediante dichas guías, el mencionado ministerio busca que los estudiantes tengan claro que todas las personas tienen derecho a vivir su sexualidad sin importar, entre otras cosas, su orientación sexual, su sexo, su género o su identidad de género.

La trascendencia de esos programas es reconocida por los miembros de la comunidad LGBT, tal como se aprecia a continuación:

Tiene que haber un proceso mayor de educación que le corresponde al Estado. Es un gran paso que se den programas de educación en sexualidad. Hay que hacer esfuerzo para educar a las personas que no están en el colegio para transformar la homofobia que está tan internalizada e institucionalizada.
Hombre trans.

No obstante lo anterior, los programas de afectividad y sexualidad integral, desarrollados por el Ministerio de Educación Pública, han sido rechazados por parte de la población conservadora del país, quienes consideran que dichos programas promueven la homosexualidad, la ideología de género y las relaciones tempranas entre los menores de edad, por citar algunos ejemplos. Sin embargo, el contenido de los programas de afectividad y sexualidad dista de dichos tópicos y, en realidad, lo que busca es educar a los jóvenes del país para que comprendan las diferencias sobre la base del respeto y no sobre el odio.

No puede dejarse de lado que dichos procesos educativos no sólo deben llegar a la población más joven del país, sino a la sociedad en general, incluidas, por supuesto, las

personas lesbianas, gays, bisexuales y trans. Esto por cuanto existe una falta de información y capacitación sobre los derechos que forman parte de las esferas jurídicas de las personas LGBT, cuestión que se ejemplifica de seguido:

Lo saben los dirigentes, pero no el pueblo, es decir, no se hace absolutamente nada. No se aplica porque la gente no lo sabe. **Mujer trans.**

Por lo que puede apreciarse que la educación va de la mano con la información y capacitación que debe recibir la población LGBT y que en la actualidad no se da de la forma adecuada. Esto se considera debido a que, a pesar de que existen herramientas creadas por diversos instrumentos normativos que tutelan los derechos laborales de las personas LGBT, éstas no conocen cuáles son esos derechos y herramientas. En el testimonio que se procederá a exponer se puede observar lo antes dicho:

Los mecanismos me parecen inefficientes porque yo como trabajadora desconozco que exista una entidad a la que pueda acercarme para alegar algún tipo de disconformidad laboral al respecto. **Mujer bisexual 1.**

De modo que existe una deficiencia en el tema de la comunicación por parte de las instituciones y organismos encargados, como lo es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En palabras de uno de sus ex viceministros durante la administración Solís Rivera (2014-2018):

El Estado cada vez tiene que ir tratando de digitalizarse más. En el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hemos intentado implementar de lleno la ley de simplificación de trámites que lo que hace es que las personas tengan que venir aquí por lo que es humanamente imposible que no. Pero buscamos que tengan la información en la página web, a la mano. (...) Lo principal es saber que los sitios tienen que ser amigables para que las personas puedan encontrar la información ahí. **Viceministro de Trabajo y Seguridad Social.**

En otras palabras, en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social son conscientes de que existe la necesidad de tomar medidas que permitan que los trabajadores tengan un mejor acceso a la información, sobre todo, considerando que generalmente los trabajadores se encuentran en una situación de desigualdad en las relaciones laborales.

No obstante, el problema del acceso a la información no sólo recae en las instituciones públicas, en las organizaciones de trabajadores, del colectivo LGBT, entre otros; sino que los medios de comunicación también poseen una cuota de responsabilidad, tal como se afirma en el relato de un hombre trans:

Uno de los problemas que hay en Costa Rica es que la administración actual ha hecho esfuerzo por generar decretos y promover políticas que promueven la inclusión de las personas de la comunidad y la no discriminación en el tema laboral, lo que tiene que ver con la salud y con el acceso a la educación que son derechos humanos. (...) Les ha faltado una política de educación y difusión. Está muy ligado a que los medios de comunicación no hacen periodismo jurídico de calidad. Eso lleva a que cuando han salido los decretos las noticias entorno a decretos no profundiza en beneficios. Es tan superficial que a menos de que las personas de la comunidad hagan el esfuerzo de capacitarse no tienen información. **Hombre trans.**

En Costa Rica existe un desafío en temas relativos a la educación, capacitación y acceso a la información respecto a los derechos laborales de las personas LGBT; cuestión que debe ser abordada de forma integral para que logren mejorar las condiciones de trabajo de las personas LGBT en el país, así como su calidad de vida en general. Esto por cuanto, si se mejora el conocimiento de la población sobre las herramientas que existen para tutelar esa clase de derechos, es más probable que disminuyan los actos discriminatorios motivados en la orientación sexual o la identidad de género de las personas; bien sea por una mejor capacitación en el respeto de los derechos humanos, bien sea por un mayor conocimiento de los mecanismos de denuncia de dicha clase de tratamiento.

Otro de los desafíos que enfrenta la población LGBT en Costa Rica, respecto a sus ámbitos de trabajo, está ligada a *(ii) la falta de políticas institucionales proactivas* que permitan combatir la discriminación institucionalizada, o estructural, por motivos de orientación sexual e identidad de género, la cual se refleja, por ejemplo, en la repetición de bromas con contenido homo-lesbo-bi-trans-fóbico.

Según lo dispuesto por la OIT en el antes analizado estudio *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación*

sexual e identidad de género en Costa Rica, las políticas institucionales proactivas deben funcionar con el fin de promover la eficacia de las normas jurídicas existentes⁵¹¹.

Dentro de las medidas que deberían ser tomadas en cuenta por los empleadores públicos y privados, con el fin de tutelar los derechos laborales de las personas LGBT se encuentran⁵¹²: (i) la inducción sobre el respeto de los derechos humanos y no discriminación, lo cual se puede conseguir con la creación y difusión de una política de no discriminación; (ii) las campañas de sensibilización para la prevención de discriminación; (iii) los mecanismos claros y eficientes de denuncia, investigación y sanción que permitan que las personas LGBT puedan acudir en caso de que sufran una violación de sus derechos; y (iv) el involucramiento de mandos altos y medios, de manera que se tenga claro que existe una política de cero tolerancia a la discriminación en los lugares de trabajo.

Un desafío que existe sobre el tema objeto de esta investigación vincula a *(iii) la eliminación de barreras de acceso al mercado laboral y la responsabilidad social empresarial* como una herramienta beneficiosa, tanto para los empleadores como para los trabajadores miembros de la comunidad LGBT. Al respecto, existe un consenso sobre la necesidad de que se derriben las barreras que impiden que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans puedan tener un acceso al empleo, siendo que los mecanismos para lograrlo que se han puesto en práctica son múltiples y variados. Dentro de estos se encuentra, por mencionar alguno, la apertura de cursos por parte del Instituto Nacional de Aprendizajes para la población trans, lo cual les permite a los miembros de dicha población tener mayores oportunidades para conseguir un empleo.

Sin embargo, otras personas consideran necesario tomar otras acciones como:

Se podría crear una ley positiva. Se podría decir que las empresas tengan que tener un 10% de los empleados de la comunidad LGBT. Muchos heterosexuales podrían decir que son LGBT para que los contraten. **Activista.**

⁵¹¹ Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo: *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. (Ginebra, 2016), 66.

⁵¹² Ibidem., 65-66.

Se debe expresar el rechazo a ese tipo de medidas debido a que las mismas no parecen tener viabilidad práctica, pues para aplicarlas se debería comenzar por preguntarles a los potenciales empleados cuál es su orientación sexual y su identidad de género, lo que sería invadir su esfera privada. En cambio, se podrían utilizar otras herramientas, como la *responsabilidad social empresarial*, la cual se explica de la siguiente manera:

Responsabilidad social de la empresa: potencial para promover la igualdad. Los programas de responsabilidad social de la empresa (RSE) se adoptaron en respuesta a la expansión de los mercados de empleo globales como «reflejo de la manera en que las empresas toman en consideración las repercusiones que tienen sus actividades sobre la sociedad, y en la que afirman los principios y valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos como en su relación con los demás actores. La RSE es una iniciativa de carácter voluntario y que sólo depende de la empresa, y se refiere a actividades que se considera rebasan el mero cumplimiento de la legislación⁵¹³.

En otras palabras, si las empresas eliminan las mencionadas barreras de inserción al mercado laboral para las personas LGBT y se promocionan como lugares libres de discriminación por orientación sexual e identidad de género, pueden no sólo atraer el talento de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans a sus lugares de trabajo, sino que también su productividad puede aumentarse debido a la manera en la que se estaría promocionando.

Al respecto, debe considerarse lo siguiente:

Luego, la forma en la que se atrae talento es importante. No se puede pretender traer al mejor personal a una organización en la que existen antecedentes de problemas de discriminación pues la sociedad va cambiando y los trabajadores de ahora no sólo se enfocan en el dinero que reciben como salario, sino que también se enfocan en los beneficios que una empresa da, qué ambiente va a encontrar, qué compañeros, qué positivismo va a existir en una organización.

(...) En lugares de turismo donde las personas LGBT pueden disfrutar de instalaciones sin que tengan ningún problema por las personas que trabajan en el lugar, de las personas que van ahí, eso ayuda. El posicionamiento de productos, de marcas que sean responsables, posiciona su marca y logran que

⁵¹³ Organización Internacional del Trabajo. *Informe la igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. (Reunión 96. 2007), 105.

un grupo de personas, que de hecho una de las características que tienen es que son consumidores muy leales, además de que son muy buenos consumidores, por lo que les permite mejorar y hacer crecer su negocio.
Viceministro de Trabajo y Seguridad Social.

Lo anterior está estrechamente vinculado a otro desafío que se tiene respecto a la protección de los derechos de la comunidad LGBT en el ámbito laboral, como lo es *(iv) la gestión de la diversidad*. Dicha gestión de la diversidad es entendida como “el desarrollo activo y consciente de un proceso de aceptación y utilización de ciertas diferencias y similitudes como potencial en una organización, un proceso que crea valor añadido a la empresa, un proceso de gestión comunicativo, estratégicamente basado en valores y orientado hacia el futuro⁵¹⁴”.

En el Manual de Formación en Gestión de la Diversidad creado por el Programa de Acción de la Comunidad Europea para combatir la discriminación de la Comisión Europea, se establece que:

A la vez de mejorar la Diversidad del personal, las empresas también necesitan la habilidad de gestionarlo eficazmente y crear entornos que aseguren el respeto y la equidad para todos. Las empresas han respondido a esta necesidad implementando una serie de políticas de recursos humanos y programas dirigidos a mejorar el entorno y la experiencia del personal. Estas incluyen: políticas contra el acoso, políticas de trabajo flexible y de trabajo en casa, procedimiento conciliatorio, políticas y procedimientos para reclamaciones y seguridad en el trabajo, junto con sistemas de información de gestión y registro para medir los progresos contra los objetivos de igualdad⁵¹⁵.

De forma que las empresas no sólo deben permitir la inserción en sus lugares de trabajo de personas de la comunidad LGBT para diversificar su planilla laboral, sino que además deben implementar medidas y/o políticas para gestionar esas diferencias de forma tal que les brinden réditos, tanto a nivel interno como externo.

⁵¹⁴ Comisión Europea: Programa de Acción de la Comunidad Europea para combatir la discriminación (2001-2006). *Manual de Formación en Gestión de la Diversidad*. (2007), 8.

⁵¹⁵ Ibidem., 14.

Para lograr la gestión de la diversidad, el manual antes citado enlista una serie de pasos⁵¹⁶: (i) creación de un Comité Directivo de la Diversidad que trabaje de la mano con la dirección de la empresa; (ii) creación de un Taller de Construcción de Escenarios donde se prevea lo que podría afrontar la empresa para el futuro, de acuerdo con el manejo que se haga de la diversidad; (iii) a partir de la selección de uno de los escenarios mencionados, se debe formular la visión y misión de la empresa tomando en consideración las fortalezas y debilidades de la misma, con el fin de crear la estrategia que va a utilizarse para implementar la gestión de la diversidad.

Cumplidos los pasos mencionados, la empresa debe⁵¹⁷: (iv) realizar un proceso de auditoría para determinar cuál es su situación respecto a la gestión de la diversidad, siendo que los resultados deben ser revisados por el Comité de Dirección; (v) de seguido debe definir los objetivos generales para implementar la gestión de la diversidad, los cuales deben ir de la mano con la estrategia antes establecida; y (vi) finalmente, se debe implementar la gestión de la diversidad como tal; es decir, se pone en práctica lo antes esbozado, siendo que el comité directivo debe cumplir una función de supervisión y dirección de todo el proceso.

Sobre este tema, el ex Viceministro de Trabajo y Seguridad Social, señaló que:

Hasta por negocio resulta útil empaparse de este tipo de cosas pues cuando un empresario adopta este tipo de cosas, el tema de la productividad se le va a ver aumentado. E incluso dependiendo del tipo de negocio que tenga, si es una empresa que se caracteriza por tener prácticas de este tipo que busca impulsar este tema no sólo con sus trabajadores sino que dentro de su organización tienen ambientes libres de discriminación por temas de orientación sexual, se posicionan en un mercado más crecientes. **Viceministro de Trabajo y Seguridad Social.**

De modo que la gestión de la diversidad no sólo genera una mayor inclusión de las personas LGBT en sus lugares de trabajo, sino que también trae beneficios positivos para las propias empresas, las cuales promocionan su imagen externa. Ejemplo de este tipo de

⁵¹⁶ Ibidem., 18-20.

⁵¹⁷ Ibidem.

prácticas se encuentra en las empresas que forman parte de la antes analizada Alianza Empresarial para el Desarrollo.

Sin embargo, en Costa Rica no es común ver en la práctica este tipo de iniciativas empresariales y, por el contrario, son más frecuentes los casos en los que se toman en cuenta cuestiones personales de los trabajadores, como lo son su orientación sexual o su identidad de género, para tomar una decisión respecto a la contratación, despido o promoción que se le pueda dar, por mencionar algunos casos, y no su productividad. Es decir, en muchos casos, el parámetro de evaluación que se utiliza en los lugares de trabajo está vinculado más a la orientación sexual y/o la identidad de género del trabajador, en lugar de estar relacionado con la productividad que éste tiene respecto al cumplimiento de sus labores.

Otro de los retos que se tienen en la actualidad sobre el tema objeto de este proyecto de investigación está relacionado con *(v) la participación de las organizaciones sindicales y de los colectivos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans* en el país. Sobre este tema se tiene que, si bien es cierto que los colectivos LGBT constituyen actores sociales que luchan por defender los derechos de las personas LGBT en Costa Rica, lo cierto del caso es que su mirada no se ha centrado en gran medida en el ámbito laboral. Es decir, este tipo de organizaciones han enfocado sus esfuerzos en luchas relativas al matrimonio igualitario o en la adopción de menores de edad, temas que sin duda son de vital trascendencia, pero eso los ha llevado a descuidar otros aspectos relevantes, como lo es la situación que viven en sus lugares de trabajo los miembros de dicho colectivo.

Mientras que los sindicatos han realizado algunas luchas a favor de los derechos laborales de la comunidad LGBT, como lo fue, por ejemplo, el impulso que realizaron respecto a la creación y aprobación de la reforma procesal laboral, en la que se logró incluir como causal de discriminación a la orientación sexual. No obstante, las organizaciones sindicales no han incluido como punto prioritario en su agenda la defensa de los derechos laborales de las personas objeto de este estudio, lo cual debería cambiar en el futuro cercano para asegurar que la comunidad LGBT goce de mejores condiciones en sus lugares de trabajo.

Un punto que resulta de vital importancia y que no ha sido abordado de forma adecuada en la actualidad es el relativo a *(vi) las denuncias* por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, como consecuencia de la vivencia de actos discriminatorios motivados en su orientación sexual o su identidad de género en sus lugares de trabajo, o como consecuencia de éste, las cuales son escasas.

Sobre este tema, es importante que las personas LGBT tengan conocimiento de las instancias a las que pueden acudir en caso de sufrir un acto discriminatorio derivado de su orientación sexual o de su identidad de género, además de que gozan de la garantía de indemnidad. Dicha garantía de indemnidad es definida como:

(...) la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, toda vez que del ejercicio de la acción judicial, o de sus actos preparatorios, incluyendo denuncias administrativas a la Inspección de Trabajo e incluso las reclamaciones internas en el ámbito de la empresa, no pueden derivar “consecuencias negativas” para el trabajador, toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 42.1. CE) no se satisface sólo “mediante la actuación de Jueces y Tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad⁵¹⁸.

Además, la tutela de indemnidad está contemplada tanto por el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo como por el Código de Trabajo de Costa Rica, en sus artículos 5⁵¹⁹ y 12⁵²⁰, respectivamente. Por lo que es necesario que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans tengan conocimiento de que en caso de sufrir un acto discriminatorio pueden realizar la denuncia correspondiente sin que su estabilidad laboral peligre; siendo que si llegan a sufrir una violación a dicha garantía de indemnidad pueden acudir a la vía judicial para actuar de conformidad con el proceso sumarísimo previamente explicado.

⁵¹⁸ Ignacio García Perrote Escartín. *Manual de Derecho del Trabajo*. 6 ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), 168.

⁵¹⁹ Convenio no. 158 sobre la discriminación (empleo y ocupación), Organización Internacional del Trabajo (OIT), 23 de noviembre 1985, artículo 5: “Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: (...) (c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes (...)”.

⁵²⁰ Código de Trabajo de Costa Rica, 27 de agosto 1943, artículo 12: “Queda prohibido a los patronos despedir a sus trabajadores o tomar cualquier otra clase de represalias contra ellos, con el propósito de impedirles demandar el auxilio de las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento y aplicación del presente Código, de sus Reglamentos y de sus leyes conexas”.

Otro de los desafíos a los que se enfrenta la población objeto de este ejercicio investigativo es a (vii) *la descoordinación* de esfuerzos entre los diversos actores sociales sobre la implementación de políticas para mejorar la defensa y protección de los derechos laborales de la comunidad LGBT. Ejemplo de ello se expresa en el siguiente testimonio:

Entonces creo que todavía falta un largo trabajo, primero, un proceso de articular al Estado con las organizaciones no gubernamentales de la sociedad civil, estas otras organizaciones como colegios profesionales, cámaras empresariales, y sobre todo de cara a la sociedad civil. Y por otro lado, para concretar, siento que falta un proceso de educación y capacitación del Estado, tiene que ser una política gubernamental de capacitar y formar a sus empleados. De forma que las leyes y reglamentos no se queden en el papel, sino que se conviertan en realidades que permitan que entonces la gente genere un cambio social y nos den a nuestra comunidad la posibilidad de gozar de esos derechos. **Hombre trans.**

Ergo, es imprescindible que los diversos actores sociales involucrados en el tema, como lo son el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como otros organismos estatales, organizaciones no gubernamentales, empresas privadas, colectivos LGBT, sindicatos, entre otros, tracen un plan de trabajo que les permita articular esfuerzos, evitar la duplicidad de funciones, o alegar la falta de competencia. Todo esto con el propósito de lograr que las personas LGBT puedan gozar de mejores condiciones de trabajo.

Finalmente, debe mencionarse que el hecho de que Costa Rica continúe siendo un (viii) *Estado confesional*⁵²¹ tiene una connotación negativa para la comunidad LGBT. La confesionalidad del Estado costarricense significa que la religión católica es la religión del Estado, lo cual no implica que se impida el ejercicio de otras religiones o cultos. Deben considerarse los resultados arrojados por el estudio *Evaluación de actitudes hacia los derechos de las personas LGBT: El Salvador, Panamá y Costa Rica*⁵²², donde se analiza el

⁵²¹ Constitución Política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre 1949, artículo 75: “La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres”.

⁵²² Sobre el estudio *Evaluación de actitudes hacia los derechos de las personas LGBT: El Salvador, Panamá y Costa Rica*, ver página 211.

rechazo a la discriminación según la religión.

Cuadro 9. Rechazo a la discriminación que poseen las personas según la religión que practican

RELIGIÓN	N	Media	Desv, típ.
Ninguna	32	91,3783	18,71720
Católica	282	90,8688	17,34404
Evangélica	48	85,5841	24,59368
Otros grupos cristianos	14	94,9617	5,51070
Judía	1	43,7500	,
Otra	18	91,1210	10,39651
Total	395	90,3052	18,14556

Fuente: Fundación Pan para el Mundo et al⁵²³.

Según los datos obtenidos, en Costa Rica el rechazo a la discriminación es mayor en aquellas religiones cristianas que no son la católica o la evangélica. Lo que implica que, en las religiones con mayores seguidores en Costa Rica, como lo son las antes mencionadas, el rechazo a la discriminación no es tan alto como en otras religiones cristianas. Esto tiene una implicación directa en la percepción que dichos seguidores poseen respecto de las personas LGBT, debido a que, según sus creencias, los miembros de dicha comunidad incurren en la comisión de pecados.

El problema de esto es que la Iglesia, al ser uno de los principales agentes socializadores, reproduce mensajes de diferenciación en relación con las personas LGBT, que calan en sus seguidores y que son, a su vez, reproducidos por ellos. Para contextualizar lo dicho, se tiene lo mencionado por Bourdieu respecto a la diferenciación sexual:

(...) la dominación masculina presupone que las actividades y actitudes tanto de mujeres como de hombres están marcadamente diferenciadas por su género; la división sexual es un principio básico de la violencia simbólica en este tipo de estructura. Este principio de diferenciación sexual es adoptado y reproducido desde la base de lo familiar, mediante disposiciones que se hacen pasar como naturales, al ser incorporadas y programadas en el juego simbólico

⁵²³ Fundación Pan para el Mundo, Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC), Espacio mujeres lesbianas salvadoreñas por la diversidad (ESMULES) y Asociación hombres y mujeres nuevos de Panamá (AHMNP), Evaluación de actitudes hacia los derechos de las personas LGBT: El Salvador, Panamá y Costa Rica (2014).

del lenguaje, del sentido común, o de lo dado por descontado. De esta manera el Estado, la iglesia o la escuela, son instituciones que se configuran simbólicamente para perpetuar y reafirmar ese principio de diferenciación sexual que se reproduce desde el nicho familiar y que obliga a una deshistorialización⁵²⁴.

En otras palabras, al ser la religión oficial del Estado la católica, se le brinda mayor protección al mensaje dictado por dicha estructura religiosa, el cual contiene una marcada percepción negativa sobre las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans; lo que termina generando múltiples consecuencias negativas para este grupo de personas, que incluyen las experiencias que viven en sus lugares de trabajo.

Debe tomarse en cuenta que los profesantes de alguna religión que considere que los miembros de la población LGBT son *pecadores*, *enfermos*, *personas anormales*, entre otras acepciones, podrían querer alegar *objeción de conciencia*⁵²⁵ para escudarse de cumplir normas que reconocen derechos de la población LGBT. Sin embargo, debe considerarse que, al evaluar la procedencia de la objeción de conciencia, debe analizarse el caso concreto y ponderar los bienes jurídicos que se encuentran en juego, entre ellos la libertad de culto y los principios de igualdad y de no discriminación. Por lo que, ante un caso en el que se alegue la objeción de conciencia, el juzgador debe tomar en consideración que podrían vulnerarse dos de los pilares fundamentales sobre los que descansan los derechos humanos.

Por todo lo anterior, es necesario que el Estado costarricense sea laico, sobre todo, para garantizar los principios de igualdad y de no discriminación de todas las personas, incluidas las que forman la comunidad LGBT. Esta cuestión se refleja en el siguiente relato:

Se podría empezar a nivel legislativo a eliminar cualquier partido que tenga un corte religioso porque lo que yo considero discriminación por orientación sexual a nivel de partidos políticos proviene de partidos con una clara tendencia religiosa. **Mujer bisexual 1.**

⁵²⁴ Wilson Castañeda Castro et al., *Raros... y oficios: diversidad sexual y al mundo laboral: discriminación y exclusión*. (Medellín, Colombia: Corporación Caribe Afirmativo, Escuela Nacional Sindical, 2013), 22.

⁵²⁵ Sobre el análisis de la objeción de conciencia, ver páginas 113-116.

Ergo, a pesar de los esfuerzos realizados por diversos actores sociales a lo largo de los años, las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans afrontan en la actualidad condiciones laborales en las que se ven expuestas a sufrir actos discriminatorios en razón de su orientación sexual o su identidad de género; todo lo cual deviene en la violación de los principios de igualdad y de no discriminación.

Conclusiones del Capítulo II

Las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans son grupos vulnerabilizados que enfrentan una difícil realidad en su experiencia laboral. Para empezar, según los resultados arrojados por la sección a) de este desarrollo capitular, a pesar de que la población costarricense, en su mayoría, dice estar de acuerdo con la igualdad de derechos de las personas LGBT, lo cierto del caso es que en la práctica gran parte de los costarricenses son conservadores, lo cual genera que la discriminación estructural de la que es víctima la comunidad LGBT perdure en el tiempo. De manera que en la actualidad persisten prejuicios que llevan a crear diferenciaciones injustificadas en detrimento de dicha población vulnerabilizada, lo cual atenta contra los principios de igualdad y de no discriminación.

Otro aspecto que se quiere señalar es que el hecho de que esta población sea agrupada bajo el acrónimo LGBT ha llevado a crear muchas consecuencias negativas, en lugar de las positivas que se buscaba al formar un colectivo. Lo anterior se debe a que la realidad y las necesidades de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans no son las mismas, puesto que cada uno de dichos grupos posee sus propias características y particularidades.

Existe una grave discriminación en contra de las personas LGBT en el ámbito laboral que se da desde el proceso de selección y contratación de las mismas, es decir, desde la etapa precontractual de la relación laboral. Eso se produce debido a que existen empresas, tanto del sector público como del privado, donde la *Homo-Lesbi-Bi-Trans fobia* está institucionalizada, en otras palabras, donde el empleado que desean no puede pertenecer a la comunidad LGBT. Por lo que queda claro que el hecho de que exista normativa que prohíbe de forma clara la discriminación por motivos de orientación sexual en el acceso al empleo, no es óbice para garantizar que dichas normas tengan una verdadera eficacia.

Por otra parte, aunque dichas empresas no tengan una *Homo-Lesbi-Bi-Trans fobia* institucionalizada, muchas veces los cargos medios, donde recae la decisión de la contratación del personal, poseen pensamientos negativos en contra de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans. Por lo que no son pocos los casos en los que la persona miembro de la comunidad LGBT cumple con los requisitos que exige el puesto de trabajo para el que está optando, mas no cuenta con la anuencia de los seleccionadores debido a que su orientación sexual o su identidad de género no es bien recibida por dichas personas.

En caso de que las personas LGBT logren acceder al puesto de trabajo para el que estaban concursando, muchas veces se ven expuestas a comportamientos discriminatorios por parte de sus compañeros o de sus superiores inmediatos. Eso conlleva a que el ambiente laboral en el que tiene que desenvolverse la población LGBT no sea el más adecuado, siendo que en muchos casos sufren de acoso laboral, y eso termina llevándolos a optar por poner fin a la relación laboral mediante la interposición de la renuncia. No obstante, debe tenerse claro que en esos casos en realidad opera una suerte de despido indirecto, en el que los trabajadores son forzados, por sus jefes o sus compañeros de trabajo, a abandonar su empleo debido a la comisión de actos que violentan los principios de igualdad y de no discriminación.

En la actualidad se han dado avances importantes respecto de la defensa y protección de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en el Derecho del Trabajo, que permiten que dichas personas, al ser víctimas de actos discriminatorios en las diversas etapas de la relación laboral, sobre la base de su orientación sexual o su identidad de género, puedan utilizar mecanismos para defender sus derechos. Dentro de esas herramientas se encuentra la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, la cual cuenta con la posibilidad de tramitar denuncias ante la comisión de actos que infrinjan las leyes de trabajo.

Otra herramienta que se encuentra a disposición de la población LGBT es el proceso sumarísimo contemplado en el Código de Trabajo para conocer, entre otros, casos relativos a situaciones en las que medie algún tipo de discriminación. Este proceso acorta los plazos de tramitación y prevé una flexibilización de la prueba al establecer que la supuesta víctima debe construir un panorama de indicios sobre los que fundamenta la comisión de un acto

discriminatorio, mientras que al empleador le corresponde demostrar que su decisión se fundamenta en una causa objetiva, razonable y proporcional.

Además, si mediante el proceso sumarísimo se logra comprobar que el acto impugnado fue discriminatorio, en cualquiera de las etapas de la relación laboral, se procedería a sancionar a su responsable con una falta grave y se declararía la nulidad del mismo, por lo que sus efectos jurídicos dejarían de tener vida y se deben devolver las cosas al estado anterior al de su comisión. Asimismo, el Código de Trabajo establece que la víctima de un trato discriminatorio debe ser indemnizada mediante el pago de daños y perjuicios. Siendo que en caso de que sea un despido el declarado nulo, se puede condenar, bien sea a la reinstalación de la persona LGBT que se vio obligada a abandonar su trabajo con el correspondiente pago de los salarios caídos, o bien, a la condena de una indemnización por los daños y perjuicios causados, así como de las correspondientes prestaciones laborales relativas al pago del preaviso y del auxilio de cesantía.

No obstante, dentro de las innovaciones previstas por el Código de Trabajo relativas a la tutela antidiscriminatoria, no se puede apreciar con claridad las consecuencias que se generarían en el caso de que se cometa un acto discriminatorio en un proceso de selección o contratación. Siendo que, en estos casos, y de acuerdo con la doctrina del perjuicio de confianza alemán, se podría considerar que la nulidad de dicho proceso de selección no implica que se deba contratar a la víctima del acto discriminatorio, sino que debe brindársele la oportunidad a la misma de competir por el puesto en igualdad de condiciones y debe indemnizársele por habersele hecho creer que no iba a ser víctima de una diferencia de trato.

Los avances realizados en los últimos años para garantizar los derechos laborales de las personas LGBT no dejan de ser opacados por los múltiples desafíos que subsisten sobre la materia, como la falta de educación y de acceso a la información. Lo que es reflejo de que resta mucho trabajo por hacer, con el fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad y de no discriminación para las personas LGBT en sus lugares de trabajo.

En suma, la experiencia laboral de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica demuestra que, a pesar de que existen normas jurídicas cuyo propósito es tutelar a dicha población vulnerabilizada, lo cierto del caso es que en la práctica los derechos que declaran esas normas no son respetados, por lo que los principios de igualdad y de no discriminación se ven vulnerados en perjuicio de la población LGBT.

Conclusiones

Una vez realizado el desarrollo de este ejercicio investigativo, el cual tuvo como objeto el análisis de los principios de igualdad y de no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en sus relaciones laborales en Costa Rica, se procederá a esgrimir las conclusiones principales de cada capítulo para determinar si efectivamente los mencionados principios son respetados en las circunstancias analizadas; además, se planteará una serie de recomendaciones que tienen como propósito mejorar las condiciones laborales que viven las personas miembros de la comunidad LGBT en el país.

En la sección a) del capítulo I de esta investigación se estudiaron los principios de igualdad y de no discriminación, los cuales son considerados como pilares fundamentales de los Estados Democráticos de Derecho, al estar estrechamente ligados al concepto de dignidad humana. A partir de eso, se comenzó la investigación con el principio de igualdad debido a que el mismo constituye una categoría más amplia que contiene al principio de no discriminación.

El principio de igualdad forma parte de los derechos humanos y se caracteriza por prohibir la realización de diferenciaciones entre dos o más personas que se encuentren en situaciones jurídicas idénticas; mas, en caso de que existan condiciones distintas, es posible dar un trato diferenciado, siempre que dicho trato distintivo tenga una base de justificación objetiva y razonable.

El principio de igualdad posee diferentes manifestaciones que suelen recogerse bajo la denominación *triada de la igualdad*, la cual se formó después de un proceso evolutivo que encuentra uno de sus principales momentos de reconocimiento internacional en la revolución francesa, específicamente con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. La triada de la igualdad está conformada por tres manifestaciones de dicho principio, como lo son: (i) *la igualdad en la ley*, donde se busca evitar que la ley brinde privilegios a determinados grupos de personas; (ii) *la igualdad en la aplicación de la ley*, que pretende que la ley se aplique de manera idéntica a las personas que se encuentran en la misma situación; y (iii) *la igualdad ante la ley*, con la cual se le impone un mandato al legislador

para no crear diferenciaciones que puedan considerarse arbitrarias al carecer de una justificación razonable y objetiva.

Posteriormente, se mencionaron algunos de los principales instrumentos normativos que positivizan el principio de igualdad, dentro de los que se destacan, por su importancia e influencia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos; así como la propia Constitución Política costarricense. Cabe señalar que los instrumentos normativos que contienen de forma expresa la tutela del principio de igualdad no hacen más que declarar un principio ya existente; es decir, simplemente poseen eficacia declarativa y no constitutiva, esto por la naturaleza propia de los derechos humanos.

Por otra parte, se hizo mención de que para aplicar adecuadamente el principio de igualdad es necesario que se configure el *juicio trimembre*, que según Otero se encuentra conformado por la existencia de: (i) una pluralidad de personas o elementos; (ii) un nexo o vínculo entre los elementos mencionados; y (iii) un término de comparación. De la realización del juicio trimembre pueden derivarse varias soluciones que contemplan: (i) un tratamiento idéntico a quienes están en la misma situación; (ii) un tratamiento diferenciado cuando las situaciones analizadas sean distintas; (iii) un tratamiento uniforme para quienes estén en circunstancias donde las diferencias no son más relevantes que las semejanzas; y (iv) un tratamiento diferenciado para quienes se encuentran en circunstancias donde las diferencias son más relevantes que las semejanzas.

Asimismo, se determinó que a nivel doctrinal y jurisprudencial se ha dividido el principio de igualdad en la noción formal y material de éste. En el caso de la *noción formal*, el mencionado principio viene a establecer un mandado dirigido al Estado para que trate de igual forma a todas las personas. Mientras que, en su *noción material*, el principio de igualdad plantea que el Estado tiene el deber de eliminar todo aquello que impida que grupos que históricamente se han encontrado en situaciones de desigualdad puedan gozar de una igualdad real. Para ello el Estado puede emprender ciertas medidas diferenciadoras que se emplean con el propósito de equiparar la situación vivida por grupos que se encuentran inmersos en un contexto de desigualdad real, como lo son las acciones afirmativas.

En cuanto a la aplicación del principio de igualdad en el ámbito laboral, se determinó que la misma implica que los trabajadores que se encuentren en las mismas condiciones tienen el derecho de recibir el mismo trato que el resto de sus compañeros de trabajo por parte de su empleador, así como por sus compañeros. Sin embargo, existe la posibilidad de que el empleador realice diferenciaciones cuando éstas se dirijan hacia un trabajador en particular en su beneficio, o cuando se fundamenten en la doctrina de la buena fe ocupacional.

Dentro del primer capítulo de esta investigación también se realizó un estudio sobre el principio de no discriminación, el cual en un inicio estuvo vinculado estrechamente al principio de igualdad. Esto debido a que el principio de no discriminación es una especie que pertenece al género más amplio que constituye el principio de igualdad.

El principio de no discriminación puede entenderse como un derecho humano que prohíbe realizar distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que tengan como propósito, o por resultado, anular o menoscabar el goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones, sobre la base de cuestiones como lo son la religión, el sexo, el color, la orientación sexual o la identidad de género.

Este principio tuvo su nacimiento formal tras el estallido de la Segunda Guerra Mundial y la posterior emisión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esto se encuentra vinculado al surgimiento de la necesidad de tutelar jurídicamente a ciertos grupos de personas que se han visto, o se ven, afectados por tratos diferenciados debido a cuestiones relacionadas, por ejemplo, con su edad, raza o género.

La *noción formal* del principio de no discriminación está relacionada con el principio de igualdad, al determinar que un acto es considerado discriminatorio cuando se dé un trato diferenciado carente de justificación objetiva y razonable. Mientras que la *noción material* le brindó autonomía al principio de no discriminación, al disponer que se debe buscar la interdicción a favor de personas, comprendidas individualmente o como miembros de una determinada población, que se encuentran en posiciones de desventaja.

A partir del surgimiento de la noción material del principio de no discriminación se comenzaron a esgrimir una serie de instrumentos jurídicos que tienen como propósito fundamental prohibir los actos discriminatorios, como lo es la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Esto es reflejo de la preocupación de los Estados por proteger a grupos históricamente vulnerabilizados.

Existen diversas clasificaciones relativas al principio de no discriminación, no obstante, se quiere retomar la diferencia entre la discriminación directa e indirecta, debido a su importancia para esta investigación. La *discriminación directa* se produce cuando de forma expresa una norma, política o acción pone en una situación de exclusión o desventaja a cierto grupo de personas, por formar parte de un determinado colectivo. Mientras que la *discriminación indirecta* se produce cuando una acción, política o norma tiene una apariencia de neutralidad, pero en el fondo produce efectos desproporcionados que influyen negativamente sobre un determinado colectivo, sin que medie ninguna justificación.

También cabe la posibilidad de que se produzcan actos diferenciadores que no se subsumen dentro de la categoría de discriminación. Para eso es necesario que el acto: (i) persiga un fin legítimo; (ii) utilice un medio adecuado que resulte ser el menos lesivo; y (iii) exista una relación de proporcionalidad entre los medios y el fin. Dentro de los actos diferenciadores que cuentan con la venia del ordenamiento jurídico para no constituir una infracción al principio de no discriminación se encuentra la aplicación de la doctrina de la buena fe ocupacional, y las acciones afirmativas o medidas positivas. Las últimas tienen como objetivo equiparar las situaciones que enfrentan ciertos grupos que se encuentran en posiciones de desventaja, para garantizar el respeto del principio de igualdad en el ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Cabe señalar que dichas medidas tienen que poseer un límite temporal por su carácter excepcional.

La aplicación del principio de no discriminación, en el ámbito laboral, hace que se conciba como una prohibición que el ordenamiento jurídico le da al patrono, así como a todas las personas que participan dentro de la organización laboral, para realizar prácticas discriminatorias en las diversas etapas de la relación laboral, incluyendo, por supuesto, la

etapa precontractual y la finalización de la relación de trabajo. Dentro de los actos discriminatorios que están prohibidos en el ámbito laboral se encuentra la violencia en todas sus manifestaciones, el acoso y la autoexclusión por parte de los mismos trabajadores.

En suma, se puede establecer que el principio de no discriminación se ve infringido cuando se produce una conducta, activa u omisiva, que violenta, entre otros, el principio de igualdad, así como el de dignidad humana, al llevarse a cabo una diferenciación que genera una degradación del ser humano sin que medie una justificación objetiva y razonable. En el caso de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, éstas muchas veces son víctimas de actos discriminatorios que tienen como causa su orientación sexual y/o su identidad de género, por lo que los mismos carecen de toda justificación.

En la sección b) del capítulo I de esta investigación se realizó una sistematización de las normas jurídicas internacionales y nacionales que tutelan los derechos laborales de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica. Para la realización de dicho análisis se utilizó una interpretación evolutiva de los diversos instrumentos normativos con el fin de estudiar las normas según las circunstancias actuales.

Del análisis realizado se puede concluir que en Costa Rica se encuentran vigentes gran cantidad de normas jurídicas que tienen como propósito tutelar los principios de igualdad y de no discriminación, así como los derechos que conciernen al Derecho del Trabajo, ejes centrales de este ejercicio académico; los cuales cobijan dentro de su manto de protección a las personas LGBT, quienes históricamente, y en la actualidad, sufren actos discriminatorios como consecuencia de su orientación sexual y/o su identidad de género.

En el caso de la protección jurídica a nivel universal en favor de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, se cuenta con instrumentos normativos específicos que se encargan de tutelar sus derechos, entre ellos los laborales. Estos instrumentos normativos son la Declaración de Montreal y los Principios de Yogyakarta, los cuales se esgrimieron con la finalidad de brindar una protección mayor a este grupo de personas vulnerabilizadas, debido a la situación de desventaja en la que generalmente se encuentran situadas.

Dentro de la protección que ostentan las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se cuenta con diversos instrumentos normativos, así como con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, la cual, entre otras cosas, ha dispuesto expresamente que las categorías de orientación sexual y de identidad de género se encuentran protegidas por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. La aplicación del control de convencionalidad ha decantado en algunas modificaciones en el ordenamiento jurídico costarricense que ha favorecido la protección de los derechos humanos de la población LGBT.

En Costa Rica, el ordenamiento jurídico cuenta con una serie de normas que tutelan los principios de igualdad y de no discriminación, comenzando por el principal instrumento normativo del país, como lo es la Constitución Política. En la misma carta magna costarricense se establece la protección de una serie de derechos laborales que les corresponden a todos los trabajadores por igual, como lo es, por ejemplo, el derecho a un salario mínimo. Además, en el Código de Trabajo de Costa Rica se encuentra una serie de disposiciones que prevén la prohibición de discriminación por orientación sexual dentro de las diversas etapas de la relación laboral.

Lo anterior permite apreciar una constante en los instrumentos normativos analizados, como lo es que las categorías de orientación sexual y/o identidad de género no siempre se encuentran protegidas de forma expresa. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que todas las personas se encuentran tuteladas por los principios de igualdad y de no discriminación; además de que muchas de las normas contienen prohibiciones de discriminación catalogadas como abiertas, es decir, que aceptan cualquier motivo como discriminatorio sin que sea necesario que dicho motivo se contemple en la norma. Además, debe aplicarse la interpretación evolutiva de las normas.

De modo que la orientación sexual y la identidad de género deben comprenderse como categorías protegidas por las normas jurídicas que completan los principios de igualdad y de no discriminación, así como las que establecen la protección de los derechos del trabajo

que forman parte de las esferas jurídicas de todos los sujetos que se encuentran inmersos en una relación laboral, incluidas, claro está, las personas LGBT.

En el capítulo II de esta investigación académica se analizó en su sección a) la percepción que la sociedad costarricense poseía respecto a las personas LGBT, y sus derechos, entre los años 1999 y 2018. Los resultados obtenidos permiten afirmar que, si bien existe una tendencia en la mayoría de la población costarricense a considerar que las personas LGBT merecen los mismos derechos que el resto de la población, lo cierto del caso que es también se han mantenido una serie de prejuicios y estereotipos que llevan a crear limitaciones al disfrute de los derechos de dicha población sin que medie ninguna justificación, es decir, en detrimento de los principios de igualdad y de no discriminación.

Por lo que, se puede concluir que la realidad social en la que se desenvuelven las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica está marcada por dos fenómenos que se contradicen entre sí pues, por una parte, se encuentra una población conservadora que se aferra a ideas religiosas y heterocisnormativas, las cuales conllevan a considerar a las personas LGBT como anormales, lo que reafirma que dichas personas son víctimas de discriminación estructural. Mientras que, por otra parte, se tiene una población consciente de la situación de discriminación estructural que afecta a las personas LGBT y que propugna por el efectivo cumplimiento de sus derechos, lo cual se refleja en los múltiples avances, sobre todo a nivel jurídico, que se han producido en pro de la tutela de los derechos humanos de dicha población vulnerabilizada.

En la sección b) del último capítulo de esta investigación se pudieron apreciar diversos testimonios de los propios miembros de la comunidad LGBT en los que se relata cuál es la situación que viven día con día en sus lugares de trabajo; siendo que en la mayoría de los casos se apreció que dichas personas sufren de tratos diferenciados, activos u omisivos, en las diversas etapas de la relación contractual, que carecen de cualquier justificación objetiva y razonable, y que tienen como motivación la orientación sexual o la identidad de género que poseen. Es decir, en la mayoría de los testimonios recabados se pudo evidenciar

que, en la práctica, los principios de igualdad y de no discriminación en materia laboral a favor de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, no son cumplidos a cabalidad.

Los actos discriminatorios que sufre la población LGBT en Costa Rica se presentan en las diversas etapas de la relación laboral. Por ejemplo, se pudo apreciar que, en la etapa precontractual, que se conforma por los procesos de selección, la presentación de ofertas de trabajo y las entrevistas de trabajo, la población objeto de este estudio sufre, sobre todo, de actos de discriminación indirecta que se encuentran institucionalizados. En otras palabras, dichos procesos aparentan ser neutros respecto a la población LGBT, sin embargo, existe una actitud negativa por parte de los encargados del reclutamiento del personal, sobre todo en los empleadores o trabajadores del área de recursos humanos, respecto a la orientación sexual y la identidad de género de sus trabajadores, lo que desemboca, en muchos casos, en una negativa para la contratación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans.

En cuanto a la realidad que enfrenta la población LGBT durante el desarrollo de la relación laboral, presenta múltiples variables. Puede darse el caso en el que su orientación sexual o su identidad de género sea conocida en su lugar de trabajo, mas no cause mayor repercusión en su día a día; o puede ser que ante esta situación el trabajador miembro de la comunidad LGBT sea objeto de tratos discriminatorios. Dichos actos discriminatorios pueden ser expresados mediante la exclusión de las actividades que se realizan en la empresa o fuera de ella, la propalación de ofensas, bromas o comentarios peyorativos, la negativa de obtener ascensos laborales o aumentos salariales, el tener que soportar cargas excesivas de trabajo, acoso u hostigamiento laboral, entre otros.

Por otra parte, no son pocos los casos en los que las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans se ven constreñidas a ocultar su orientación sexual y/o su identidad de género en sus lugares de trabajo debido al temor que poseen de ser víctimas de actos discriminatorios que perjudiquen su dignidad humana, cuestión que constituye un acto discriminatorio en sí mismo. Esto por cuanto el miembro de la comunidad LGBT no está pudiendo ejercitar, al igual que el resto de sus compañeros, su derecho a la autodeterminación, así como a la libertad en sus diversas manifestaciones.

En cuanto a la terminación de la relación laboral, en no pocas oportunidades las personas LGBT viven la finalización de la misma en un contexto cargado de actos discriminatorios, constantes y denigrantes, motivados en su orientación sexual y/o su identidad de género, a los que se ven expuestas. Sobre este punto se tiene que en caso de que la relación laboral se haya visto concluida por la voluntad del propio trabajador mediante la interposición de una renuncia, debe analizarse, de la mano del principio de primacía de la realidad, si se está frente a un supuesto de despido indirecto; en cuyo caso, el trabajador puede acudir a la vía jurisdiccional para defender sus derechos.

En caso de que un trabajador sea víctima de un trato discriminatorio basado en su orientación sexual o su identidad de género, bien sea durante la etapa precontractual, el desarrollo de la relación laboral, o la terminación de la misma, puede acudir a la Dirección Nacional de Inspección Judicial para llevar a cabo un procedimiento administrativo, o bien, puede iniciar un proceso sumarísimo, el cual se caracteriza por la flexibilidad en la carga probatoria y por contar con plazos cortos debido a que podrían estarse violentando derechos humanos.

En el supuesto de que se dicte una sentencia estimatoria en el proceso sumarísimo, el Código de Trabajo prevé que el funcionario responsable sería amonestado con una falta grave y que el acto considerado discriminatorio devendría en nulo; en cuyo caso, dejaría de existir y las cosas deberían regresar a su estado anterior a la comisión de dicho acto. Además, se establece en estos casos la condena de daños y perjuicios en contra del patrono; siendo que cuando el trabajador LGBT haya sido despedido de su empleo como consecuencia de un acto discriminatorio, puede solicitar la reinstalación, así como el pago por los salarios caídos, o bien, en su defecto, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, así como el pago del auxilio de cesantía y del preaviso.

El Código de Trabajo no prevé expresamente un sistema de sanciones que posea un efecto disuasivo y que permita compensar adecuadamente a la víctima de un acto discriminatorio en un proceso de selección. Por lo que podría utilizarse lo dispuesto por la doctrina del perjuicio de confianza alemán, la cual ha sido utilizada por el Tribunal de Justicia

de la Unión Europea. Según dicha tesis, cuando se cometa un acto discriminatorio en el acceso al empleo, debe indemnizarse a la víctima por hacerle creer que no sería una diferencia de trato la que definiría su no contratación; sin que eso conlleve a una obligación de contratar al postulante víctima.

Como parte de la investigación realizada se encontraron una serie de avances y desafíos que conciernen a los derechos laborales de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Costa Rica. Dentro de los primeros, destacan iniciativas generadas desde el Estado como lo ha sido la emisión de la reforma procesal laboral que entró en vigencia el 25 de julio del año 2017, así como los Decretos Ejecutivos No. 38999, No. 40422 y No.41173, por mencionar algunos, los cuales contienen normas que tutelan de forma expresa los derechos laborales de dicha población, bajo el respeto de los principios de igualdad y de no discriminación.

No obstante lo anterior, en la actualidad siguen existiendo múltiples desafíos que vulneran, de una u otra forma, las esferas jurídicas de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, específicamente en lo que se refiere a sus derechos laborales. Dentro de dichos desafíos debe mencionarse una necesidad de mejoramiento de la educación, el acceso a la información y de los procesos de capacitación. Esto por cuanto se ha evidenciado que entre mayor sea el nivel de educación que posean las personas, mayor es la tendencia a rechazar las prácticas discriminatorias. Además, se ha notado que dentro de la misma población LGBT existe una carencia enorme sobre el conocimiento de sus derechos y la forma en la que puede exigir el cumplimiento de los mismos.

Ante la carencia de una mejora educativa, del acceso a la información de calidad, que no sea influenciada por los intereses de los medios de comunicación, así como procesos de capacitación, se generan procesos de reproducción de estigmas y estereotipos desfavorables para la población LGBT, los cuales desembocan en la reproducción de actos discriminatorios contrarios a la dignidad humana. Ante esto, se estima necesario que se realicen campañas informativas sobre los derechos laborales de las personas LGBT, así como sobre la importancia que poseen los principios de la igualdad y de no discriminación.

Además, se sugiere que se dé la promulgación de reglamentos internos en los lugares de trabajo en los que se prohíban los actos discriminatorios por motivos de orientación sexual o de identidad de género, y en los que se prevea un procedimiento interno para los casos en los que se produzcan ese tipo de actos. También puede promoverse la creación de comités que difundan información que facilite la tutela de los derechos laborales de la comunidad LGBT, los cuales se enfoquen no sólo en la reacción ante un acto discriminatorio, sino que se proponga servir como un medio de prevención de la discriminación.

A su vez, resulta imprescindible que las organizaciones sindicales y los colectivos LGBT centren sus esfuerzos en proteger los derechos laborales de una población vulnerabilizada, como lo es la que conforman las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans. Esto con el afán de garantizar que los derechos laborales que le conciernen a dicha población sean respetados en la práctica al ejercer un mayor control sobre lo que sucede en los lugares de trabajo, así como para proyectar una imagen más positiva de la comunidad LGBT, para que, de esta forma, la misma pueda contar con un manto de protección más sólido.

Se puede sostener que, si bien es cierto en Costa Rica se cuenta con un ordenamiento jurídico bastante nutrido en lo que respecta a la tutela de los principios de igualdad y de no discriminación, así como de los derechos laborales, lo cierto del caso es que no siempre esas normas son eficaces, pues la realidad indica que son normas que se encuentran en el papel, mas no son puestas en práctica.

En el escenario de la tutela de las personas LGBT en sus espacios de trabajo, se tiene que existe una multiplicidad de instrumentos normativos que prevén una protección para todas las personas trabajadoras, así como otras normas que se enfocan específicamente en proteger a la población LGBT de Costa Rica, debido a la situación de vulnerabilidad que se encuentra al ser considerada como un colectivo históricamente discriminado.

Al verse afectado el cumplimiento de las normas laborales que tutelan a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en el ámbito laboral, dicha población se ve perjudicada al

sufrir una serie de actos que violentan los principios de igualdad y de no discriminación que se encuentran dentro de sus esferas jurídicas.

Se considera que la inobservancia de los principios de igualdad y de no discriminación de las personas LGBT en sus relaciones laborales obedece, no sólo a la falta de información que existe en los diversos actores sociales respecto a los derechos de dicha población vulnerabilizada, sino que dicha inobservancia constituye un fenómeno multicausal que se encuentra ligado, principalmente, a la falta de educación y de sensibilización sobre la situación de la población LGBT, así como a la dificultad probatoria existente.

De modo que a la falta de información debe sumársele la falta de procesos de capacitación o de reglamentos internos enfocados en la materia, así como la existencia de discriminación estructural que afecta a la población LGBT en diversos ámbitos de la vida. Asimismo, no puede dejarse de lado la influencia del aspecto religioso y la ausencia de políticas institucionales proactivas; así como la falta de confianza que las personas LGBT tienen en relación con el sistema jurisdiccional, y la inexistencia de articulación entre los diversos actores que permitan unir esfuerzos para garantizar la defensa efectiva de los derechos de la población LGBT.

Ergo, las personas LGBT en Costa Rica, en la mayoría de los casos, mas no en todos, sufren la vulneración tanto de sus derechos humanos laborales, como de los principios de igualdad y de no discriminación como consecuencia de los tratos diferenciados injustificados que sufren producto de su orientación sexual y/o de su identidad sexual, todo lo cual atenta contra su dignidad humana y demás derechos humanos.

Bibliografía

a) Obras generales

Bento, Berenice. *O que é transexualidade*. 1 ed. Sao Pablo: Brasiliense, 2008.

Butler, Judith. *Deshacer el género*. 1 ed. Barcelona: Paidós, 2006.

Canessa Montejo, Miguel Francisco. *La protección internacional de los derechos humanos*. 1 ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

Castañeda Castro, Wilson, Guillermo Correa Montoya, Edgar Plata Chacón y Alexander Pérez Álvarez. *Raros... y oficios: diversidad sexual y al mundo laboral: discriminación y exclusión*. Medellín, Colombia: Corporación Caribe Afirmativo, Escuela Nacional Sindical, 2013.

Fabregat Monfort, Gemma. *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*. 1 ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad: 1. La voluntad del saber*. 2 ed., 6 reimpresión. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

García Perrote Escartín, Ignacio. *Manual de Derecho del Trabajo*. 6 ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

Haba Müller, Enrique. *Axiología Jurídica Fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico*. San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 3 ed., 2016.

López Álvarez, María José, Ana Matorras Díaz Caneja, Carlos Molero Manglano y José Manuel Sánchez Cervera. *Manual de Derecho del Trabajo*. 14 ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

- Lousada Arochena, José Fernando, Jaime Cabeza Pereiro y Pilar Núñez Cortés. *Curso de Igualdad y Diversidad en las Relaciones Laborales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
- Mercader Uguina, Jesús. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. 10. Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.
- Otero Norza, Laura. “Cambios de Derecho Individual y Despido: La prohibición de discriminar”. En *Curso de la Reforma procesal laboral*. Costa Rica: Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico, 2018.
- Quintanilla Navarro, Beatriz. *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.
- Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder, estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Ruiz Miguel, Alfonso. “Sobre el concepto de igualdad”. En *El principio constitucional de igualdad*, compilado por Miguel Carbonell, 31-68. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- Valdés Dal Ré, Fernando. “Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación”. En *Igualdad de género y relaciones laborales*, dirigido por Fernando Valdés Dal Ré, y Beatriz Quintanilla Navarro, 18-43. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.
- Vivanco Martínez, Ángela. “El principio constitucional de igualdad y la discusión constitucional acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile”. En *Anuario de Derecho Público 2012 de la Universidad Diego Portales*. Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2012.

b) Obras especiales

Bayefsky, Anne. “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”.

Human Rights Law Journal, volumen 11, no. 1-2, (1990): 1-34.

Caamaño Rojo, Eduardo. “El Principio de Igualdad de Trato en el Derecho del Trabajo”.

Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXI, (2000): 27 y ss.

Caamaño Rojo, Eduardo. “La discriminación Laboral Indirecta”. *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile* (2001).

Accesado el 11 de octubre del 2012.
http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=s0718-09502001000200004&script=sci_arttext.

Carvajal Muñoz, Paola. “El reconocimiento de derechos a la comunidad LGBTI”. *Revista Jurídicas CUC* 9 (1), (2013): 123-141. Accesado el 13 de agosto de 2017.
http://revistascientificas.cuc.edu.co/index.php/juridicascuc/article/viewFile/443/pdf_29.

González Solano, Gustavo. “El Control Constitucional en Costa Rica: sobre incoherencias, paradojas e inconstitucionalidades de nuestro control de constitucionalidad”. *Revista de Ciencias Jurídica de la Universidad de Costa Rica*, no. 101, (2003). Accesado el 22 de febrero de 2018.
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/13400/12663>

Huerta, Carla. “La Estructura Jurídica del Derecho a la No Discriminación”. *Derecho a la No Discriminación*, coordinado por Carlos de la Torre, 185-204. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

Palomino, Rafael. “Objeción de conciencia de los notarios españoles con motivo de la nueva ley de jurisdicción voluntaria”. España: *Revista Jurídica Digital UANDES*, (2017): 67-84. Accesado el 27 de diciembre de 2018 de: <https://eprints.ucm.es/42077/1/Objecci%C3%B3n-Palomino.pdf>.

Risso Ferrand, Martín. “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay”. *Revista de Derecho*, no. 5, (2016): 171-192. Accesado el 26 de marzo de 2018. <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/819>.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel. “Igualdad y No Discriminación en el Empleo”. *Revista Derecho y Conocimiento de la Universidad de Huelva*, vol. 1, (2004): 463-490.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel. “Nuevas Dimensiones de la Igualdad: No Discriminación y Acción Positiva”. *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, No. 44, (2001): 219-242.

Rodríguez Zepeda, Jesús. “Definición y concepto de la no discriminación”. *El Cotidiano* no. 134, noviembre-diciembre, (2005): 23-29. Accesado el 12 de abril de 2018. <http://ucsj.redalyc.org/articulo.oa?id=32513404>

Vacca, Lucrecia. “Una Crítica Feminista al Derecho a partir de la Noción de Biopoder de Foucault”. *Páginas de Filosofía*, Año XIII, no. 16, (2012).

c) Tesis, tesinas, disertaciones y otros estudios similares

Caravaca Morales, Jaime. “Histórias de vida e representações sociais de sexo, corpo, gênero e sexualidade entre transexuais do Brasil, Canadá e Costa Rica”. Tesis de Doctorado., Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.

Otero Norza, Laura. “La igualdad y no discriminación de género y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento internacional y europeo”. Tesis de Doctorado., Universidad Complutense de Madrid, 2011.

d) Documentos institucionales

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Carta de fecha 18 de diciembre de 2008 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Representantes Permanentes de la Argentina, el Brasil, Croacia, Francia, el Gabón, el Japón, Noruega y los Países Bajos ante las Naciones Unidas*. 2008.

Asociación Empresarial para el Desarrollo. *Caja de Herramientas para la integración de las personas LGBTI en los espacios laborales*. San José, 2016.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Violencia de género: un problema de derechos humanos*. 1996. Accesado el 27 de diciembre de 2018 de: <https://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/3/27403/violenciadegennero.pdf>.

Centro de Estudios Internacionales (CEI). *Diagnostico jurídico sobre derechos humanos de las poblaciones lésbicas, gay, trans, bisexuales de Costa Rica*. 2012.

Centro de Estudios Internacionales (CEI), *Sondeo de Percepción de los Derechos Humanos de las Poblaciones LGBT en Costa Rica en el año 2012: Diversidad sexual en Centroamérica: Promoviendo los derechos humanos y previniendo la violencia de género*, 2012.

Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC), *“Diversidad sexual y trabajo en Costa Rica”*. Accesado el 16 de octubre de 2017 de: http://www.cipacdh.org/cipac_articulo_completo.php?art=57.

Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC), Daria Suárez Rehaag y Francisco Madrigal Ballesteros, *Percepción de estudiantes universitarios sobre la homo/lesbofobia en Costa Rica Para Diagnóstico, con enfoque de género, sobre la situación del estigma, la discriminación y la homofobia en Costa Rica*, 2007.

Centro de Investigación y Estudios Políticos (CIEP) y la Escuela de Ciencias Políticas (ECP) de la Universidad de Costa Rica. *Informe de resultados de la encuesta de opinión sociopolítica realizada en enero de 2018*. San José, 2018.

Comisión Europea: Programa de Acción de la Comunidad Europea para combatir la discriminación (2001-2006). *Manual de Formación en Gestión de la Diversidad*. 2007.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General N. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. Accesado el 9 de setiembre de 2018 de: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11.

Consejo Universitario de la Universidad de Costa Rica. *Acta de la sesión extraordinaria No. 5554, celebrada el jueves 30 de junio del año 2011 y aprobada en la sesión No. 5569 del jueves 1 de setiembre del año 2011*.

Fundación Pan para el Mundo, Centro de Investigación y Promoción para América Central de Derechos Humanos (CIPAC). *Espacio mujeres lesbianas salvadoreñas por la diversidad (ESMULES) y Asociación hombres y mujeres nuevos de Panamá (AHMNP), Evaluación de actitudes hacia los derechos de las personas LGBT: El Salvador, Panamá y Costa Rica*. 2014.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la Forma a la acción.* San José, Costa Rica, 2004.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. *Manual de Procedimiento de la Inspección de Trabajo.* Costa Rica, 2008.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. *Informe anual: Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género.* Ginebra, 2015.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. *Nacidos libres e iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos.* Ginebra, 2012.

Organización de las Naciones Unidas. *Ficha de datos: Derechos de las personas LGBT: algunas preguntas frecuentes.*

Organización de las Naciones Unidas. *Ficha de datos: Tipificación penal.*

Organización de las Naciones Unidas, *Ficha de datos: Violencia homofóbica y transfóbica.*

Organización Internacional de Estandarización ISO, Secretaría Central 1. *Guía de Responsabilidad Social.* Ginebra, 2010.

Organización Internacional del Trabajo. *Informe la igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean, Reunión 96.* 2007.

Organización Internacional del Trabajo. *La discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: Resultados del proyecto PRIDE de la OIT.*

Oficina Internacional del Trabajo. *ORGULLO (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*, 2016.

Organización Panamericana de la Salud. *“Curas” para una Enfermedad que no Existe: Las supuestas terapias de cambio de orientación sexual carecen de justificación médica y son éticamente inaceptables*. Washington, 2012.

e) Textos normativos, directrices, circulares y similares

Código Civil, 28 de setiembre del año 1887.

Código de Familia, 21 de diciembre del año 1973.

Convenio no. 111 Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, Organización Internacional del Trabajo (OIT), 15 de junio del año 1960.

Convenio no. 158 sobre la discriminación (empleo y ocupación), Organización Internacional del Trabajo (OIT), 23 de noviembre del año 1985.

Código de Trabajo de Costa Rica, 27 de agosto del año 1943.

Constitución Política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre del año 1949.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 al 22 de noviembre del año 1969.

Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Universidad de Costa Rica y el Sindicato de Empleados de la Universidad de Costa Rica (SINDEU), 6 de junio del año 2018.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo del año 1969.

Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, 5 de junio del año 2013.

Declaración de Montreal, 29 de julio del año 2006.

Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, del año 1789.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre del año 1948.

Declaración de San José: 10 principios en contra de la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género y a favor de la promoción de los Derechos Humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI), 28 de junio del año 2016.

Decreto Ejecutivo No. 38999, 12 de mayo del año 2015.

Decreto Ejecutivo No. 40422, 25 de mayo del año 2017.

Decreto Ejecutivo No. 41173, 4 de julio del año 2018.

Decreto del Tribunal Supremo de Elecciones No. 3-2016, 28 de marzo del año 2016.

Decreto del Tribunal Supremo de Elecciones No. 7-2018-TSE, 18 de mayo del año 2018.

Directriz del Poder Ejecutivo No. 025-P denominada: “Política para Erradicar de las Instituciones Públicas la Discriminación hacia la Población Sexualmente Diversa”, 29 de mayo del año 2015.

Ley General sobre VIH-SIDA, 20 de mayo del año 1998.

Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 21 de abril del año 1955.

Ley Orgánica del Poder Judicial, 29 de noviembre del año 1937.

Ley sobre Discriminación en el Empleo, 22 de noviembre del año 1960.

Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, 3 de febrero del año 1995.

Ley No. 6889 denominada “Convenio para la Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, del 9 de setiembre del año 1983.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre del año 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 19 de diciembre del año 1966.

Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, 26 de marzo del año 2007.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Protocolo de San Salvador", 17 de noviembre del año 1988.

f) Resoluciones jurisdiccionales o arbitrales y otros documentos vinculados

Almonacid Arellano y otros vs. Chile. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de setiembre, 2006).

Atala Riffo y Niñas v. Chile, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero, 2012).

Duque v. Colombia, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de febrero, 2016).

Flor Freire v Ecuador, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 agosto, 2016).

Mendoza y otros vs. Argentina. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de mayo, 2013).

Opinión Consultiva OC-24/17 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Costa Rica, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre, 2017).

Opinión Consultiva OC-25/18 en respuesta a la solicitud realizada por el Estado de Ecuador. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de mayo del año 2018).

Procuraduría General de la República de Costa Rica, dictamen 132 del 16 de junio del año 2017.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1372 de las catorce horas y cincuenta minutos del veintiséis de mayo del año 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 3467 de las quince horas y seis minutos del veinte de julio del año 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 0360-1999 de las quince horas con cincuenta y un minutos del 20 de enero del año 1999.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 14583-2007 de las ocho horas y cincuenta y nueve minutos del doce del año 2007.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2010-11927 de las once horas con siete minutos del 9 de julio del año 2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2010-13313 de las dieciséis horas y treinta y un minutos del 10 de agosto del 2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2011-5273 de las quince horas y dieciocho minutos del 27 de abril del año 2011.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 13052 de las quince horas y cuarenta y seis minutos del veintisiete de setiembre del año 2011.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2012-4524 de las once horas y tres minutos del treinta de marzo del año 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2013-3090 de las dieciséis horas y diez minutos del seis de marzo del año 2013.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2013-04491 de las dieciséis horas y cero minutos del 3 de abril del año 2013.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2015-146 de las once horas y dos minutos del siete de enero del año 2015.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2018-12782 de las diecisiete horas y cuarenta y cinco minutos del 8 de agosto del 2018.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 813-2005 de las diez horas con veinte minutos del 28 de setiembre del año 2005.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 304-2007 de las nueve horas con treinta minutos del 18 de mayo del año 2007.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 335-2010 de las nueve horas con treinta y cinco minutos del 10 de marzo del año 2010.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1259-2010 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del 9 de setiembre del año 2010.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 641 de las nueve horas y treinta y cinco minutos del primero de agosto del año 2012.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia., resolución No. 1053 de las quince horas del 21 de noviembre del año 2012.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 573-2015 de las diez horas con cinco minutos del veintisiete de mayo del año 2015.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 631-2015 de las nueve horas y cincuenta minutos del 17 de junio de 2015.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 413-2018 de las once horas con cero minutos del 2 de marzo del año 2018.

g) Informes, comunicaciones, opiniones y otros similares

Informe del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, reunión no. 96, 2007.

h) Artículos de prensa (no científicos) y otros.

Fernández Vargas, Marcela. “¿Se puede elegir ser homosexual?”. Sitio de internet semanariouniversidad.com. San José, Costa Rica, 27 de febrero de 2018. Accesado el

29 de diciembre de 2018 de: <https://semanariouniversidad.com/ultima-hora/se-puede-elegir-homosexual/>.

Madrigal, Rebeca. “Restauración Nacional no nombrará ministros gais para 'no ofender a la mayoría’”. Sitio de internet nación.com. San José, Costa Rica, 26 de febrero de 2018. Accesado el 31 de marzo de 2018 de: <https://www.nacion.com/el-pais/politica/restauracion-nacional-no-nombrara-ministros-gais/UCHCA7QSNVHZ3JUNKUKA56NS5M/story/>.

Mora, Andrea. “Gobierno nombra comisionado para tratar asuntos LGBTI”. Sitio de internet ElPaís.cr. San José, Costa Rica, 17 de mayo de 2018. Accesado el 25 de mayo de 2018 de: <https://www.elpais.cr/2018/05/17/gobierno-nombra-comisionado-para-tratar-asuntos-lgbti/>.

i) Sitios de Internet

Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo. Accesado el 25 de marzo de 2017 de: <http://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf>.

Alianza Empresarial para el Desarrollo. Accesado el 5 de abril de 2018 de: <http://www.aedcr.com/>.

Brito Melgajero, Rodrigo. “El principio de igualdad en el derecho constitucional comparado”. Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM. Accesado el 12 de abril de 2018 de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/9.pdf>.

Castro Méndez, Mauricio. “Estudio sobre la Reforma Procesal Laboral”. Accesado el 15 de julio de 2018 de: <https://www.researchgate.net/publication/318827129>.

Castro Méndez, Mauricio. “Los procedimientos de Protección de fueros especiales y el juzgamiento de infracciones a las leyes laborales”. Accesado el 15 de julio de 2018

de:

https://www.researchgate.net/publication/268222651_Los_procedimientos_de_proteccion_de_fueros_especiales_y_el_juzgamiento_de_infracciones_a_las_leyes_laborales.

Cámara de Comercio Diversa de Costa Rica. Accesado el 5 de abril de 2018 de: <https://www.ccdcr.org/>.

Centro de Investigación y Estudios Políticos (CIEP), la Escuela de Ciencias Políticas (ECP) de la Universidad de Costa Rica y Semanario Universidad. “Encuesta de opinión: noviembre 2016”. Accesado el 31 de diciembre de 2018 de: <https://www.ciep.ucr.ac.cr/index.php/noticias/20-encuestadeopinionnoviembre2016>.

Centro de Información Jurídica en Línea. “La primacía de la realidad”. Accesado el 30 de diciembre de 2018 de: <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MzI1NA==>.

Encuentra24.com. “Oferta de empleo | Empleada doméstica”. Accesado el 29 de diciembre de 2018 de: <https://www.encuentra24.com/costa-rica-es/empleos-ofertas-de-trabajos/empleada-domestica/13214392>.

“Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América”. Biblioteca de la Libertad. Accesado el 26 de marzo de 2018 de: <http://biblioteca.libertyfund.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>.

Gobierno de la República de Costa Rica. “Decretos y directrices para garantizar derechos de las personas LGBTI sin discriminación”. Accesado el 28 de diciembre de 2018 de: <https://presidencia.go.cr/comunicados/2018/12/decretos-y-directrices-para-garantizar-derechos-de-las-personas-lgtbi-sin-discriminacion/>.

Gobierno de la República de Costa Rica. “Gobierno lidera alianza público privada para capacitar a instituciones públicas en derechos humanos de personas LGBTI”. Accesado el 6 de abril de 2018 de: <http://presidencia.go.cr/comunicados/2017/06/gobierno-lidera-alianza-publico-privada-para-capacitar-a-instituciones-publicas-en-derechos-humanos-de-personas-lgbti/>.

Gobierno de la República de Costa Rica. “ONU designa a costarricense como experto independiente sobre protección contra violencia y discriminación basada en orientación sexual e identidad de género”. Accesado el 13 de julio de 2018 de: <https://presidencia.go.cr/comunicados/2017/12/onu-designa-a-costarricense-como-experto-independiente-sobre-proteccion-contra-violencia-y-discriminacion-basada-en-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero/>.

González Alarcón, Hugo Manuel. “Análisis del Principio de Igualdad ante la doctrina y la Jurisprudencia Comparada”. Revista Jurídica Online. Accesado el 26 de marzo de 2018 de: http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/87_a_122_analisis.pdf.

Huerta Ochoa, Carla. "La estructura jurídica del derecho a la no discriminación". Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM. Accesado el 13 de agosto de 2017 de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2312/13.pdf>.

“ISO 26000 Responsabilidad Social”. Organización Internacional de Estandarización. Accesado el 5 de abril de 2018 de: https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/discovering_iso_26000-es.pdf.

Organización Internacional del Trabajo. Accesado el 10 de setiembre de 2018 de: <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-in-ternational-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>.

Organización Internacional del Trabajo. “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”. Accesado el 19 de agosto de 2017 de: <http://www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm>.

Organización Internacional del Trabajo. “El hostigamiento o acoso sexual”. Accesado el 29 de diciembre de 2018 de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_227404.pdf.

Organización Panamericana de la Salud, “La ONU en América Latina y el Caribe llama a eliminar barreras que aumentan la exclusión social de las personas LGBTI”. Accesado el 28 de diciembre de 2018 de: https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=12035:onu-lac-eliminar-barreras-que-aumentan-exclusion-social-personas-lgbti&Itemid=135&lang=es.

Poder Judicial de Costa Rica. “Sala Segunda reinstala a trabajadora con migraña”. Accesado el 2 de enero de 2019 de: https://actualidadjudicialpj.poder-judicial.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=1305:sala-segunda-reinstala-a-trabajadora-con-migrana&catid=101:actualidadjudicial&acm=_409.

Tribunal Supremo de Elecciones. Accesado el 31 de diciembre de 2018 de: <http://resultados2018.tse.go.cr/resultados/#/presidenciales>.

Valdés Dal Ré, Fernando. “Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral”. Confederación Sindical Unión General de Trabajadores de España. Accesado el 26 de marzo de 2018 de: http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia%20de%20Fernando%20Valdes.pdf.

Anexos

Anexo 1

En la sección b) del capítulo I de esta investigación, se realizó un análisis de los principales instrumentos jurídicos que tutelan derechos de la población LGBT en el ámbito laboral, sin embargo, debido a la extensión de dicho análisis, a continuación se enlistan otras normas que tutelan los mencionados derechos.

1. Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género

Los Principios de Yogyakarta constituyen una guía universal para los Estados, quienes deben cumplirlos con el fin de salvaguardarlos y de esa forma garantizar la tutela de los derechos humanos de las personas LGBTI⁵²⁶. A continuación, se procederá a enlistar los 29 principios contenidos en dicho instrumento normativo y a hacer una breve mención de su contenido:

Principio 1. El derecho al disfrute universal de los derechos humanos. Se contempla que “los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos⁵²⁷”. Para asegurar lo anterior, se dispone que los Estados deben garantizar la aplicación práctica del disfrute de los derechos humanos de todas las personas sin exclusión.

Principio 2. Los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Este principio viene a reiterar lo dispuesto en otros instrumentos normativos antes analizados debido a que establece que todas las personas, de todas las orientaciones sexuales e identidades de género, tienen derecho a disfrutar de todos los derechos humanos sin sufrir ningún tipo de discriminación basada en esas condiciones. Para ello, los Estados deben adoptar las medidas

⁵²⁶ Sobre el análisis realizado respecto a los Principios de Yogyakarta, ver página 80.

⁵²⁷ Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, del 26 de marzo de 2007, principio 1.

apropiadas para erradicar la discriminación que sufre esta población y para garantizar su adecuado desarrollo⁵²⁸.

Principio 3. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Eso implica que las personas miembros de la comunidad LGBT tienen capacidad jurídica y se reconoce que la orientación sexual o la identidad de género que cada persona posee “es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad⁵²⁹”.

Asimismo, se dispone que no se puede obligar a una persona a someterse a procedimientos médicos para poder reconocérsele a nivel legal su identidad de género. A su vez, los Estados están obligados a asegurar el reconocimiento de los documentos de identidad de las personas miembros de la comunidad objeto de este estudio. Este último aspecto es de suma relevancia para el desarrollo de esta labor investigativa debido a que en múltiples ocasiones a miembros de la comunidad LGBT, sobre todo a la población trans, se les ha negado el acceso al empleo como consecuencia de una falta de reconocimiento de sus documentos de identidad, o una falta de coincidencia entre estos y su estética.

Principio 4. El derecho a la vida. Este principio centra su atención en declarar la prohibición que establece que a nadie se le puede privar arbitrariamente de su vida, lo que conlleva a que los Estados tienen la obligación de abolir la pena de muerte cuando se imponga por motivos relativos a la orientación sexual o a la identidad de género de una persona. Además, se establece que no pueden existir tipos penales que tengan por objeto prohibir las relaciones sexuales consentidas por personas mayores de edad cuando sean del mismo sexo⁵³⁰.

Principio 5. El derecho a la seguridad personal. Se declara el derecho que posee toda persona, sin importar su orientación sexual o su identidad de género, de tener su seguridad personal incólume y a recibir la protección correspondiente por parte del Estado.

⁵²⁸ Ibidem., principio 2.

⁵²⁹ Ibidem., principio 3.

⁵³⁰ Ibidem., principio 4.

Asimismo, se dispone que los Estados deben velar por el cese de los ataques que se fundamentan en motivos de orientación sexual o de identidad de género, para lo cual deben realizarse las investigaciones pertinentes e imponer las sanciones correspondientes⁵³¹.

Principio 6. El derecho a la privacidad. Este principio resalta el derecho que posee toda persona de gozar de privacidad, lo que conlleva a que no puede darse injerencias arbitrarias en su vida privada; dentro de lo cual se incluye la decisión de mantener relaciones sexuales consensuadas entre personas mayores de edad⁵³².

Principio 7. El derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente. En este caso, se considera que una detención basada en motivos de orientación sexual o de identidad de género se subsume dentro de la categoría de detención arbitraria. Además, se establece que cuando una persona miembro de la comunidad LGBT es detenida, tiene derecho a ejercitar todas las garantías procesales existentes, como lo son, por mencionar algunas, ser informada de las razones que motivan la detención y el derecho a recurrir ante una autoridad jurisdiccional⁵³³.

Principio 8. El derecho a un juicio justo. Independientemente de la orientación sexual o la identidad de género, toda persona tiene derecho a un juicio justo conducido por un juez o un tribunal independiente e imparcial. Es por eso que los Estados están obligados a tomar medidas que protejan a las personas contra este tipo de persecución⁵³⁴.

Principio 9. El derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente. En este principio se declara el derecho que poseen todas las personas privadas de libertad de recibir un trato acorde con el respeto de la dignidad humana, la cual contempla, entre otras cosas, la orientación sexual e identidad de género de las personas. De ahí derivan varias obligaciones de los Estados, dentro de las que destacan el establecimiento

⁵³¹ Ibidem., principio 5.

⁵³² Ibidem., principio 6.

⁵³³ Ibidem., principio 7.

⁵³⁴ Ibidem., principio 8.

de medidas de protección para aquellas personas que se encuentren privadas de libertad y sean víctimas de ataques motivados en su orientación sexual o identidad de género⁵³⁵.

Principio 10. El derecho de toda persona a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Este principio va de la mano con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, al establecer que todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género, tienen derecho a no sufrir ningún tipo de tortura ni penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes que vayan en contra de la dignidad humana⁵³⁶.

Principio 11. El derecho a la protección contra todas las formas de explotación, venta y trata de personas. El principio 11 establece el derecho que toda persona tiene a la protección contra cualquier forma de explotación, venta y trata de personas, así como el deber que concierne a los Estados de realizar las medidas adecuadas para tomar en cuenta cuestiones como la orientación sexual y la identidad de género de las personas, las cuales pueden aumentar la vulnerabilidad⁵³⁷.

Principio 12. El derecho al trabajo. Este principio resulta de vital importancia al ser eje central del objeto de la presente labor investigativa y al establecer que todas las personas tienen el derecho de optar por un “trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género⁵³⁸”. Para lograr lo anterior, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias con el propósito de erradicar la discriminación laboral que se base en motivos de orientación sexual e identidad de género en todas las etapas del empleo, desde la contratación hasta la remuneración⁵³⁹.

⁵³⁵ Ibidem., principio 9.

⁵³⁶ Ibidem., principio 10.

⁵³⁷ Ibidem., principio 11.

⁵³⁸ Ibidem., principio 12.

⁵³⁹ Ibidem.

Principio 13. El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social.

Al igual que el principio anterior, este principio resulta de suma importancia pues está intrínsecamente relacionado con los derechos laborales. Se establece que todas las personas tienen derecho a tener acceso a la seguridad social y a diversas medidas de protección social sin sufrir ningún tipo de discriminación. Para ello, los Estados deben adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar dichos derechos a todas las personas en iguales condiciones y para erradicar cualquier acto discriminatorio por motivos de orientación sexual o de identidad de género⁵⁴⁰.

Principio 14. El derecho a un nivel de vida adecuado. Para considerar el cumplimiento de este principio se toman en cuenta la “alimentación adecuada, agua potable, servicios sanitarios y vestimenta adecuadas (...)”⁵⁴¹ al que deben tener acceso todas las personas sin recibir ningún tipo de discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género.

Principio 15. El derecho a una vivienda adecuada. El derecho a contar con una vivienda adecuada incluye, al mismo tiempo, los derechos a no sufrir de un desalojo que tenga como fundamento motivos de orientación sexual o de identidad de género. Para ello, los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar el acceso a una vivienda y para prohibir los desalojos antes mencionados⁵⁴².

Principio 16. El derecho a la educación. Este principio establece que todas las personas tienen derecho a la educación sin recibir ningún tipo de discriminación por orientación sexual o de identidad de género. Para poder cumplir con lo dispuesto en este principio, los Estados deben para garantizar el derecho a la educación en igualdad de condiciones y procurar que dicha educación esté encaminada a promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Ibidem., principio 13.

⁵⁴¹ Ibidem., principio 14.

⁵⁴² Ibidem., principio 15.

⁵⁴³ Ibidem., principio 16.

Principio 17. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Este principio dispone que se debe garantizar la salud, dentro de la cual se encuentra contenida la salud sexual y reproductiva, y esto debe realizarse sin ningún tipo de discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género. Para ello, entre otras cosas, los Estados deben velar por facilitar el acceso a tratamientos a personas que busquen modificaciones corporales que estén vinculadas a la reasignación de género⁵⁴⁴.

Principio 18. Protección contra abusos médicos. Este principio resulta de vital importancia en relación con el respeto de la dignidad humana por cuanto establece que ninguna persona puede ser obligada a someterse a un tratamiento médico o psicológico ni a permanecer en un centro médico por motivos basados en su orientación sexual o su identidad de género, puesto que dichas cuestiones no son condiciones médicas.

Entre las medidas que deben tomar los Estados destaca la que establece la obligación de asegurar que el cuerpo de los niños y niñas no sean “alterados irreversiblemente por medio de procedimientos médicos que persigan a imponer una identidad de género sin el consentimiento pleno, libre e informado de ese niño o niña de acuerdo a su edad y madurez y guiado por el principio de que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración el interés superior de las niñas y los niños⁵⁴⁵”.

Principio 19. Derecho a la libertad de opinión y de expresión. Dentro de dicho derecho se encuentra protegida la posibilidad expresar la identidad o de la personalidad sin que eso implique discriminación basada en motivos de orientación sexual o de identidad de género. Para alcanzar el respeto de dichos derechos es necesario que los Estados adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de los mismos en plena igualdad de condiciones y que promuevan acciones para impedir que se dé una restricción de la libertad de opinión y de expresión bajo el amparo de la supuesta tutela de cuestiones como el orden público o la moralidad pública, entre otros⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Ibidem., principio 17.

⁵⁴⁵ Ibidem., principio 18.

⁵⁴⁶ Ibidem., principio 19.

Principio 20. El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. Para ejercitar dichos derechos, las personas pueden organizarse y crear asociaciones que estén basadas en la orientación sexual o la identidad de género y que aboguen por sus derechos. Lo anterior compromete a los Estados en el sentido de que no pueden impedir el ejercicio de los derechos de libertad de reunión y de asociación pacíficas por cuestiones basadas en motivos de orientación sexual o de identidad de género, además, estos deben garantizar la protección a las personas que ejerciten dichos derechos⁵⁴⁷.

Principio 21. El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Todas las personas cuentan dentro de sus esferas jurídicas con los derechos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, independientemente de su orientación sexual o de identidad de género. Para garantizar su correcto ejercicio, los Estados buscarán que los mismos sean compatibles con los derechos humanos y que no puedan utilizarse para encubrir actos discriminatorios o de violencia⁵⁴⁸.

Principio 22. El derecho a la libertad de movimiento. Para que este derecho sea ejercitado de forma adecuada se debe garantizar que independientemente de la orientación sexual o la identidad de género de las personas, éstas tienen derecho a circular de forma libre por el territorio estatal y a escoger el lugar donde va a ubicarse su residencia, lo que implica que no puede impedirse el ingreso o salida del país a una persona según su orientación sexual o de su identidad de género⁵⁴⁹.

Principio 23. El derecho a procurar asilo. El hecho de que las personas sufran persecuciones debido a su orientación sexual o a su identidad de género no es sorpresivo, por lo que se establece que los Estados no pueden “remover, expulsar o extraditar a una persona a ningún Estado en el que esa persona pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en base a su orientación sexual o identidad de género⁵⁵⁰”.

⁵⁴⁷ Ibidem., principio 20.

⁵⁴⁸ Ibidem., principio 21.

⁵⁴⁹ Ibidem., principio 22.

⁵⁵⁰ Ibidem., principio 23.

Principio 24. El derecho a formar una familia. Eso implica que todas las personas, independientemente de su orientación sexual o de su identidad de género, tienen derecho a formar una familia y a no sufrir ningún tipo de discriminación. Para ello, los Estados deben tomar medidas para garantizar, entre otras cosas, la efectividad del derecho a la familia de todas las personas, incluidas las relativas al acceso a la adopción o a la reproducción asistida; así como la igualdad de derechos entre los matrimonios heterosexuales y los de las personas del mismo sexo, o figuras análogas⁵⁵¹.

Principio 25. El derecho a participar en la vida pública. Este principio establece que todas las personas, independientemente de su orientación sexual o de su identidad de género, tienen derecho a participar en la vida pública, lo cual incluye “el derecho a postularse a cargos públicos, a participar en la formulación de políticas que afecten su bienestar y a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a todos los niveles de las funciones públicas de su país y al empleo en funciones públicas (...)”⁵⁵². Para lograr la efectividad de dicho derecho, los Estados deben velar por eliminar los estereotipos y perjuicios existentes por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Principio 26. El derecho a participar en la vida cultural. El mencionado derecho implica que toda persona, sin importar su orientación sexual o su identidad de género, tiene derecho a participar en la vida cultural y “a expresar la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género a través de la participación cultural”⁵⁵³.

Principio 27. El derecho a promover los derechos humanos. En cuanto a este principio se tiene que “Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”⁵⁵⁴. Para ello, los Estados deben garantizar la protección contra la

⁵⁵¹ Ibidem., principio 24.

⁵⁵² Ibidem., principio 25.

⁵⁵³ Ibidem., principio 26.

⁵⁵⁴ Ibidem., principio 27.

violencia o discriminación de los defensores de derechos humanos que se enfocan en cuestiones relativas a la orientación sexual y a la identidad de género.

Principio 28. El derecho a recursos y resarcimientos efectivos. Se establece que cuando una persona vea violentados sus derechos humanos tiene derecho a tener acceso a recursos eficaces y adecuados y a que se dé el resarcimiento de los daños sufridos. Para eso, los Estados deben velar porque existan mecanismos que permitan garantizar las reparaciones, difundir información relativa a los recursos existentes para tutelar los derechos humanos, entre otros⁵⁵⁵.

Principio 29. Responsabilidad penal. Finalmente, este principio establece que toda persona que haya sufrido un menoscabo de sus derechos humanos tiene derecho a que se realice un proceso en el que se endilguen responsabilidades a quienes de forma directa o indirecta hayan participado en actos que violen derechos humanos, incluidos los relacionados con cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Para ello es vital que en todos los Estados existan procesos que permitan determinar la responsabilidad de las personas que hayan vulnerado los derechos humanos y que no se permita la existencia de barreras que impidan ejercitar este derecho⁵⁵⁶.

2. Ley General sobre el VIH/SIDA

La Ley General sobre el VIH/SIDA, No.7771, del 29 de abril del año 1998, constituye una norma que desde finales del siglo XX estableció una tutela antidiscriminatoria relativa a la preferencia sexual de las personas, es decir, a la orientación sexual de las mismas, tal como se puede apreciar en su articulado:

Artículo 48.- Discriminación. Quien aplique, disponga o practique medidas discriminatorias por raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica, estado civil o por algún padecimiento de salud o enfermedad, será sancionado con pena de veinte a sesenta días multa.

⁵⁵⁵ Ibidem., principio 28.

⁵⁵⁶ Ibidem., principio 29.

El juez podrá imponer, además, la pena de inhabilitación que corresponda, de quince a sesenta días⁵⁵⁷.

En otras palabras, dicha norma creada por el legislador costarricense constituye una de las pocas leyes que existen en el sistema normativo de Costa Rica que establecen, de forma expresa, la prohibición de discriminación que se base en la opción sexual de las personas. Esto tiene gran relevancia, sobre todo porque debe considerarse que dentro de las poblaciones en situación de vulnerabilidad que son propensas a padecer enfermedades de transmisión sexual se encuentra la comunidad LGBT:

Con demasiada frecuencia las personas LGBTI son excluidas de los sistemas de protección legal, rechazados por las familias y las comunidades y carecen de igualdad de trato en las escuelas, locales de trabajo, establecimientos de salud y en las calles. Las múltiples formas de discriminación aumentan su exclusión social, lo que afecta su salud mental y su vulnerabilidad a la violencia sexual, a la violencia basada en género, al VIH y a otras infecciones de transmisión sexual, creando barreras para el acceso a la salud universal⁵⁵⁸.

De ahí la importancia de que en la norma analizada se establezca expresamente una protección especial que proscriba la discriminación en razón de la opción sexual, pues se está brindando una tutela particular a aquellas personas cuya orientación sexual no es la heterosexual. Sin embargo, el que la población LGBT sea más vulnerable a padecer este tipo de enfermedades, no significa que todos sus miembros las padecen, siendo que la relación entre la comunidad LGBT y el VIH/SIDA es un estigma que se debe eliminar.

3. Ley General de la Persona Joven

La Ley General de la Persona Joven, No. 8261 del 2 de mayo del año 2002 y reformada en el año 2013, constituye un avance en la tutela de los derechos humanos de las

⁵⁵⁷ Ley General sobre el VIH/SIDA, No.7771, del 29 de abril del año 1998, artículo 48.

⁵⁵⁸ Organización Panamericana de la Salud, “La ONU en América Latina y el Caribe llama a eliminar barreras que aumentan la exclusión social de las personas LGBTI”. Accesado el 28 de diciembre del año 2018 de: https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=12035:onu-lac-eliminar-barreras-que-aumentan-exclusion-social-personas-lgbti&Itemid=135&lang=es.

personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, al establecer en su numeral 4 lo siguiente:

Artículo 4. Derechos de las personas jóvenes. La persona joven será sujeto de derechos; gozará de todos los inherentes a la persona humana garantizados en la Constitución Política de Costa Rica, en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos o en la legislación especial sobre el tema. Además, tendrá los siguientes: (...)

c) **El derecho al trabajo, la capacitación, la inserción y la remuneración justa.** (...)

h) **El derecho a no ser discriminado por color, origen nacional, pertenencia a una minoría nacional, étnica o cultural, el sexo, la orientación sexual, la lengua, la religión, las opiniones, la condición social, las aptitudes físicas o la discapacidad, el lugar donde se vive, los recursos económicos o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de la persona joven**⁵⁵⁹. (El resaltado no es del original).

La ley en análisis establece una serie de derechos que les corresponden a las personas jóvenes en Costa Rica, que resultan de suma importancia, como lo son el derecho al trabajo. Incluso, se debe destacar que en el numeral 4 en estudio, en el inciso h) se establece el derecho a no ser discriminado, incluyendo como una causal la orientación sexual, pero también puede considerarse incluida la que se basa en la identidad de género de las personas jóvenes, por cuanto se subsume en la categoría que la ley crea al decir “cualquier otra condición o circunstancia personal o social de la persona joven⁵⁶⁰.”

4. Decreto Ejecutivo No. 27894: Reglamento Ley General sobre el VIH/SIDA

El Decreto Ejecutivo No. 27894, que responde al nombre de *Reglamento a la Ley General sobre el VIH-SIDA*, fue dictado el 3 de junio del año 1999. En el mismo, se encuentra una serie de normas que buscan erradicar la discriminación que sufren las personas portadoras de VIH/SIDA y se establecen algunos mecanismos de acción, en caso de que dichos actos discriminatorios se lleven a cabo.

⁵⁵⁹ Ley General de la Persona Joven, del 2 de mayo del año 2002, artículo 4.

⁵⁶⁰ Ibidem.

En lo que aquí interesa, se establece que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá realizar investigaciones, en un plazo máximo de 15 días hábiles, en casos de denuncias de actos discriminatorios en contra de personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, o de solicitudes ilegales de la prueba del VIH⁵⁶¹, siendo que dicho ministerio podrá sancionar administrativamente a los patronos, en caso de que dichos actos se comprueben⁵⁶², e incluso, de ser probada la denuncia, se debe remitir copia a las autoridades judiciales competentes.

Además, se prohíbe que se les solicite a las personas un dictamen o certificación para determinar si son portadoras del virus del VIH⁵⁶³, así como las imposiciones de restricciones o limitaciones que no sean iguales de las que sufre el resto de la población⁵⁶⁴. De modo que se exige que en todas las instituciones públicas o privadas que son cubiertas por el ámbito de aplicación de esta norma, se creen las sanciones correspondientes a la violación de la Ley No. 7771 o a este reglamento⁵⁶⁵. Por lo que la población LGBT que sea portadora de VIH o que se encuentre enferma de SIDA cuenta con la tutela brindada por dichas normas.

⁵⁶¹ Decreto Ejecutivo No. 27894: *Reglamento a la Ley General sobre el VIH-SIDA*, del 3 de junio del año 1999, artículo 25.

⁵⁶² Ibidem., artículo 26.

⁵⁶³ Ibidem., artículo 29.

⁵⁶⁴ Ibidem., artículo 30.

⁵⁶⁵ Ibidem., artículo 32.

Anexo 2

Entrevista semiestructurada sobre la percepción que poseen diversos actores sociales sobre la realidad actual de la comunidad LGBT en el ámbito laboral en Costa Rica

I. Datos Generales.

1. Nombre de la Organización: _____

2. Información de contacto: _____

3. Dirección: _____

4. Nombre de la persona entrevistada: _____

7. Teléfono y correo electrónico de la persona entrevistada: _____

8. Cargo que ocupa en la Organización la persona entrevistada: _____

II. Monitoreo sobre la percepción que poseen diversos actores sociales sobre la realidad actual de la comunidad LGBT en el ámbito laboral en Costa Rica.

1. ¿Conoce usted las normas jurídicas que existen en Costa Rica para tutelar los derechos laborales de las personas LGBT?

2. A partir de la normativa indicada, ¿qué opinión le merece la actuación realizada por los diversos actores sociales para garantizar el efectivo cumplimiento de dichas normas?

3. ¿Qué opina respecto a la situación actual vivida por las personas LGBT en el ámbito laboral en Costa Rica? ¿Considera que son víctimas de discriminación laboral?

4. ¿Conoce usted de mecanismos llevados a cabo por parte del sector público o privado que busquen resguardar los derechos laborales de las personas LGBT en Costa Rica?

5. ¿Considera que dichos esfuerzos son suficientes en la práctica?

6. ¿Cuál ha sido el papel desempeñado por la organización que representa respecto al tema?

7. ¿Qué herramientas utiliza la organización que representa para respetar los derechos laborales de las personas LGBT?

8. ¿Cuáles son, en su opinión, los principales obstáculos que impiden una verdadera aplicación de las normas que tutelan los derechos laborales de la comunidad LGBT en Costa Rica?

9. ¿Considera usted que dichos desafíos pueden sortearse? De ser así, ¿qué mecanismos piensa que podrían resultar útiles?

10. ¿Qué avances destaca respecto a la promoción del respeto y protección de los derechos laborales de la comunidad LGBT en Costa Rica?

Entrevista semiestructurada sobre la percepción que poseen personas lesbianas, gays, bisexuales y trans sobre su realidad actual en el ámbito laboral en Costa Rica

I. Datos Generales.

1. Nombre de la persona entrevistada: _____
2. Teléfono de la persona entrevistada: _____
3. Correo electrónico de la persona entrevistada: _____
4. Nombre del lugar de trabajo de la persona entrevistada: _____
5. Cargo que ocupa en la organización para la que trabaja: _____

II. Monitoreo sobre la percepción que poseen personas lesbianas, gays, bisexuales y trans sobre su realidad actual en el ámbito laboral en Costa Rica.

1. ¿Conoce usted las normas jurídicas que existen en Costa Rica para tutelar los derechos laborales de las personas LGBT?

2. A partir de la normativa indicada, ¿qué opinión le merece la actuación realizada por los diversos actores sociales para garantizar el efectivo cumplimiento de dichas normas?

3. ¿Qué opina respecto a la situación actual vivida por las personas LGBT en el ámbito laboral en Costa Rica? ¿Cuál ha sido su experiencia personal?

4. ¿Considera que las personas LGBT son víctimas de discriminación laboral?

5. ¿Conoce usted de mecanismos llevados a cabo por parte del sector público o privado que busquen resguardar los derechos laborales de las personas LGBT en Costa Rica?

6. ¿Considera que dichos esfuerzos son suficientes en la práctica?

7. ¿Cuál ha sido el papel desempeñado por su empleadora respecto al tema?

8. ¿Qué herramientas utiliza su empleadora para respetar los derechos laborales de las personas LGBT?

9. ¿Cuáles son, en su opinión, los principales obstáculos que impiden la aplicación de las normas que tutelan los derechos laborales de la comunidad LGBT en Costa Rica?

10. ¿Considera usted que dichos desafíos pueden sortearse? De ser así, ¿qué mecanismos piensa que podrían resultar útiles?

11. ¿Qué avances destaca respecto a la promoción del respeto y protección de los derechos laborales de la comunidad LGBT en Costa Rica?
