

FACULTAD DE DERECHO DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

**OBSERVACIONES SOBRE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA  
PRESENTADA POR EL ESTADO DE COSTA RICA**

Santiago de Chile, 10 de febrero de 2017

Elaborado por un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia  
Universidad Católica de Chile, especialmente comisionados para ello.

## ÍNDICE

### INTRODUCCIÓN

#### SECCIÓN I: INADMISIBILIDAD DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA

##### Introducción

1. Momento Procesal Oportuno
2. Motivos que exigen rechazar las solicitudes de opinión consultiva
3. Motivos aplicables a este caso en concreto
  - 3.1 Cuestiones generales
  - 3.2. Utilización de la opinión consultiva como un instrumento de debate político interno
  - 3.3. Obtención de un pronunciamiento prematuro sobre un potencial procedimiento

##### Conclusión

#### SECCIÓN II. OPINIONES CONSULTIVAS Y DELIBERACIÓN POLÍTICA

1. El carácter subsidiario del Sistema como límite a las opiniones consultivas
2. El principio de subsidiariedad y el Sistema Interamericano
3. La necesidad de preservar los espacios de deliberación política y los razonables márgenes de discrecionalidad de los Estados
4. Corte Interamericana: protegiendo la pureza del proceso político

##### Conclusión

#### SECCIÓN III: SOBRE EL JUEZ NACIONAL EN OPINIONES CONSULTIVAS

#### SECCIÓN IV: ANÁLISIS SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

1. Sobre si exigir un proceso judicial para realizar cambios al nombre y sexo viola la Convención
  - 1.1. Adecuación del establecimiento de procedimientos judiciales
2. Sobre si la legislación actual de Costa Rica vulnera la Convención
  - 2.1. Sobre si el derecho al reconocimiento de la personalidad incluye el derecho a la identidad de género
  - 2.2. Libertad de expresión como protección de la “expresión de género”
  - 2.3. El derecho a la vida privada en el marco de la protección de la honra y la dignidad

3. Distinción entre el motivo prohibido de discriminación y los derechos reconocidos.
4. La identidad de género como categoría jurídica y su ingreso al ordenamiento jurídico interamericano
5. Relevancia de la distinción conceptual entre género y sexo

**SECCIÓN V: INCURSIÓN EN CUESTIONES ANTROPOLÓGICAS Y ÉTICAS ABIERTAS EN LA DISCUSIÓN MORAL, JURÍDICA Y POLÍTICA CONTEMPORÁNEA, CUYA RESOLUCIÓN NO ES COMPETENCIA DE LA CORTE.**

Introducción

1. ¿Existe una identidad de género completamente independiente de la determinación biológica de la sexualidad?
2. ¿Es el género una construcción social y cultural sin arraigo ninguno en elementos estables de la constitución del ser humano?
3. ¿Constituyen los roles femeninos y masculinos asociados al sexo biológico, por sí mismos, una imposición cultural contraria a la autonomía del individuo?
4. ¿Deberían los Estados esforzarse por erradicar dicha imposición en todos los niveles?

**CONCLUSIÓN**

## INTRODUCCIÓN

El Estado de Costa Rica ha enviado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una petición de opinión consultiva que cuenta con dos partes. En primer lugar, el Estado consulta sobre ciertas protecciones que serían debidas bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos a individuos que se identifican a sí mismos como transgénero o transexuales, y si acaso la actual legislación costarricense es compatible con dichas protecciones presuntivamente debidas. En segundo lugar, se realiza una pregunta abierta sobre qué protecciones brinda la Convención al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

Este informe de observaciones a la solicitud de opinión consultiva es presentado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en respuesta a la convocatoria efectuada por la Secretaría de la Corte para recibir opiniones escritas sobre la solicitud, conforme al artículo 73 del Reglamento de la Corte.

La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile es una de las más antiguas escuelas de derecho de Chile, fundada en 1888. Ella nace con el firme propósito de formar, según una concepción cristiana e integral del ser humano, nuevas generaciones de líderes en el campo de las ciencias jurídicas. En la actualidad, y desde el año 2013, el *QS World University Rankings by Subject* reconoce a la Facultad como una de las 50 mejores escuelas de Derecho del mundo, y la primera en Iberoamérica. Es, además, la primera facultad de Derecho fuera de los Estados Unidos de América en ser evaluada y aprobada por la *Association of American Law Schools (AALS)* conforme a sus criterios y estándares.

La Facultad de Derecho se presenta ante la Corte como un *amicus*, a fin de emitir su opinión respecto de la consulta costarricense. En esta opinión se considera que la solicitud de opinión consultiva no es admisible, en virtud de los criterios de admisibilidad establecidos previamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, se plantea la inexistencia del reconocimiento y vigencia jurídica de los presuntos derechos implícitamente reconocidos en la presentación del Estado. Asimismo, cabe advertir, a juicio de estos informantes, que las premisas tácitas que subyacen a la consulta de Costa Rica forman parte de un debate de carácter político, filosófico, antropológico y ético que no ha sido resuelto por la comunidad de Estados, y cuya resolución no está dentro de las competencias de la Corte, de suerte que su decisión por medio de una opinión consultiva incurriría en una actuación *ultra vires*.

A efectos de resguardar el orden de esta presentación, el informe discurrirá primero sobre las cuestiones de admisibilidad de la petición de Costa Rica, para luego continuar con la cuestión relativa a la necesidad de respetar el principio de subsidiariedad como resguardo de la deliberación política; la inexistencia de una violación de los derechos humanos protegidos por la Convención al exigir un procedimiento judicial para cambios de nombre por cualquier motivo; la discusión sobre si la identidad de género es en realidad una categoría sospechosa, especialmente protegida por la Convención; la distinción entre el motivo prohibido de discriminación y el derecho; la clarificación conceptual entre sexo y género; y la cuestión de la falta de competencia de la Corte para zanjar disputas distintas de

la interpretación y aplicación de la Convención Americana y el derecho internacional en general.

## SECCIÓN I: INADMISIBILIDAD DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA

### Introducción

El artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH” o “la Convención”) faculta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para responder consultas efectuadas por los Estados partes acerca de “la interpretación de [la] Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. Dicha facultad permite a la Corte pronunciarse, en el contexto de la consulta, respecto de “la compatibilidad entre [las] leyes internas [de los Estados] y los mencionados instrumentos internacionales”.

La Corte ha entendido que la atribución otorgada por el artículo 64 tiene un carácter amplio.<sup>1</sup> Sin embargo, la misma Corte también ha afirmado que existen ciertos factores que permiten delimitar el alcance del ejercicio de su función consultiva, pese a la amplitud del texto del señalado artículo 64 de la Convención. En ese sentido, la Corte ha manifestado que “la amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención no puede (...) confundirse con la ausencia de límites a la función consultiva”<sup>2</sup>.

A lo largo de su historia, la Corte Interamericana ha rechazado referirse a cinco asuntos en los cuales se le ha solicitado entregar una opinión consultiva<sup>3</sup>. En dichas ocasiones, así como en algunas opiniones consultivas que efectivamente ha emitido, la Corte ha sentado los principios según los cuales no sería adecuado que ella emita su opinión. Sobre la base de estos principios, consideramos que la Corte no debe responder la solicitud del Estado de Costa Rica.

### 1. Momento Procesal Oportuno

Antes de referirnos a los motivos de fondo en virtud de los cuales la Corte no debe pronunciarse sobre esta solicitud de opinión consultiva, hacemos presente que nos encontramos en un momento procesal oportuno para hacer esta observación. En efecto, la Corte ha declarado la inadmisibilidad de solicitudes consultivas en dos momentos procesales distintos. En primer lugar, lo ha hecho en forma previa a la transmisión de la solicitud a todos los Estados miembros y a los órganos de la OEA<sup>4</sup>. Dicho momento procesal ya ha pasado en este caso.

En segundo lugar, la Corte ha rechazado pronunciarse sobre opiniones consultivas con posterioridad a la notificación y a la recepción de las observaciones presentadas por los Estados y la Comisión. Ha hecho esto en dos oportunidades. Primero, en la respuesta a una

<sup>1</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-1/82 “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1982). Serie A No. 1, párrafo 14.

<sup>2</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-1/82 “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1982). Serie A No. 1, párrafo 18.

<sup>3</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Compatibilidad de un Proyecto de Ley con el Artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva, serie A OC-12/91. San José de Costa Rica, 6 de diciembre de 1991; Corte IDH, Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la República de Costa Rica, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 10 de mayo de 2005; Corte IDH, Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 24 de junio de 2005; Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 27 de enero de 2009, y Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 23 de junio de 2016.

<sup>4</sup> Artículo 73 del Reglamento de la Corte.

solicitud de opinión consultiva vinculada a la convencionalidad de un proyecto de ley, en diciembre de 1991, y en su resolución sobre la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de junio de 2005<sup>5</sup>. En ambos casos, algunos intervinientes hicieron presente que la Corte no debía emitir su opinión consultiva, como ocurre ahora.

En atención a lo que se expuso previamente, la solicitud de rechazo de la petición de opinión consultiva se ha promovido en un momento oportuno y corresponde rechazar esta solicitud de opinión consultiva.

## 2. Motivos que exigen rechazar las solicitudes de opinión consultiva

La primera opinión consultiva resuelta por la Corte nos legó un par de reglas generales sobre los casos en los que procede rechazar una solicitud. La primera regla nos dice que la Corte sólo puede conocer “sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del Sistema Interamericano”<sup>6</sup>. Este requisito se cumple adecuadamente en la solicitud de opinión consultiva que ahora nos convoca.

Una segunda regla impide admitir una “solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte o, en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la CADH, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos”<sup>7</sup>. Esta regla no parecía ser particularmente clara, pero una resolución reciente de la Corte, por la cual rechazó pronunciarse sobre una solicitud de opinión consultiva presentada en 2016, es bastante ilustrativa. Ella enumera motivos por los cuales puede rechazarse sobre una solicitud, esto es, los casos en que podría desvirtuarse la jurisdicción contenciosa de la Corte. Esta resolución señala que la Corte no se pronunciará cuando la solicitud de opinión consultiva:

- a) Encubra un caso contencioso<sup>8</sup>;
- b) Pretenda “obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso”<sup>9</sup>;
- c) Busque “obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno”<sup>10</sup>;
- d) Sea utilizada “como un instrumento de un debate político interno”<sup>11</sup>;

<sup>5</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Compatibilidad de un Proyecto de Ley con el Artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva, serie A OC-12/91. San José de Costa Rica, 6 de diciembre de 1991; y Corte Interamericana de DD.HH. Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 24 de junio de 2005, vistos, párrs. 6-12.

<sup>6</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva, serie A OC-1/82. San José de Costa Rica, 24 de septiembre de 1982, párr. 31.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH. Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por el Secretario General de la OEA (2016), considerando N° 6.

<sup>9</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH. Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por el Secretario General de la OEA (2016), considerando N° 6.

<sup>10</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por el Secretario General de la OEA (2016), considerando N° 6.

<sup>11</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por el Secretario General de la OEA (2016), considerando N° 6.

- e) Abarque, “en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia”<sup>12</sup>, y
- f) Procure resolver cuestiones de hecho<sup>13</sup>.

### 3. Motivos aplicables a este caso en concreto

#### 3.1 Cuestiones generales

De los motivos anteriormente enumerados, hay dos que son claramente aplicables a este caso. El primero, es el de la letra b), es decir, **que se pretenda obtener un pronunciamiento prematuro sobre un tema o asunto que pueda ser sometido a la Corte mediante un procedimiento contencioso**. El segundo es el de la letra d), es decir, **que se busque utilizar la opinión consultiva como un instrumento de un debate político interno**. Esta segunda causal no se encuentra descrita en detalle en dicho instrumento, pero había sido desarrollada previamente en la Opinión Consultiva OC-4/84, que dispuso que “[a]l decidir acerca de la admisibilidad de solicitudes de opinión consultiva sobre propuestas legislativas como tales y no sobre leyes vigentes, la Corte debe [...] actuar cuidadosamente para asegurarse de que su jurisdicción consultiva en estos casos no sea utilizada como instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno. La Corte, en otras palabras, no debe inmiscuirse en disputas políticas internas, que podrían afectar el papel que la Convención le asigna”<sup>14</sup>.

A continuación explicaremos por qué la solicitud de Costa Rica cabe dentro de las hipótesis previamente enunciadas. Antes de hacerlo, recordaremos que la solicitud de opinión consultiva presentada por la República de Costa Rica hace las siguientes preguntas:

a) Si la CADH exige que el Estado reconozca y facilite el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una, y si el proceso judicial existente en Costa Rica es aceptable.

b) Si la CADH exige que el Estado reconozca derechos patrimoniales como consecuencia de un vínculo entre personas de un mismo sexo, y si es necesaria una figura jurídica que regule dicho vínculo.

#### 3.2. Utilización de la opinión consultiva como un instrumento de debate político interno

En primer lugar, debe notarse que en Costa Rica se encuentran actualmente en discusión sendos proyectos de ley sobre los dos temas consultados en la solicitud de opinión consultiva. El primero es el *proyecto de ley N° 19.841, titulado “Ley de Reconocimiento de los Derechos a la Identidad de Género e Igualdad ante la Ley”*. Dicho proyecto, de fecha 25 de enero de 2016, establece en su artículo 3° la posibilidad de que toda persona pueda “solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida”. En segundo

<sup>12</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por el Secretario General de la OEA (2016), considerando N° 6.

<sup>13</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por el Secretario General de la OEA (2016), considerando N° 6.

<sup>14</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva, serie A OC-4/84. San José de Costa Rica, 19 de enero de 1984, párr. 30.

lugar, en Costa Rica se encuentra en discusión el *proyecto de ley N° 16.390, titulado “Ley de Uniones Civiles en Costa Rica”*. Este proyecto lidia con el tema de la segunda pregunta, pues su objetivo central es establecer un sistema según el cual se puedan legalizar las uniones homosexuales y, consecuentemente, se regule el régimen patrimonial de dichas uniones.

Como puede observarse, la opinión que se emita en relación con el tema del registro de la identidad de género en esta materia, y en el reconocimiento del régimen patrimonial de las uniones entre personas del mismo sexo, tendrá una influencia en los legisladores al momento de votar estas leyes, pues incide directamente en el artículo central de la misma.

La Corte no puede desconocer su jurisprudencia previa, y “[a]l decidir acerca de la admisibilidad de solicitudes de opinión consultiva sobre propuestas legislativas como tales y no sobre leyes vigentes, la Corte debe [...] actuar cuidadosamente para asegurarse de que su jurisdicción consultiva en estos casos no sea utilizada como instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno. La Corte, en otras palabras, no debe inmiscuirse en disputas políticas internas, que podrían afectar el papel que la Convención le asigna”<sup>15</sup>. Si la Corte emitiera una opinión en esta materia, se prestaría para que ella sea usada como un instrumento político en los debates partisanos internos, cuestión que no haría más que desprestigiar a la Corte en el ámbito interno de Costa Rica y de los demás Estados sujetos a su jurisdicción.

Cabe destacar que los temas consultados por Costa Rica no consisten en derechos establecidos explícitamente en la Convención –cuestión que por lo demás abordamos más abajo en esta presentación–, y se refiere a algunos temas que son de política pública, por lo que no puede decirse que se refieran a temas del núcleo de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana u otros, sino de asuntos que las sociedades deben decidir democráticamente. La pretensión que se encuentra detrás del interés de los promotores de los proyectos de ley costarricenses atendería más bien a las facultades ordinarias del Estado en adoptar su legislación. Por lo demás, en caso de establecerse un derecho a través de la legislación, éste sería un derecho simplemente legal, que no procedería directamente de los tratados de derechos humanos actualmente vigentes. Intervenir en esta decisión de política interna, tomando partido por una posición en vez de otra (en atención a que este asunto no ha sido zanjado por el derecho internacional), implica cortar el proceso de interpretación y determinación a nivel interno, dificultando que el Estado ejerza el papel que le corresponde.

### **3.3. Obtención de un pronunciamiento prematuro sobre un potencial procedimiento**

Un segundo motivo por el cual la Corte no debiera referirse a estos asuntos, es que ambas preguntas se refieren a temas que podrían ser objeto de un caso contencioso ante el Sistema Interamericano en un futuro cercano. Aunque el Sistema no estuviera conociendo de asuntos surgidos por la falta de autorización de cambios de nombre y sexo por la falta de concordancia entre el sexo y la identidad de género afirmada por la persona, ello no implicaría que casos basados en dicho asunto no vayan a surgir. Más aún, la jurisprudencia

---

<sup>15</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva, serie A OC-4/84. San José de Costa Rica, 19 de enero de 1984, párr. 30.

de la Corte suele usar como estándar el que un caso *pueda* presentarse ante el Sistema, y no sólo que éste ya se encuentre ante la Comisión<sup>16</sup>.

Con todo, cabe mencionar que existen actualmente al menos dos casos de los que tenemos conocimiento que se encuentran ya dentro del Sistema y que se vinculan directamente con ambas preguntas promovidas por Costa Rica. Así, Chile ha sido denunciado ante la Comisión Interamericana por su presunta vulneración de derechos humanos al reservar el estatuto matrimonial para parejas de sexos opuestos<sup>17</sup>. Si bien dicha denuncia se encuentra hoy en proceso de solución amistosa entre el Estado y los denunciantes, esto no es indicativo de que el asunto no llegará ante la Corte. Sin ir más lejos, el reciente caso *Flor Freire v. Ecuador* también fue objeto de una solución amistosa frente a la Comisión y a pesar de ello el asunto terminó siendo conocido y resuelto por la Corte. Por otra parte, y en relación a la cuestión del “reconocimiento de la identidad de género”, existe una denuncia pendiente en el denominado caso de *Luiza Melinho v. Brasil*<sup>18</sup> que presenta preguntas análogas a las del presente caso. Así, se verifica ya en los hechos que existen causas pendientes en el Sistema en relación con las mismas preguntas, de forma que un pronunciamiento ahora sería indebido en cuanto prematuro ante causas vigentes.

Sostenemos la convicción de que esta es razón suficiente para que la Corte se abstenga de emitir un pronunciamiento en forma de opinión consultiva respecto de ambas preguntas costarricenses. Dada la particularidad de que la denuncia relacionada con la cuestión de las uniones entre parejas del mismo sexo se dirige en contra de Chile, Estado en el que opera y reside nuestra facultad de Derecho, nos reservamos los argumentos sustantivos del caso en atención a la posibilidad real y probable de que el asunto sea conocido bajo la jurisdicción contenciosa de la Corte, ante lo cual realizaremos nuestros descargos.

A mayor abundamiento, es importante recordar que ésta no es la primera vez que el Estado de Costa Rica ha tratado de usar a la Corte como un mecanismo para influir en los debates internos, o ha presentado opiniones que podrían minar la jurisdicción contenciosa de la Corte. En efecto, Costa Rica lo ha hecho en dos ocasiones. La primera buscaba que la Corte se pronunciara sobre ciertas dudas referidas a un par de proyectos de ley que buscaban cumplir con lo dispuesto en el artículo 8 inciso 2.h de la CADH, pero la Corte notó que esto podía constituir una forma de “solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso”<sup>19</sup>. En segundo lugar, en mayo de 2005 la Corte rechazó una solicitud presentada por Costa Rica. Al hacerlo, la Corte afirmó que la solicitud de Costa Rica buscaba, indirectamente, dos asuntos. Primero, que la Corte se pronunciara sobre un asunto que ya había sido resuelto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Segundo, que la Corte Interamericana se

---

<sup>16</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la República de Costa Rica, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 10 de mayo de 2005, considerando párr. 13; Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 27 de enero de 2009, considerando párr. 7, y Corte IDH, Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 23 de junio de 2016, considerando N° 6.

<sup>17</sup> Corresponde al caso P-946-12, de los peticionarios Movimiento de Integración y Liberación Homosexual y otros contra Chile. Recordamos a la Corte que Chile ha legislado ya sobre las uniones civiles accesibles por parejas del mismo y opuesto sexo. Este caso se refiere específicamente a la negativa de Chile de modificar su ordenamiento jurídico y reformar la institución matrimonial.

<sup>18</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DD.HH., Informe de admisibilidad N° 11/16, petición 362-09, 14 de abril de 2016.

<sup>19</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Compatibilidad de un Proyecto de Ley con el Artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva, serie A OC-12/91. San José de Costa Rica, 6 de diciembre de 1991, párr. 28.

pronunciara sobre qué decisión prevalecería en una eventual contradicción entre lo dispuesto por dicha Corte Suprema y una opinión consultiva de la Corte Interamericana<sup>20</sup>. Por ello, esta última consideró que esta solicitud se refería a asuntos que, si bien no habían “sido sometidos ante el Sistema Interamericano dentro del mecanismo de peticiones individuales, [...] una respuesta a las preguntas de Costa Rica podría resultar en un pronunciamiento indirecto, por la vía de opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no resueltos a nivel interno ni sometidos a consideración de la Comisión o de la Corte”<sup>21</sup>. De este modo, la Corte consideró que dicha solicitud constituía una situación que podría desvirtuar la jurisdicción contenciosa y minar los efectos del Sistema Interamericano frente a los procesos pendientes a nivel interno<sup>22</sup>.

## Conclusión

En virtud de las razones presentadas anteriormente, corresponde que la Corte Interamericana rechace pronunciarse sobre la solicitud que le fue presentada. Sólo así podrá ser fiel a su jurisprudencia previa. En caso de no hacerlo, estará influyendo en un asunto que se encuentra en pleno debate legislativo en Costa Rica, lo que podría no sólo minar la conciencia de imparcialidad que debe rodear a un tribunal de derechos humanos. Además haría que la Corte actuara en contra de uno de los principios básicos de la Organización de los Estados Americanos, cual es el derecho de los Estados “a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social”<sup>23</sup>, como ocurre con las decisiones en materia de los registros que el Estado opte por llevar.

---

<sup>20</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la República de Costa Rica, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 10 de mayo de 2005, considerando párr. 12.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, considerando párr. 13.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, considerando párr. 13.

<sup>23</sup> Art. 4.e de la Carta de la OEA. Recordamos además, y a modo de ejemplo, que el artículo 8.4 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace referencia a que el análisis del cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados debe tomar en consideración que el mismo “puede tomar una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados...”, sin que exista una única manera aceptable o legítima.

## SECCIÓN II. OPINIONES CONSULTIVAS Y DELIBERACIÓN POLÍTICA

### 1. El carácter subsidiario del Sistema como límite a las opiniones consultivas

A mayor abundamiento, cabe tener presente que de acuerdo al criterio de la Corte, existen dos tipos de límites a su función consultiva. El primer grupo de límites impide a aquel tribunal pronunciarse respecto al alcance “de los compromisos internacionales (...) asumidos por estados que no sean miembros del Sistema Interamericano, o a interpretar las normas que regulan la estructura o funcionamiento de órganos (...) ajenos al mismo”.<sup>24</sup> Mientras tanto, un segundo grupo de límites “se derivan de la función general que corresponde a la Corte dentro del sistema de la Convención”.<sup>25</sup>

Es el conjunto de este último tipo de límites el que se encuentra en directa relación con el carácter subsidiario del Sistema de protección regional de derechos humanos. De acuerdo a la Corte, el ejercicio de su función consultiva “no puede desvincularse de los propósitos de la Convención”<sup>26</sup> y, por tanto, su ejercicio no podría contrariar la “finalidad coadyuvante” de la misma<sup>27</sup>. De acuerdo a este criterio definido por la propia Corte, toda solicitud de opinión consultiva que busque o implique alterar la naturaleza subsidiaria del Sistema debe ser declarada inadmisibile. Esto en la medida que una solicitud de esa naturaleza no haría sino “desnaturalizar”<sup>28</sup> la jurisdicción no contenciosa del señalado tribunal.

### 2. El principio de subsidiariedad y el Sistema Interamericano

La Corte ha afirmado en variadas oportunidades el carácter subsidiario y coadyuvante del Sistema de protección interamericano de derechos humanos<sup>29</sup>. En virtud de aquel, los órganos regionales del Sistema Interamericano y los Estados partes deben asumir responsabilidades diferenciadas y escalonadas en relación a la protección de los derechos reconocidos por la Convención. Así, corresponde a los Estados asumir la responsabilidad de “asegurar la implementación de la Convención Americana a nivel nacional”<sup>30</sup>. Mientras tanto, corresponderá a los órganos del Sistema —la Comisión y la Corte— otorgar protección jurisdiccional a los derechos reconocidos en el tratado *únicamente cuando los Estados no sean capaces de garantizarlos, ya sea por error, negligencia o directa infracción por parte de aquellos*. Esto último por medio del pronunciamiento de la correspondiente condena y de la imposición de las medidas de reparación necesarias para que, como reza el artículo 63.1, “se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.”

<sup>24</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-1/82 “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1982). Serie A No. 1, párrafo 21.

<sup>25</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-1/82 “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1982). Serie A No. 1, párrafo 22.

<sup>26</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-1/82 “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1982). Serie A No. 1, párrafo 25.

<sup>27</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-1/82 “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1982). Serie A No. 1, párrafo 25.

<sup>28</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-1/82 “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1982). Serie A No. 1, párrafo 31.

<sup>29</sup> E.g. CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Caso Acevedo Jaramillo v. Perú. Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C-157, párrafo 66.

<sup>30</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Caso Acevedo Jaramillo v. Perú. Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C-157, párrafo 66.

Los valores que el principio de subsidiariedad busca custodiar en la esfera internacional son diversos. En primer lugar, la aplicación de la subsidiariedad en esta esfera tiene por objetivo proteger los justos espacios de autonomía propios de toda comunidad políticamente organizada. Ello por medio del reconocimiento del papel primario que corresponde representar a los Estados en la protección de los derechos humanos *vis a vis* con las autoridades regionales. En efecto, son los Estados los primeros llamados a asumir la responsabilidad de garantizar y proteger los derechos humanos de quienes habitan dentro de sus respectivas jurisdicciones, adoptando “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (artículo 2º de la Convención). En la medida que los Estados se encuentran naturalmente habilitados para cumplir con esta obligación internacional en relación a sus ciudadanos, es justo que sean ellos —y no un órgano internacional— los llamados a asumir esta responsabilidad.

En ese contexto, corresponderá a las instituciones regionales, como la Corte o la Comisión Interamericana, intervenir únicamente cuando los Estados no asuman su responsabilidad de protección, o bien cuando aquellos se conviertan en agentes infractores de los derechos humanos de sus ciudadanos. Desde esa perspectiva, la labor de las instituciones regionales es apoyar a los Estados en sus esfuerzos por dar cumplimiento a las obligaciones internacionales de derechos humanos adquiridas por estos en virtud de la ratificación de la Convención Americana. Luego, sería injusto que las instituciones regionales de derechos humanos reemplacen a los Estados en el cumplimiento de las responsabilidades de implementación y protección de derechos humanos que a ellos corresponden.

Por otro lado, la doctrina de la subsidiariedad aplicada en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos tiene un valor relevante desde la perspectiva de la democracia y el autogobierno<sup>31</sup>. Tal como se mencionó anteriormente, la Convención Americana contiene una multiplicidad de estándares de derechos humanos cuya implementación dentro de los Estados requiere necesariamente de la generación de reglas concretas que permitan especificar su ejercicio “en conformidad con las justas exigencias del bien común”, tal como lo manifiesta el artículo 32.2 de la Convención.

Ahora bien, dentro de los Estados, los llamados primariamente a asumir esa responsabilidad son las legislaturas democráticamente elegidas a través de procedimientos transparentes y determinados<sup>32</sup>. De esa forma, los intereses de quienes serán los destinatarios de las normas jurídicas son suficientemente considerados y, simultáneamente, quienes deciden están sujetos a reglas de responsabilidad política, lo que promueve el ideal democrático de control de la autoridad<sup>33</sup>.

En conclusión: la Corte, interpretando y aplicando el texto de la Convención, ha reconocido el carácter subsidiario del Sistema de protección regional de derechos humanos. Por tanto, la propia Corte ha aceptado que el principio de subsidiariedad es el criterio que permite distinguir conceptualmente los ámbitos de responsabilidad tanto de los Estados como de las instituciones regionales en relación al deber de protección de los derechos humanos reconocidos por la Convención. De allí el interés demostrado por la Corte en

---

<sup>31</sup> DOUGLAS LEE DONOHO, “Democratic legitimacy in human rights: the future of international decision-making”, en: *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 21 (2003), pp. 21-25.

<sup>32</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-6/86 “La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos” (1986). Serie A No.5, párrafo 38.

<sup>33</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-6/86 “La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos” (1986). Serie A No. 5, párrafo 22.

preservar el carácter coadyuvante del Sistema en el contexto de sus pronunciamientos en torno a las causales de admisibilidad de las opiniones consultivas.

### **3. La necesidad de preservar los espacios de deliberación política y los razonables márgenes de discrecionalidad de los Estados**

Tal como se mencionó anteriormente, la Corte ha reconocido que el carácter coadyuvante o subsidiario del sistema regional de protección de derechos humanos representa un límite institucional al ejercicio de la jurisdicción consultiva de aquel tribunal. Este carácter subsidiario permite explicar un buen número de las razones por las cuales la Corte ha declarado inadmisibles ciertas solicitudes de opinión consultiva, según fue previamente descrito. En efecto, por medio del establecimiento de algunas causales de admisibilidad, la Corte ha buscado proteger aspectos del Sistema vinculados a exigencias procedimentales y sustantivas del principio de subsidiariedad<sup>34</sup>. Como ya señalamos en la sección precedente, en relación a las exigencias sustantivas, la Corte ha afirmado que no corresponde utilizar el mecanismo de las opiniones consultivas para buscar un pronunciamiento que pudiera afectar el debate legislativo interno o bien que fuerce una decisión de la Corte en torno a la validez de la legislación nacional.

En ese sentido, la Corte ha señalado que deben ser declaradas inadmisibles todas aquellas solicitudes de opinión consultiva que potencialmente puedan ser utilizadas al interior de los Estados como “instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno”.<sup>35</sup> Esta causal de inadmisibilidad referida por la Corte también exhibe una particular sensibilidad por la necesidad de preservar el carácter subsidiario del Sistema regional de derechos humanos.

En efecto, en conformidad a lo señalado por el artículo 2º de la Convención son los Estados los llamados a “a adoptar (...) las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos (...) derechos y libertades”, especificando los mismos a través de un proceso normativo que busque armonizarlos con otras “justas exigencias del bien común”, según indica el artículo 32.2.

Este proceso de especificación legislativa de los derechos es, de acuerdo a lo establecido en la Convención, responsabilidad de los Estados. Corresponde a ellos, y no a los órganos del Sistema regional, asumir este deber. Ahora bien, la propia Corte ha reconocido en el ejercicio de su función consultiva un alto grado de autonomía a los Estados en el contexto de este proceso. Ello en la medida que aquella ha afirmado que ciertas materias se encuentran “reservadas al dominio exclusivo del derecho interno”<sup>36</sup> y que los Estados gozan de un margen de apreciación razonable para especificar los estándares de derechos humanos amplios y generales contenidos en la Convención<sup>37</sup>. Estos criterios son absolutamente coherentes con las demandas de la subsidiariedad en el ámbito del proceso de especificación de derechos. En efecto, los Estados tienen la responsabilidad

---

<sup>34</sup> Un análisis del contenido de esas exigencias se encuentra en: SAMANTHA BESSON, “Subsidiarity in international human rights law—What is subsidiary about human rights?”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 61, No. 1 (2016), pp. 78-83.

<sup>35</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-4/84 propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (1984). Serie A No. 4, párrafo 26.

<sup>36</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-4/84 propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (1984). Serie A No. 4, párrafo 61.

<sup>37</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-4/84 propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (1984). Serie A No. 4, párrafo 62.

de delimitar el ámbito de ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a través de los mecanismos propios del proceso político.

#### **4. Corte Interamericana: protegiendo la pureza del proceso político**

Tal como se señaló anteriormente, corresponde a cada Estado especificar el ámbito de ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención. Ahora bien, la Corte ha señalado que dicho proceso de especificación de derechos corresponde eminentemente al legislador nacional<sup>38</sup>. Por medio de dicho proceso, el legislador procederá a determinar “las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias”<sup>39</sup> para armonizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención.

Ahora bien, la Corte asigna la responsabilidad primaria de especificar los derechos contenidos en la Convención al legislador nacional por dos razones. La primera de ellas es que las regulaciones del legislador acerca de los derechos están investidas del “asentimiento de la representación popular”<sup>40</sup> y cuentan, por tanto, con toda la fuerza que les otorga su legitimidad democrática. Por otro lado, la Corte confía al poder legislativo la especificación de los derechos en razón de las especiales características del proceso legislativo, el que permite “a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente”<sup>41</sup>. Desde esa perspectiva, la reserva legal en materia de regulación de derechos fundamentales representa “un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder”<sup>42</sup>.

En ese sentido, la Corte contrasta el carácter abierto, público y transparente del proceso legislativo con la opacidad de los procesos asociados al Poder Ejecutivo. En efecto, “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona”<sup>43</sup>. En este contexto, la regulación del ejercicio de derechos por parte del poder ejecutivo “equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados”<sup>44</sup>.

Ahora bien, en el contexto de la discusión legislativa abierta, pública y transparente en torno a las exigencias de los derechos es posible que surjan desacuerdos entre quienes participan de este proceso. En ese caso, será responsabilidad de los actores legislativos nacionales resolver ese desacuerdo por medio, por ejemplo, de una transacción o consenso que, reafirmando la regla de la mayoría, proteja simultáneamente los intereses más

<sup>38</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-6/86 la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986). Serie A No. 6, párrafo 32.

<sup>39</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-6/86 la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986). Serie A No. 6, párrafo 31.

<sup>40</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-6/86 la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986). Serie A No. 6, párrafo 22.

<sup>41</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-6/86 la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986). Serie A No. 6, párrafo 22.

<sup>42</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-6/86 la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986). Serie A No. 6, párrafo 22.

<sup>43</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-6/86 la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986). Serie A No. 6, párrafo 22.

<sup>44</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-6/86 la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986). Serie A No. 6, párrafo 27.

relevantes de la minoría<sup>45</sup>. Para la Corte es esencial que dicho proceso sea llevado a cabo de forma tal que aquel pueda expresar de forma razonable la voluntad popular. Con el propósito de proteger este proceso de interferencias anómalas, la propia Corte ha establecido que cuando existan “disputas políticas internas”<sup>46</sup> en torno a temáticas de derechos humanos, este tribunal “no debe inmiscuirse”<sup>47</sup> en ellas por medio del pronunciamiento de una opinión consultiva por cuanto esto podría “afectar el papel que la Convención le asigna”<sup>48</sup> dentro del Sistema regional de protección de derechos. Así, en la medida que la Corte evita inmiscuirse en el proceso legislativo, protege la justa autonomía del proceso legislativo de cada Estado y, de esta forma, protege el principio de subsidiariedad en su dimensión de autogobierno.

De allí que si la Corte recibe una solicitud de opinión consultiva que pueda ser utilizada al interior de los Estados como “instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno”<sup>49</sup>, la misma debe ser declarada inadmisibles por el tribunal interamericano.

Así las cosas, la debida comprensión de esta causal supone entender la lógica política detrás de la misma. La Corte busca por medio de esta causal proteger la transparencia de los procesos legislativos al interior de los Estados, aislando los mismos de cualquier tipo de interferencia indebida. Con esto, la Corte no cumple sino con una de las finalidades propias de la revisión judicial, la cual es preservar el proceso legislativo de influencias anómalas que impidan la adecuada manifestación de voluntad de los representantes del pueblo<sup>50</sup>.

Una de esas influencias anómalas, precisamente, puede originarse en la actuación de los órganos del poder ejecutivo. Ello particularmente en el contexto de regímenes presidenciales, como los latinoamericanos. Debido a la importancia de la figura presidencial en el contexto político regional, es posible que dicha autoridad influya indebidamente el proceso legislativo impidiendo que al interior del Congreso se genere una adecuada deliberación democrática, con todo el riesgo que esto último significa para la protección de los derechos fundamentales.

Dicha influencia puede originarse a través del abuso de la facultad propia del poder ejecutivo de representar al Estado en el ámbito de lo internacional. En ese sentido, es posible imaginar una situación en la que autoridades del poder ejecutivo —las únicas dentro del Estado con facultades para solicitar opiniones consultivas a la Corte— utilicen, precisamente, dicho mecanismo con propósitos ajenos a su finalidad. Por ejemplo, no es imposible imaginar una situación en que el poder ejecutivo busque obtener una opinión consultiva de la Corte respecto de un tema políticamente sensible con el sólo propósito de presionar al legislador democrático a resolver una discusión legislativa en un determinado sentido y no en otro. Evidentemente, el uso por parte del poder ejecutivo del mecanismo de las opiniones consultivas con estos fines representa una suerte de *desviación de poder*, en la

<sup>45</sup> JEREMY WALDRON, *Law and disagreement*. Oxford University Press, 1999, p. 235-239.

<sup>46</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-4/84 propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (1984). Serie A No. 4, párrafo 30.

<sup>47</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-4/84 propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (1984). Serie A No. 4, párrafo 30.

<sup>48</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-4/84 propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (1984). Serie A No. 4, párrafo 30.

<sup>49</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-4/84 propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (1984). Serie A No. 4, párrafo 26.

<sup>50</sup> JOHN HART ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 1980, pp. 105-134.

medida que una potestad conferida a aquel es utilizado con fines diversos a aquellos previstos tanto por la legislación nacional como internacional.

Desde esa perspectiva, la causal de inadmisibilidad en cuestión busca evitar que las autoridades del poder ejecutivo instrumentalicen a la Corte para que, por medio de la obtención de una opinión consultiva, afecten la transparencia del proceso legislativo. En ese sentido, y tal como lo afirmó el juez Sergio García Ramírez, el tribunal interamericano “n[o] es foro para la confrontación política entre las fuerzas que disputan el poder en un país, que pueden y deben zanjar sus diferencias por la vía democrática interna”<sup>51</sup>.

## **Conclusión**

La Corte reconoce que existen ciertas áreas del debate legislativo nacional en torno a derechos humanos en los cuales no le corresponde intervenir en el contexto del ejercicio de la función consultiva. Ello pese a la amplitud del artículo 64 de la Convención. En ese contexto, es tarea de la Corte determinar si la solicitud de opinión consultiva efectuada por el poder ejecutivo en representación del Estado busca forzar a aquel tribunal a pronunciarse respecto de una materia con el sólo propósito de influir indebidamente en el proceso legislativo. Si ello es así, corresponderá a la Corte declarar sin más la inadmisibilidad de la solicitud en cuestión. Con esto, la Corte protege la subsidiariedad en una doble dimensión. Primero, en la medida que reconoce implícitamente que corresponde al Estado asumir la responsabilidad primaria de interpretar e implementar las obligaciones correlativas a los derechos contenidos en la Convención y, segundo, en cuanto protege la esfera legítima de autonomía del legislador legislador y, sobre todo, la deliberación democrática al interior de cada sociedad. Con esto último se busca proteger la subsidiariedad en su expresión de autogobierno. Como ya hemos manifestado, creemos que la solicitud de opinión consultiva de Costa Rica incurre en esta forma de actuación indebida, buscando influenciar y coartar el libre debate democrático de la Asamblea Legislativa, y la posibilidad de que el legislador nacional realice una labor interpretativa y de determinación de contenido y protección de derechos o intereses, conforme es su prerrogativa.

---

<sup>51</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Opinión Consultiva OC-20/08 artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (2008). Serie A No. 20. Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrafo 83.

### SECCIÓN III: SOBRE EL JUEZ NACIONAL EN OPINIONES CONSULTIVAS

Según afirmamos, sería improcedente que la Corte siga conociendo de esta opinión consultiva. Sin embargo, en caso de que ella decidiera seguir conociéndola, la Corte debiera considerar que la jueza nacional del Estado solicitante, doña Elizabeth Odio, debiera excusarse de participar en esta opinión consultiva. Hacemos esta afirmación a la luz de las motivaciones de la *Opinión Consultiva OC-20/09, “Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*. En efecto, si bien en dicha opinión la Corte se refirió a la necesidad de que los jueces nacionales se excusaran de pronunciarse en casos contenciosos, los fundamentos esgrimidos son suficientemente aplicables a solicitudes de opiniones consultivas.

En primer lugar, la Corte consideró necesario que los jueces nacionales se abstuvieran de participar en asuntos contenciosos, no porque ellos fueran a ser favorables al Estado, sino que porque podrían tener visiones parciales sobre determinados problemas. En efecto, los jueces nacionales podrían tener una visión favorable a la presunta víctima en los casos contenciosos. Para dar un ejemplo, no sería aventurado considerar que la ex jueza Cecilia Medina Quiroga se abstuvo voluntariamente de conocer del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, no porque hubiera temor de que ella fuera favorable al Estado, sino porque ella, al haber sido exiliada del gobierno de Pinochet, podía ver sus propios sufrimientos reflejados en los sufrimientos de la víctima del caso.

Entonces, el excluir al juez nacional de los casos contenciosos no se hizo para evitar favorecer al Estado, sino que para evitar ideas preconcebidas sobre temas específicos, para evitar toda duda que pudiera generarse sobre la falta de imparcialidad de los jueces. Esto se observa, de algún modo, en la definición que hizo la Corte sobre el debido proceso, al afirmar que presupone

que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa de modo imparcial, es decir, careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio personal y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o *la comunidad* puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.<sup>52</sup>

Es importante notar que la Corte no sólo buscó desterrar dudas que pudiera tener *el justiciable* sobre la imparcialidad, sino que también las que pudiera tener *la comunidad*.

Los posibles problemas que pudiera tener la decisión de un caso contencioso por parte de un juez nacional, también podrían presentarse cuando ellos conozcan sobre opiniones consultivas. En efecto, la comunidad de las Américas también podría pensar que el juez nacional de un Estado se presenta con algún “prejuicio personal”, al momento de decidir sobre una opinión consultiva. Por esta razón, debe aplicarse el adagio jurídico que afirma: *a igual razón, igual disposición*. Así, una “interpretación armónica”<sup>53</sup> exigiría que los jueces nacionales se inhabiliten para conocer de una opinión consultiva que afecte a los Estados partes.

<sup>52</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva, serie A OC-20/09. San José de Costa Rica, 29 de septiembre de 2009, párr. 77 (la cursiva es nuestra).

<sup>53</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva, serie A OC-20/09. San José de Costa Rica, 29 de septiembre de 2009, párr. 26.

Lo anterior debiera ser especialmente aplicable en casos en que se efectúe una consulta sobre las normas de un país, pues dichas normas pueden afectar a los jueces nacionales.

En conclusión, la Corte Interamericana ha establecido previamente que los jueces nacionales deben excusarse de conocer los asuntos contenciosos que involucren a los Estados de los que son parte. Esta conducta se requiere en atención a que los jueces que conocen de los asuntos pueden tener preconcepciones sobre el resultado (ya sea en favor o en contra del Estado interesado). Este potencial interés se aprecia también en las solicitudes de opinión consultiva, especialmente cuando ellas se refieren a normas internas de los Estados, pues ellas podrían también tener una influencia en los jueces que emiten su opinión. Por ello, la jueza nacional del Estado solicitante debiera excusarse de conocer de esta opinión consultiva.

## SECCIÓN IV: ANÁLISIS SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

### 1. Sobre si exigir un proceso judicial para realizar cambios al nombre y sexo viola la Convención

#### 1.1. Adecuación del establecimiento de procedimientos judiciales

Como señala el escrito de solicitud de opinión consultiva del Estado de Costa Rica, tanto en los casos *Duque vs. Colombia* (2016) como en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012), la Corte ha llegado a la conclusión de que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención...” en relación con las ya mencionadas categorías sospechosas del artículo 1.1. y, por consiguiente, extendidas al artículo 24. Sin perjuicio de que más abajo se discuta sobre si dicha conclusión es acertada, para efectos de esta parte de nuestro análisis aceptamos con fines argumentativos la conclusión de la Corte, pero es nuestro parecer que no existe en el caso concreto una discriminación.

En efecto, no se advierte de qué manera la determinación de Costa Rica de exigir que los cambios de nombre se realicen por vía de un procedimiento judicial y no administrativo resulta en una discriminación basada en la identidad de género. El procedimiento en cuestión contenido en el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica no atiende de forma alguna a la identidad de género de los solicitantes del cambio. Simplemente es ciego respecto del punto. Asumiendo para fines argumentativos las premisas de las distintas teorías de género, bajo las cuales todas las personas tienen una identidad de género –ya sea ella concordante o discordante con el sexo biológico propio– el procedimiento de cambio de nombre evita inmiscuirse en dicha cuestión<sup>54</sup>, y aplica la misma regla procedimental para todos por igual.

No es posible sostener que quienes se identifican como titulares de una identidad de género discordante o disconforme con su sexo tengan por ese solo hecho un derecho específico a una atención y tratamiento diferenciado, en especial si se considera que la identidad de género, como se ha planteado en el pasado en las discusiones públicas, es *un elemento identitario más de la persona, a la par con el nombre*, que también es un atributo de la personalidad presente en toda persona protegida por la Convención. Ha sido la misma Corte la que ha señalado que el nombre es un *elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona*, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada por el Estado<sup>55</sup>.

En efecto, las solicitudes de cambio de nombre, por cualquier razón, *siempre* atienden a la intención de los solicitantes de tomar control de un elemento identitario básico que les es propio y con el que han de ser conocidos y reconocidos por el Estado y la sociedad. Si la razón es que el nombre dado originalmente no les gusta, que pretende deshacerse de un nombre familiar, o que creen que no representa ante el resto la realidad de quienes son, ello es y debe ser irrelevante a los ojos del Estado, pues el fundamento en todos los casos es siempre el mismo: controlar un elemento básico e indispensable de la

<sup>54</sup> Revisado el Código Civil Costarricense, no es posible encontrar una regla que prohíba a la persona elegir un nombre que no se encuentre normalmente asociado a un sexo distinto del que le es propio, por lo que razonamos sobre la base que la actual legislación de Costa Rica no obstaculiza el cambio de nombre en este sentido, sino que simplemente exige, como para todos los casos, que ello se haga en un procedimiento no contencioso ante un juez.

<sup>55</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, párrafo 182.

identidad de cada persona. Por ello, la discriminación arbitraria repudiable se generaría, por el contrario, si se estableciera un procedimiento administrativo especial aplicable *exclusivamente* a las personas que solicitan el cambio de nombre en razón de su identidad de género disconforme, pero denegado respecto de todos los demás y en perjuicio de ellos.

Si fuera contrario a la Convención que el procedimiento deba realizarse por vía judicial en vez de administrativa, esa contrariedad sería tal para todos los casos de cambio de nombre –en la medida que se acepta que el contenido del derecho al nombre incluye la posibilidad de cambiarlo libremente y por la sola voluntad de los individuos– pues todos ellos tienen la misma raíz común indistinguible, que es *definir un aspecto básico de la propia identidad*. Por lo mismo, si la conclusión de la Corte fuera que los procedimientos judiciales para el cambio de nombre constituyen un obstáculo inaceptable para el goce efectivo del derecho al nombre y del derecho implícito a la identidad personal, *entonces debe serlo para todos los peticionarios de cambios de nombre*. Sin embargo, no creemos que esta sea la respuesta acertada. Lo cierto es que, al menos hasta la fecha, jamás se ha considerado que la existencia de un régimen judicial de cambios de nombre sea contrario a los derechos humanos, siendo por lo demás el régimen aplicable en la práctica totalidad de los Estados partes del Sistema Interamericano.

A mayor abundamiento, la legislación costarricense –que no difiere en forma sustancial de la de los demás Estados partes en el Sistema Interamericano<sup>56</sup>– no impide el cambio de nombre solicitado, sino que simplemente exige que este se realice por medio de una petición en sede judicial en atención al carácter público –y de orden público– del nombre con el que cada persona es individualizada en sociedad, y el riesgo siempre real de que los cambios sean solicitados para fines abusivos, y con eventual perjuicio de terceros. Como bien expresa el jurista Alberto Lyon<sup>57</sup> –que sigue aquí las opiniones de Ferrara, Degui, Borda y Salvat– el nombre es al mismo tiempo una institución de policía civil y un derecho, teniendo por tanto una doble naturaleza que es tanto pública como privada.

Es la opinión generalizada de la doctrina civilista latinoamericana que los nombres no deben cambiar salvo circunstancias extraordinarias ya que aquel existe “para proteger los derechos individuales de las personas y de la sociedad y, además, trata de dar seguridad en la identificación de las personas. Los intereses colectivos y la necesidad de evitar confusión no permiten sus cambios voluntarios y caprichosos”<sup>58</sup>. Por lo mismo, es del todo lógico que el Estado busque proteger los intereses colectivos e individuales de terceros, radicando el procedimiento frente al agente estatal más apto para velar por dichos intereses en atención a las herramientas a su disposición, que es el juez o magistrado.

Forzar para todos los Estados un cambio respecto del entramado legal vigente y obligarlos a aceptar que los cambios de nombre se hagan por un simple trámite administrativo puede resultar en consecuencias adversas para el orden público de los Estados, además de constituir una eventual vulneración de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2.7) y de la Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 3.e), por cuanto pasa a llevar la facultad de determinar en forma libre el sistema y forma de

---

<sup>56</sup> Cuestión que parece especialmente relevante puesto que, siguiendo la Convención de Viena del Derecho de los Tratados en su artículo 31.3.b, la práctica ulterior de los Estados del sistema en la aplicación del tratado establece el acuerdo de las partes sobre la interpretación del mismo, en especial respecto del contenido del derecho y la forma de resguardarlo, máxime si la Convención es escueta en sus términos al respecto.

<sup>57</sup> ALBERTO LYON PUELMA, *Personas Naturales*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007, Tercera Edición, p. 170.

<sup>58</sup> MARY BELOFF, *Comentario sobre el Derecho al Nombre*, en *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentario*, Christian Steiner y Patricia Uribe eds., Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 433

organización en materias políticas y sociales que más le convenga a su exclusivo juicio, y del cual el sistema de registro del nombre (y sexo) es parte.

Más aún, existen casos específicos que requieren de un control más estricto en atención a los intereses involucrados, como es la situación de los menores de edad – acreedores de medidas especiales de protección– y de quienes se encuentran sujetos a vínculos matrimoniales no disueltos. Como resulta evidente, si la Corte Interamericana no tuviera presente la existencia de casos como los precedentes, que requieren de un proceso jurisdiccional a fin de resguardar el bien superior de los niños y los intereses de terceros, y estableciera en su Opinión Consultiva la obligación general de un procedimiento administrativo, se originará un conjunto de situaciones en las que derechos básicos de terceros (el o la conyugue) o el propio solicitante (cuando es menor de edad) se verían amagados sin mediar un debido proceso y en abierta contradicción con la Convención Americana.

La justificación de la exigencia de un procedimiento judicial dice relación con asegurar la debida protección de terceros que tienen derecho a informarse del cambio para poder así ejercer una eventual oposición fundada, en aquellos casos en que la solicitud tenga por objetivo defraudar o evadir compromisos adquiridos, sean ellos, a nuestro juicio, patrimoniales o extrapatrimoniales. Respecto de los menores de edad, la exigencia de un trámite judicial dice directa relación con la obligación internacional consagrada en la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que en su artículo 3º párrafo 1º establece que: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. La propia Convención Americana en su artículo 19º establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. En consiguiente, resulta por tanto evidente que en estas circunstancias el Estado se encuentra obligado a garantizar un procedimiento de naturaleza judicial y con todas las garantías destinadas a asegurar la primacía del interés superior del menor.

Por otra parte, en el caso de los individuos sujetos a un vínculo matrimonial no disuelto, existen también legítimos intereses que solo son debidamente resguardados mediante la aplicación de un procedimiento judicial. Suponiendo que la legislación doméstica del caso permita el cambio solicitado en estas circunstancias, ha de considerarse que esto puede tener como efecto el poner fin al matrimonio vigente, siendo el cambio de nombre y sexo una causal legal sobreviniente. Siendo esto así –asumiendo que el ordenamiento jurídico no le da al otro cónyuge poder decisorio sobre la solicitud–, algunos de los efectos que se siguen son la disolución de la sociedad conyugal o la necesidad de regular las compensaciones económicas.

Resulta claro, a partir de lo expuesto, que la exigencia de un procedimiento judicial en estos casos no es una traba al ejercicio de un derecho, sino por el contrario, constituye el procedimiento idóneo y adecuado para garantizar que la voluntad del individuo se exprese libremente y con las garantías de protección que los estándares internacionales mandatan, o que se resguarden los derechos de terceros titulares de vínculos interpersonales con los solicitantes de cambios de nombre y sexo, y que se ven afectados en cualquier caso por sus decisiones.

Como resulta evidente, la existencia de un derecho protegido por la Convención, en caso alguno permite colegir que la única vía legítima para garantizar su acceso deba ser

aquella de naturaleza administrativa. Es más, en casos como los indicados, sólo la existencia de una vía jurisdiccional podrá garantizar tanto el ejercicio y goce del derecho del solicitante como el debido resguardo de los derechos de terceros que se vean afectados.

## 2. Sobre si la legislación actual de Costa Rica vulnera la Convención

Como veremos en la sección siguiente, existe una clara e inconfundible distinción analítica entre los motivos prohibidos de discriminación reconocidos bajo el artículo 1.1 de la Convención y los derechos y libertades que la Convención protege y cuyo pleno goce y ejercicio no puede ser impedido en razón de los motivos prohibidos de discriminación. Ante esta distinción, la identidad de género y la orientación sexual no constituyen, de suyo, derechos, sino que motivos por los cuales el ejercicio y goce de los derechos reconocidos a toda persona no pueden ser privados o restringidos. Sin perjuicio de lo anterior, solo para efectos de nuestra argumentación es que en esta sección consideraremos que del reconocimiento de la identidad de género como motivo prohibido de discriminación se sigue también su reconocimiento como derecho en sí, en cuanto integrante de otros derechos ya reconocidos, a fin de responder a la cuestión de si Costa Rica viola alguno de esos derechos en razón de su actual régimen legal.

No existe tal cosa como el derecho a la identidad de género *simpliciter* en el contexto del ordenamiento jurídico interamericano. Existe, no obstante, la posibilidad de argumentar que, si la identidad de género es algo que todos las personas tenemos o gozamos (una afirmación que se constituye en base a un modelo teórico sobre el que no existe consenso, y del que por tanto la Corte carece de competencia para pronunciarse<sup>59</sup>), ella puede canalizarse por medio del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de derechos civiles, de la libertad de expresión, o a través del derecho a la vida privada sin injerencias arbitrarias o ilegales, adelantando desde ya que a nuestro parecer *ninguno de ellos genera la obligación de parte de los Estados de tener que adoptar esquemas de modificación voluntaria del nombre por vías administrativas, ni de admitir la modificación voluntaria del sexo legalmente registrado o de tener que reconocer una nueva categoría jurídica distinta del sexo –como lo es de hecho el género y la identidad de género– que además ha de registrarse.*

### 2.1. Sobre si el derecho al reconocimiento de la personalidad incluye el derecho a la identidad de género

Aunque Costa Rica no menciona este derecho en su planteamiento de la cuestión, nos parece que el único derecho bajo la Convención Americana que podría entenderse

---

<sup>59</sup> En efecto, y como explicamos más abajo, en la actualidad existen al menos dos concepciones teóricas respecto del género que difieren entre sí. Pero lo relevante al efecto es que siendo concepciones teóricas que desarrollan distintos marcos conceptuales para entender el género, no existe criterio autorizado que permita determinar cuál de los dos es normativo dentro del derecho internacional de los derechos humanos. Por el contrario, el derecho internacional de los derechos humanos permite ambas concepciones como posibles y legítimas. No es parte de la competencia específicamente otorgada a la Corte el zanjar disputas de la psicología, la filosofía o la antropología, sin que se trate además de la decisión sobre una cuestión de hecho. Más aún, si el asunto estuviera llamado a ser zanjado por la Corte –en el sentido de interpretar el significado de género– resulta relevante que el único tratado internacional vigente que adopta una definición normativa del género es el Tratado de Roma que crea el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Dicho tratado específicamente afirma que “el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad”, sin que el término género tenga otra acepción más que la que se ha señalado (artículo 7.3 del Estatuto de Roma). Luego, la única fuente vinculante del derecho internacional en la materia adopta la postura de que el género, o bien es sinónimo de sexo, o debe al menos considerarse como anclado objetivamente en los sexos masculino y femenino.

como aquél que impone al Estado la incorporación y reconocimiento legal de la o las identidades de género como una categoría jurídica sujeta a registro es el derecho a la personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la Convención. Este artículo afirma que toda persona tiene el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Es ampliamente aceptado que este es uno de los derechos más importantes en el derecho internacional de los derechos humanos, en atención a que, conjuntamente con el derecho a la vida, actúa como el fundamento o prerequisite para el goce y disfrute de otros derechos y libertades<sup>60</sup>. En cuanto al contenido del derecho y lo que el mismo exige de los Estados parte, el artículo XVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre es clarificadora, en cuanto prescribe: “toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”. La Corte ha fallado en el pasado que, dado el escaso lenguaje del artículo 3 en la Convención, ella debe ser interpretada a la luz del contenido del artículo XVII de la Declaración Americana<sup>61</sup>, la que fija el contenido y alcance del derecho.

En cuanto derecho sustantivo, requiere del Estado que reconozca para todas las personas, en todo momento, que ellas son titulares de todos los derechos y libertades reconocidos en los tratados, constituciones y leyes, y que tienen la capacidad de asumir obligaciones contractuales y de asegurar su representación en acciones legales<sup>62</sup>. Antiguos miembros de la Corte apoyan esta lectura respecto del contenido y alcance del derecho. En su disenso en el caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, el juez Cançado Trindade se refirió a él señalando que “la personalidad jurídica, a su vez, se manifiesta como categoría jurídica en el mundo del derecho, como la expresión unitaria de la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y relaciones humanas”<sup>63</sup>.

En términos de cómo es que el derecho se ve vulnerado, la Corte ha concluido que “el derecho a la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y obligaciones: la violación de este reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes”<sup>64</sup>.

El derecho en cuestión se encuentra íntimamente ligado a todos los demás, los que a su vez pueden ser interpretados a la luz del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Por ejemplo, la jurisprudencia y doctrina en torno al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha destacado el vínculo entre el derecho a tener un nombre (el que el PIDCP solo reconoce explícitamente para los niños, pero que se ha extendido a los adultos también) y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, con el primero anclado en este último.

A nivel regional, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA ha reconocido la existencia de un derecho implícito a la identidad que, incluso si no tiene una consagración expresa en la Convención, de todas formas se encontraría protegido por ella, especialmente

---

<sup>60</sup> MANFRED NOWAK, U.N. Convention on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, 2nd revised edition, N.P. Engel Publisher, Kehl–Strasbourg–Arlingont, 2005, p. 282. Aunque el comentario se refiere al PIDCP, de todas formas se aplica al caso en comento, en cuanto ambos tratados reconocen el mismo derecho.

<sup>61</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala, sentencia de fondo, par. 179.

<sup>62</sup> Como se dejó en claro en los travaux préparatoires de la DUDH. Ver, RICHARD B. LILICH, Civil Rights, en THEODOR MERON, Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues, Clarendon Press Oxford, 1988, p. 131.

<sup>63</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Caso Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, Juez Cançado Trindade en voto disidente, par. 15.

<sup>64</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Caso Bámaca Velásquez, ibíd. Ver también los casos del Pueblo Saramaka v. Surinam (par. 166), Anzualdo Castro v. Perú (par. 87), y Radilla Pacheco v. México (par. 157) en que se llega a la misma conclusión.

a la luz de su vínculo cercano con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. *Es necesario destacar, empero, que su reconocimiento a la fecha no ha apuntado en el sentido de que el derecho a la identidad, en su configuración y existencia en el derecho internacional, exija de los Estados un reconocimiento de las múltiples posibles identidades de género que puedan darse en sus ciudadanos, nacionales o habitantes.* El Comité destacó que “la Asamblea General de la OEA ha señalado ‘que el reconocimiento de la identidad de las personas es el medio a través del cual se facilita el ejercicio de los **derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares,** entre **otros derechos reconocidos** en instrumentos internacionales como la DADDH y la Convención Americana”<sup>65</sup> (énfasis añadido).

El Comité *explícitamente reconoció* que la existencia del derecho a la identidad, si ha de ser reconocido, es independiente de otros derechos, pero que *su contenido* se encuentra delineado por aquellos *derechos que están claramente reconocidos*, los que constituyen el núcleo central de “**elementos claramente identificables**... acompañado de la **obligación del Estado de reconocerlos y garantizarlos**...”<sup>66</sup>(énfasis añadido). Estos elementos claramente identificables y los derechos que delimitan el contenido del derecho a la identidad, no son sino los mismos reconocidos ya en forma previa en el *derecho a la preservación de la identidad* bajo el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño, siendo aquellos elementos el derecho a tener un nombre, a la nacionalidad y a la preservación de las relaciones familiares.

Así como ha sido delineado y reconocido, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la identidad *no se extiende hacia un deber de los Estados de reconocer el género y la identidad de género de sus nacionales. En un sentido estricto ni siquiera requiere que los Estados tengan un registro del sexo de sus nacionales*, el cual los Estados pueden optar por incorporar, mantener o eliminar, dependiendo de sus propias decisiones sobre la materia, las que se encuentran esencialmente dentro de la jurisdicción doméstica (Artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas). En efecto, dicha decisión constituye parte del derecho de los Estados para elegir sus propios sistemas y formas de organización social y política (Artículo 3.e de la Carta de la OEA) de manera libre de injerencias externas y según su propio criterio, siendo una cuestión respecto de la cual los miembros de la OEA y sus órganos carecen del poder para intervenir, en cuanto cuestiones sujetas a la jurisdicción interna de todos los miembros (Artículo 1 de la Carta de la OEA).

Como señalaremos más adelante, el género y la identidad de género no son “elementos claramente identificables” por parte del Estado, en atención a que depende de una convicción enteramente subjetiva que es imposible de constatar o verificar por otros medios que no sean las aserciones del individuo que las profesa. Por el contrario, el nombre y la nacionalidad son inicialmente dadas a la persona desde fuera de sí y son registradas de una manera que permite objetividad y certeza, y que en la inmensa mayoría de los casos no cambiarán con el paso del tiempo. Las relaciones familiares son igualmente objetivas e inmutables en cuanto ellas son inamovibles para todos desde el momento que se inicia la existencia de la persona en razón de la familia a través de la cual se ingresa al mundo y a la sociedad. Así, no existe una infracción al derecho a la identidad o al reconocimiento de la personalidad jurídica en razón de la decisión de los Estados de no reconocer la categoría

<sup>65</sup> Ver, OEA, “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad””, Resoluciones AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08) y AG/RES. 2602 (XL-O/10).

<sup>66</sup> COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, Opinión sobre el alcance del derecho a la identidad, CJI/doc.276/07 rev.1, párrafo 18.3.3, ratificado a su vez por la Asamblea General de la OEA.

legal distintiva del género y la identidad de género, y de no adoptar medidas para su registro en relación con cada uno de sus nacionales.

Debemos notar adicionalmente que dicha decisión por parte del Estado no interviene de manera alguna con la formación de la identidad individual o con la posibilidad de que cada individuo le dé forma sin injerencias de terceros. Ni Costa Rica, ni ningún otro Estado en situación similar, le prohíbe a sus nacionales afirmar cualquier identidad que escojan, sea de género o de cualquier otro tipo que les sea posible concebir para sí. A primera vista, el Estado carece de un interés en la materia<sup>67</sup>. Sí tiene, en cambio, un interés legítimo en conocer los nombres de todos quienes habitan en su territorio, sean nacionales o no, para efectos de identificación. De igual forma, el Estado tiene un interés en conocer el sexo –no el género ni la identidad de género– de su población, pues este es un dato objetivo que tiene implicancias en las políticas públicas la conducción de la comunidad y hasta en la continuidad en el tiempo de la comunidad política<sup>68</sup>. Se podría argumentar que el Estado puede adoptar la política pública de crear un registro de género e identidad de género separado y coexistente a su actual registro del sexo, como parte de sus prerrogativas bajo su jurisdicción doméstica exclusiva, pero implicaría infringir en forma ilícita esta última el forzarlos a tener que desvirtuar sus actuales registros que reconocen solo la categoría legal del sexo. Ello carecería de fundamento bajo la Convención y demás tratados aplicables, en atención a que el derecho internacional de los derechos humanos no lo exige u ordena.

A continuación presentamos consideraciones que aceptan, para efectos argumentativos, que la identidad de género, aun siendo un concepto controversial cuyo contenido no es claro ni se encuentra zanjado<sup>69</sup>, es parte de la identidad de todas las personas. En dicho caso, las decisiones de los individuos respecto de su afirmación de un género conforme o disconforme con su sexo biológico son formativas de la identidad, como también lo es la forma en que expresan fuera de sí su identidad de género asumida o afirmada. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha llegado al punto de afirmar que la expresión de género de una persona se encuentra sujeta a una especial protección en atención a que ella expresa elementos que son constitutivos de la identidad personal o dignidad, de forma similar a las expresiones o discursos religiosos, los que la Comisión trata como análogos<sup>70</sup>. Sin embargo, no se puede afirmar que los Estados deniegan o vulneran el derecho a la identidad o al reconocimiento de la personalidad jurídica por el hecho de que no existe un registro estatal de uno u otro elemento formativo o constitutivo de la identidad. Si tal fuera el caso en relación al género y la identidad de género, ¿qué razón de principio evita que lo mismo haya de extenderse al registro de la

---

<sup>67</sup> Y más todavía, existen casos en que el respeto por los derechos humanos de todos exige que el Estado afirmativamente se niegue a reconocer una identidad ideada por sus nacionales. Dado que todas las convicciones personales y apreciaciones de uno mismo son formativas de la identidad individual de quien las sostiene, esto incluye toda clase de apreciaciones y convicciones. El sujeto en cuestión bien puede considerarse a sí mismo distinto y superior o mejor que el resto de sus pares, y desde el punto de vista de las convicciones personales –entendido como la vivencia interna e individual respecto de quién y cómo se es– esto resulta ser incuestionable. El Estado no podría ni debería reconocer esa convicción individual que es formativa de la identidad personal, pues implicaría vulnerar intereses o derechos de terceros.

<sup>68</sup> Por ejemplo, los Estados tienen un interés concreto en conocer con exactitud la cantidad de hombres y mujeres biológicos que habitan su territorio para efectos demográficos, estratégicos y de políticas públicas en general.

<sup>69</sup> El concepto de identidad de género ingresó a la jurisprudencia de la Corte por vía de su reconocimiento bajo el artículo 1.1 de la Convención, pero dado que el concepto no se encuentra definido y zanjado en forma autoritativa ni dentro ni fuera de la legislación vigente, la Corte no se encuentra en posición de decidir la cuestión en uno u otro sentido, existiendo al menos dos posibles concepciones contrapuestas del género y de la identidad de género, siendo ambas compatibles con la Convención Americana y demás cuerpos legales.

<sup>70</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Anual 2009, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo III, párrafos 54 a 57.

afiliación o identificación religiosa, o de convicciones políticas? Las elecciones mencionadas son de igual forma parte de la identidad y de la formación identitaria de todos los individuos. Todas son manifestaciones de la formación de la identidad de la persona, y por ende constitutivos de la dignidad de la persona humana, bajo el entendido que todo lo humano es inherentemente digno en cuanto humano<sup>71</sup>, y en forma coherente con el tratamiento de la misma por la Corte en el pasado. Sin embargo, ninguno de ellos es reconocido o registrado por un acto del Estado, y a la fecha no existe un argumento sólido que avale que la falta de reconocimiento legal de los mismos socava o desconoce la identidad de los individuos cuyas preferencias formadoras de la identidad no son reconocidas como categorías legales específicas.

Por tanto, el régimen actualmente vigente en Costa Rica que no incorpora la identidad de género como una categoría jurídica sujeta a registro no viola el derecho en análisis.

## 2.2. Libertad de expresión como protección de la “expresión de género”

Como ya señalamos, la *afirmación interior* de una identidad que no guarda relación con el propio sexo biológico no está ni prohibida, ni protegida en forma específica por la Convención, pues no existe necesidad jurídica de hacerlo (sin perjuicio de que pudiera constituir una categoría sospechosa). Con todo, sí podría tener amparo dentro de la Convención en cuanto vinculada a la libertad de expresión, y bajo lo que la doctrina llama “*expresión de género*”, o “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”<sup>72</sup>. Esto guarda coherencia con lo que venimos señalando, en cuanto la mera afirmación interior de la identidad de género no es jurídicamente relevante, pero su exteriorización sí lo es. Entendida en estos términos, la “expresión de género” corresponde a una especie de *discurso o expresión* que podría recibir protección especial en cuanto se expresan elementos que son constitutivos de la identidad personal o de la dignidad, como lo es también el discurso religioso, al menos según el criterio adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>73</sup>.

Ahora bien, si este es el caso, y la protección de la transexualidad se encauza a través de la libertad de expresión –en los términos del artículo 13 de la Convención– entonces en principio el derecho de aquellas personas que quieren expresar una identidad de género disconforme a su sexo biológico se viola cuando existen medidas o prácticas del Estado que prohíban la expresión de la propia identidad, cuestión que en todo caso no sucede –hasta dónde sabemos por la información proporcionada– en el caso de Costa Rica ni en ningún otro Estado de la región. Es más, Costa Rica parece ser particularmente solícita respecto de este punto, pues ha adoptado ya regulación interna que garantiza a las

<sup>71</sup> Corolario necesario de la concepción predominante de la dignidad humana que se reconoce en cuanto se es parte de la especie humana, y alcanza todas sus manifestaciones. En este entendido, la dignidad no se reconoce en base a la forma de actuar del hombre, sino solamente porque es hombre.

<sup>72</sup> Hacemos notar, una vez más, que no existe una definición normativa de este concepto, como tampoco existe en cuanto a la identidad de género, ni de la orientación sexual. Esta definición en particular ha sido tomada de Rodolfo y Abril Alcaraz, El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género, Textos del caracol, núm. 4. Dante núm. 14, CONAPRED 2008, p. 6. Véase también Comisión Internacional de Juristas, Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Guía para Profesional No. 4, 2009, p. 23.

<sup>73</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Anual 2009, Ibid.

personas que su cédula de identidad refleje su identidad de género respecto de su fotografía, en la medida de que “se muestren rasgos faciales, de forma tal que permitan la identificación de la persona portadora del documento de identidad”<sup>74</sup> y estableciendo el deber funcionario de resolver cada petición de una cédula de identidad conforme a una “filosofía de pleno respeto al derecho a la imagen, y a la identidad sexual de la persona usuaria...”<sup>75</sup>

Si asumimos que la expresión de género es de hecho parte de la libertad de expresión, pareciera ser en todo caso que Costa Rica sí respeta en plenitud la libertad de expresión de sus habitantes, incluyendo la posibilidad de que expresen su género en sus documentos oficiales como lo es la cédula de identidad, por lo que no parece existir violación de derechos alguna bajo el actual régimen costarricense. Consideramos en cualquier caso que, incluso si el ordenamiento jurídico costarricense fuera distinto del actual, la violación alegada no se verificaría puesto que los certificados de nacimiento o las cédulas de identidad no son procedimientos de comunicación abiertos al público para la expresión de los mensajes que escojan. El núcleo de la libertad de expresión exige que la persona sea libre de difundir sus ideas por cualquier procedimiento de su elección (artículo 13 de la Convención Americana), pero *bajo el entendido de que tiene acceso libre y justificado a dicho procedimiento*. No significa, en cambio, que permita exigir acceso libre a medios o procedimientos que no le pertenecen al individuo. Los documentos estatales mencionados son registros públicos de propiedad y control del Estado, en sintonía con los poderes y funciones de policía que le son propios. El Estado bien puede optar por abrirlos al control individual de las personas –como de hecho ya lo hace Costa Rica– pero no se encuentra bajo una obligación de hacerlo.

La cuestión de si existe un deber de reconocimiento legal de la identidad de género y si ello debe realizarse judicial o administrativamente no guarda relación alguna con esto. Primeramente, porque la protección de la libertad de expresión no exige de parte del Estado un reconocimiento legal explícito del mensaje que se quiere transmitir. Si la identidad de género –como ella se pretende– constituye un elemento identitario análogo al discurso religioso, la filosofía personal o las opiniones políticas, cabe preguntarnos si alguno de estos otros discursos protegidos exige un reconocimiento legal explícito del Estado como el que se pretende en relación a la identidad de género para concluir que se está resguardando en forma debida la libertad de expresión. La respuesta es negativa.

Más aún, incluso si dicho reconocimiento legal fuera exigible en abstracto, en el marco de la libertad de expresión ella puede verse debidamente restringida, siguiendo lo señalado en el artículo 13(2)(a)y(b), cuando sea necesario para asegurar el respeto a los derechos de terceros y la protección del orden y la moral públicas, como bien podría ser el caso si el Estado de Costa Rica y todos los demás que tengan interés en ello consideren y defiendan que sus regímenes de registro de nombre y sexo son necesarios para la mantención del orden público.

### **2.3. El derecho a la vida privada en el marco de la protección de la honra y la dignidad**

---

<sup>74</sup> Decreto del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, Nº 8 del 22 de Junio de 2010, titulado “Reglamento de Fotografías para la Cédula de Identidad”, artículo 2. Entendemos que el decreto en cuestión utiliza “identidad sexual” como concepto aproximado al de “identidad de género”.

<sup>75</sup> *Ibid.*, artículo 4.

La vida privada, que podría ser otra posible vía para amparar a la “identidad de género”, tampoco trae como consecuencia el tener que permitir el cambio de nombre que se solicita en este caso (y de sexo, si extendemos el argumento a su consecuencia lógica y final), pues la decisión del Estado de regular esta materia por medio de un procedimiento judicial en vez de administrativo no acarrea ninguna injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de quien se identifica como transgénero o transexual. Por otra parte, el pleno respeto a la vida privada de las personas no exige del Estado el tener que registrar y reconocer el género y la identidad de género y, por el contrario, pareciera ser que abstenerse de hacer esto es lo que verdaderamente resguarda la vida privada de todas las personas.

Es cierto, como destaca la doctrina, que en el caso Atala la Corte señaló que la orientación sexual de Karen Atala estaba protegida como parte de su vida privada de forma que se encontraba vedado realizar injerencias arbitrarias en la misma, en especial sin que se cumplieran los requisitos de “idoneidad, necesidad y proporcionalidad”<sup>76</sup> que justificaran la intervención. Pero también es cierto que el caso Atala difería de la cuestión hipotética que plantea Costa Rica, toda vez que en aquel se sostuvo que el Estado de Chile intentaba justificar una actuación positiva de su parte de remover el cuidado personal de las niñas para entregarlo a su padre, basado en la orientación sexual de la jueza, lo que requería de manera necesaria una intromisión en su vida privada y proyecto de vida personal. Acá en cambio, el Estado de Costa Rica (y todos los que se encuentren en situaciones similares) no están realizando actuación positiva alguna, toda vez que no se realiza ninguna acción que impida la auto identificación de cada individuo según la identidad de género que pretendan subjetivamente.

En el procedimiento que se cuestiona el Estado no pretende prohibir o reglar lo que los ciudadanos hagan o dejen de hacer en relación con su auto identificación con una identidad de género disconforme a su sexo biológico. La regulación del nombre de cada individuo en sociedad no es parte de la vida privada de los individuos sino de su vida pública, precisamente porque el nombre reviste el doble carácter de ser una regulación de una institución de policía civil (acorde a los poderes de policía del Estado) y de ser un atributo de la personalidad que cobra sentido en la esfera relacional.

Es más, difícilmente puede considerarse este asunto como parte de la vida privada de los individuos, siendo de hecho lo opuesto. Es el individuo quien con su pretensión sale de su ámbito privado y busca que sus decisiones y preferencias identitarias pasen a ser parte del ámbito público, para lo cual exige un acto o instrumento jurídico que la vuelva oponible al Estado y a terceros. Esto, por definición, se sale del ámbito de lo meramente privado y se transforma en público. No se trata del ámbito relacional libre y voluntario entre dos o más personas –que conceptualmente estaría protegido por el derecho a la vida privada–, sino que pasa hacia un esquema de regulación forzosa de las relaciones sociales.

Así, por ejemplo, en el caso Tristán Donoso la Corte reconoció una violación del artículo 11 de la Convención en cuanto el Estado dio a conocer el contenido de una conversación privada de sus ciudadanos. Hizo público aquello que era privado, mediante un acto positivo de intromisión en la esfera de lo privado. *Aquí en cambio se da la situación inversa. Es el individuo quien pretende que lo privado se transforme en público y cuente con fuerza normativa.*

---

<sup>76</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH., Sentencia de caso Karen Atala e Hijas vs. Chile, párrafo 165.

Finalmente, consideramos que la mejor forma de evitar dar un primer paso en el camino que termina con la intrusión del Estado en cuestiones que corresponden a la esfera de la vida privada y familiar es mantener el actual criterio planteado por el Comité Jurídico Interamericano bajo el cual el Estado sólo se encuentra exigido de registrar “elementos claramente identificables” los que, agregamos, son objetivos y no requieren de una intrusión del Estado en la subjetividades del individuo, como lo exigen el género y la identidad de género.

### 3. Distinción entre el motivo prohibido de discriminación y los derechos reconocidos

En la sección precedente hemos asumido como punto de partida, sólo para efectos argumentativos, que la identidad de género es en sí un derecho, o al menos que integra el contenido de otros derechos expresamente reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Aún en esas circunstancias, nos parece claro conforme a la argumentación dada que el actual régimen legal costarricense en nada vulnera los mismos. Sin embargo, dicho punto de partida no es correcto, pues implica no entender los efectos jurídicos derivados del reconocimiento de una condición concreta como un motivo prohibido de discriminación bajo la cláusula de “otra condición social” en el artículo 1.1 de la Convención. En el siguiente capítulo analizaremos si es adecuado afirmar que la identidad de género es “otra condición social” bajo la Convención.

Es claro que, desde una perspectiva analítica, no es posible ni aceptable confundir las categorías sospechosas de discriminación con los derechos en sí reconocidos y protegidos por la Convención, la constitución o las leyes. Dicho en otros términos, no es posible justificar la conceptualización de la identidad de género como un derecho autónomo a consecuencia del hecho de que ella, en cuanto condición que se verifica o presenta en la persona, esté reconocida como un motivo prohibido de discriminación. Por lo pronto, porque el listado en comento reconoce condiciones sobre las cuales no es posible reclamar un derecho, como sucede respecto del color, del sexo, de la posición económica y del nacimiento. Y más todavía, porque la estructura misma del texto del artículo 1.1 realiza en forma incuestionable la distinción entre uno y otro elemento.

Por lo mismo, la identidad de género, aún si fuese reconocida como una categoría sospechosa, no es en sí misma un derecho que se reconozca y resguarde por la Convención. La razón es sencilla. En cuanto una condición enteramente subjetiva y radicada en el fuero interno de la persona (que puede o no manifestarse externamente), ella deviene en irrelevante para el derecho, pues no es posible regular –aún si se quisiera– ese ámbito del ser de los individuos. Pensemos que, con respecto a todos los derechos reconocidos por la Convención, incluso si se vinculan con el fuero interno de las personas –así es el caso de la libertad de conciencia y de religión, y de pensamiento–, su protección jurídica se extiende a todo aquello que implica una *manifestación externa*, o bien que puede ser *externamente controlado* (v.gr. la prohibición de una religión en particular afecta al creyente, no porque por ese acto se le impida seguir creyendo, sino porque se le impide exteriorizar lo que cree y afirma en su interior, o asociarse con otros en razón de su creencia común, o bien obtener los elementos externos a sí que le permiten cultivar su vida interior)<sup>77</sup>. El hecho de que la

<sup>77</sup> A modo de ejemplo, el obispo católico Francisco Javier Nguyen Van Thuan fue sometido a prisión por 13 años por el régimen comunista vietnamita. En su encierro el clérigo estaba impedido por sus captores de tener acceso a símbolos religiosos o los elementos necesarios para celebrar la misa. Por cierto, esto no impidió a Van Thuan mantener su vida interior de oración, y pese a ello procuró un pedazo de madera y alambre para confeccionar un crucifijo que mantenía escondido, y celebraba la misa con migajas de pan y gotas de vino que

persona se aferre internamente a la convicción de tener cierta identidad de género escapa de los alcances del derecho, y no exige protección porque no es susceptible de ser vulnerado, al menos en la actualidad.

Ahora bien, existen algunos casos específicos en que el motivo prohibido de discriminación bajo el artículo 1.1 es al mismo tiempo el *fundamento* de ciertos derechos, de manera que en este aspecto tienden a coincidir. Podemos apreciar esta situación en relación con la raza, la religión, el origen nacional o el sexo (al menos en lo que refiere a las mujeres). Sin embargo, la razón de que se dé esta coincidencia no dice relación con que del motivo de discriminación prohibida se derive en forma causal la existencia o reconocimiento de un derecho, sino más bien por el hecho de que se han creado tratados específicos que dan reconocimiento y protección concreta a ciertos derechos en razón de que sus titulares pertenecen a determinados grupos poblacionales. Este es el caso de, por ejemplo, la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, o la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Ahora bien, en principio estos tratados no crean ni reconocen derechos distintos de los que se reconocen para todas las personas, sino más bien se refieren a formas especiales de protección y aseguramiento de los mismos en atención a las condiciones específicas de los grupos poblaciones protegidos. Con todo, el punto que destacamos es que *respecto de todos ellos existen convenciones o tratados específicamente creados con la finalidad de dar una protección particularizada a los grupos referidos*. Pero no existe al día de hoy una convención o tratado vigente y aplicable –más aún, no existe siquiera un proyecto al respecto– abocado específicamente al grupo poblacional transgénero.

#### **4. La identidad de género como categoría jurídica y su ingreso al ordenamiento jurídico interamericano**

Como afirmamos arriba, del hecho de que se reconozca que la identidad de género constituye “otra condición social” bajo la Convención no se sigue que ella sea en sí un derecho autónomo, ni que integre el contenido de otros derechos ya reconocidos. Cabe finalmente revisar la cuestión de si la identidad de género es efectivamente una condición de las que se presentan en la persona humana que entra en la clasificación de “otra condición social” bajo la Convención. La cuestión resulta relevante, pues de la respuesta a esta pregunta se siguen efectos jurídicos concretos en relación con la capacidad de actuar del Estado y el estándar bajo el cual se han de examinar sus medidas o políticas. Con todo, y como ya afirmamos en las secciones precedentes, el régimen legal vigente en Costa Rica no realiza distinciones en base a la identidad de género, sea ella conforme o disconforme al sexo.

Acorde a los antecedentes de la jurisprudencia emanada de la Corte, conviene y se necesita revisar una vez más la cuestión relativa a las categorías sospechosas o motivos prohibidos de discriminación recogidos en el artículo 1.1 de la Convención, toda vez que es a partir de ellos es que ha ingresado el concepto de la identidad de género en el ordenamiento interamericano.

Como señala el escrito de solicitud de opinión consultiva del Estado de Costa Rica, tanto en los casos *Duque vs. Colombia* (2016) como en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012), la Corte ha llegado a la conclusión de que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención...” en relación a las ya mencionadas categorías sospechosas del artículo 1.1.

Creemos que la conclusión a la cual se ha arribado genera dudas en torno a su corrección, en atención a la falta de razonamiento específico de la Corte sobre el punto. Como ha destacado la doctrina interamericana, un tribunal de justicia que depende de la contundencia de sus razonamientos para revestir de legitimidad sus decisiones debe tener especial cuidado sobre este punto. Al omitir completamente el análisis en relación con el significado de la expresión “otra condición social” y simplemente saltar a la conclusión de que la “identidad de género” califica como tal, se corre el riesgo de “convertir el texto convencional en algo banal y poco relevante, lo cual puede crear la errónea impresión de que las decisiones acerca del alcance de las normas contenidas en la Convención Americana depende mayormente del arbitrio de la Corte”<sup>78</sup>. Precisamente porque es del interés de la Corte y de su continua legitimidad el dar la más acabada fundamentación posible de sus decisiones es que creemos indispensable revisitar nuevamente esta cuestión.

En cuanto al fondo del asunto, no se pone en duda que la redacción del artículo 1.1 de la Convención Americana –“otra condición social”– tiene por finalidad permitir la incorporación de otras razones prohibidas de discriminación en el ejercicio de derechos protegidos por la Convención, pero el hecho de que la Convención utilice la expresión de “condición social” y no meramente “condición” es fundamental, y denota que no toda condición califica como tal.

La adopción deliberada del estándar de “otra condición social” distingue a la Convención Americana de otros tratados en la materia. A diferencia de lo que ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros tratados con cláusulas análogas, los cuatro textos en idiomas oficiales de la Convención Americana son consistentes en el uso de la misma expresión<sup>79</sup>, por lo que no es posible ignorar su significancia bajo pretexto de que el concepto de “social” es un anexo superfluo que no figura en todas las versiones autorizadas del instrumento.

Así las cosas, la pregunta relevante que no se ha respondido en la jurisprudencia de la Corte es qué ha de entenderse como condición social y que la respuesta las especifique de manera suficiente como para entenderlas en contraposición a otras condiciones que se verifiquen en los sujetos protegidos.

La opinión especializada en la materia tiene claridad sobre este punto. El ex Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ariel Dulitzky, ha señalado que “la calificación de ‘condición social’ implica que ella se da en un contexto social determinado, *es una construcción social específica u opera en función de las relaciones entre personas*, grupos de personas o la sociedad en su conjunto. En cambio, cualquier otra condición, aislada del calificativo de social, amplía enormemente las posibilidades”<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> ARIEL DULITZKY, El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana, p. 18, <http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720>.

<sup>79</sup> “any other social condition”, “toute autre condition sociale”, “qualquer outra condição social”.

<sup>80</sup> ARIEL DULITZKY, El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana, p. 18 accedido 4 de agosto de 2015, <http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720>.

Agregaríamos a Dulitzky que el motivo de por qué esto debe ser así resulta evidente. Las condiciones a proteger deben ser objetivamente observables y tener su origen en las relaciones sociales, es decir, en la interacción humana. De lo contrario, cualquier condición que se asevere desde el fuero interno y subjetivo (y que no necesariamente es conocida o susceptible de ser conocida por el Estado ni por terceros) podría ser fundamento de la protección elevada que se deriva de la inclusión en el listado de motivos prohibidos de discriminación. En estricto rigor, eliminar o ignorar el calificativo de “social” de las condiciones conduce a que las distinciones de la propia Convención se vuelvan inoperantes, y sus términos superfluos.

Como bien sabe la Corte, el hecho de que la Convención incluya específicamente ciertos motivos prohibidos de discriminación puede deberse a dos razones. O bien se incluye el listado con fines puramente ilustrativos –en cuyo caso los términos usados no son operativos, pues el mismo resultado se obtiene en caso de omitirse todos–, o bien su inclusión se debe a que los redactores consideraron necesario generar un nivel especial de protección para quienes comparten estos caracteres verificables o al menos perceptibles externamente. Nos parece que esta última opción es la única aceptable si se busca interpretar la Convención de tal manera que todas sus expresiones surtan efecto, pues de lo contrario bastaría simplemente con sostener –como lo hace ya la Convención– que los Estados deben garantizar los derechos y libertades de la Convención a *toda* persona.

Nótese bien que el resultado concreto de realizar esta distinción no significa generar un vacío de impunidad en el cual el Estado es libre para discriminar arbitraria e injustamente en base a motivos que no estén expresamente señalados. Simplemente implica que aquellas distinciones fundadas en las condiciones expresamente contempladas, y aquellas que puedan calificarse como “sociales” en sentido estricto, reciben, por expresa disposición de la Convención, un escrutinio más estricto a la hora de verificar si ellas son discriminatorias, mientras que las demás están sujetas a un juicio de razonabilidad. La cuestión es tremendamente relevante puesto que, como se desarrolla en este informe, los puntos en discusión tienen que ver precisamente con las medidas del Estado para construir su ordenamiento jurídico sobre el binario masculino-femenino, la necesidad de identificar a hombres y mujeres conforme a un criterio objetivo biológico, y el resguardo de la certeza jurídica y los intereses de terceros por medio de la mantención de procedimientos judiciales para la realización de cambios de nombres, como aquél por el cual se consulta. Por cierto, ninguna de estas medidas tiene por fundamento u objetivo el discriminar a las personas que se identifican con una identidad de género distinta de la correspondiente con su sexo.

Por otra parte, en el proceso de interpretar la Convención y concluir que la expresión “otra condición social” incluye la “identidad de género” como una especie de dicha categoría, la Corte invocó el principio *pro personae*, sosteniendo que su conclusión era necesaria como aquella que proporciona la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por el tratado. Sin embargo, esta línea argumental plantea un problema no resuelto.

Razonar de esta manera ignora la regla de interpretación basal de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados en su artículo 31.1, por cuanto el tratado debe interpretarse de buena fe conforme al *sentido corriente* que haya de atribuirse a los *términos* de la Convención, en el contexto del tratado, y teniendo en cuenta su objeto y fin. La correcta aplicación de la regla interpretativa no permite obviar el significado de la expresión “condición social” a pretexto de una interpretación conforme al objeto y fin (aplicación del criterio *pro personae*) sino que debe de dilucidarse primero qué significa

“otra condición social” para luego tener a la vista el contexto, objeto y fin del tratado, a fin de fijar el sentido y extensión. Pero, si es del caso que la “identidad de género” no se enmarca dentro de “otra condición social”, la invocación directa del principio *pro personae* parecería ser un pretexto para dejar de lado el texto de la Convención. En otras palabras, se abandona el proceso de la interpretación del texto por la creación de una disposición que no se deriva de él. Si la inclusión de la identidad de género dentro de las categorías sospechosas fuese la conclusión correcta, ella debe provenir de un ejercicio interpretativo estrictamente realizado en base a la Convención. ¿Es este el caso?

La identidad de género, entendida como lo hace mayoritariamente la doctrina –y recordando que no existe definición normativa alguna al respecto en el ordenamiento jurídico internacional–, de ser la *vivencia interna e individual del género* tal como cada persona la siente, no puede calificar como una condición social.

El análisis cuidadoso del listado de motivos prohibidos de discriminación en el artículo 1.1 de la Convención sirve de guía en este sentido. El contenido del concepto “social” debe tener un valor específico que permita discernir entre aquello que es social, de lo que no lo es. De lo contrario lo único que se estaría afirmando es que no existe la posibilidad de hacer ninguna distinción de ningún tipo, pues todas estarían bajo el alero de la “condición social”. En otras palabras, condición social no puede significar todo, pues es lo mismo que significar nada. Si revisamos la lista existen tres tipos de condiciones que ahí se detallan, y no todas ellas son a nuestros juicio “condiciones sociales”. Existen aquellas que son individuales innatas e inmutables (como la raza y el sexo); aquellas individuales mutables y adoptadas (como la opinión política y la religión); y las condiciones sociales propiamente tales (como la posición económica, que es relativa dentro de la sociedad en la que se encuentra inserto, el idioma, el origen nacional o social). La identidad de género, como se ha entendido hasta hoy, es una condición individual mutable<sup>81</sup> y adoptada. Por lo mismo, no puede ser calificada como “otra condición social” bajo el texto de la Convención<sup>82</sup>, pues no es social en su naturaleza, sino individual.

Es más, a diferencia de todas las demás “condiciones sociales” enumeradas en el artículo analizado, la identidad de género no comparte ninguno de sus caracteres distintivos. Siguiendo a Dulitzky, el carácter de social implica que la condición se da “en un contexto social determinado, es una construcción social específica u opera en función de las relaciones entre personas, grupos de personas o la sociedad en su conjunto”<sup>83</sup>. La identidad de género en cambio se radica en la psiquis humana, y el fuero interno se encuentra fuera del ámbito del derecho, pues no es susceptible de prueba, y podría ser falsificado para eventuales fines fraudulentos, precisamente por su carácter de inescrutable por otros. Ella es una afirmación puramente individual y fundada en la subjetividad del individuo, sin posibilidad de conocerla objetivamente y de forma precisa por terceros. La identidad de género está completamente en control de la persona que la afirma, y como tal carece de una dimensión social.

---

<sup>81</sup> “En los ámbitos sociológico y psicológico se reconoce con mayor intensidad la fluidez que existe en la construcción de la identidad propia y la auto-definición: desde esta perspectiva se ha señalado que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas.” Organización Panamericana de la Salud y American University Washington College of Law, *El Derecho a la Salud de los Jóvenes y las Identidades de Género: Hallazgos, Tendencias y Medidas Estratégicas para la Acción en Salud Pública*. Washington DC, 2011, pág. 7.

<sup>82</sup> Recordando que los Estados contrayentes buscaron dejar el listado abierto para incluir nuevas condiciones sociales –es evidente por el sentido natural y obvio de los términos del texto–, pero no condiciones individuales distintas a las ya incorporadas.

<sup>83</sup> Ídem.

Existe acuerdo entre la doctrina especialista que si se ha de extender el listado de razones prohibidas de discriminación, ellas deben guardar cierta relación de analogía o comparabilidad con aquellas que ya se han reconocido expresamente<sup>84</sup>. En este caso la identidad de género no es comparable con las demás condiciones sociales expresamente recogidas y por lo mismo no debiera concluirse que dicha condición cabe bajo la cláusula de “otra condición social”, accediendo a la protección del escrutinio estricto.

## 5. Relevancia de la distinción conceptual entre género y sexo

Es necesario destacar, en conexión a las preguntas planteadas por Costa Rica, que existe una diferencia conceptual relevante entre el sexo, el género y la identidad de género.

A riesgo de sobre simplificar el asunto, el sexo ha sido entendido por nuestros ordenamientos jurídicos como una característica de toda persona, correspondiente a su realidad y existencia física en cuanto ser sexuado, expresado a nivel genético, biológico y anatómico. El género en cambio suele entenderse como la construcción social de los aspectos psicológicos, sociales y culturales de la *feminidad-masculinidad*<sup>85</sup>. Ambos conceptos operan jurídicamente de formas distintas, pues en cuanto se integran en el ordenamiento jurídico, resulta que las discriminaciones en razón de sexo atienden a factores biológicos o anatómicos, mientras que las distinciones en base a género atienden a estereotipos o concepciones culturales y sociales de aquello que es masculino o femenino.

No se puede dejar de mencionar que en los campos de la filosofía, antropología y otros existen quienes niegan que exista una diferencia entre el sexo y el género de las personas, considerando que esta es una distinción completamente artificial. Dejando por el momento de lado esa postura, existe entre quienes aceptan la existencia del género como un elemento distinto del sexo al menos dos grandes concepciones en torno al género, que difieren entre sí.

La primera posición concibe al género como “socialmente construido” en forma íntegra. Se sostiene que el mismo se encuentra absolutamente separado del sexo biológico, sin que este último tenga incidencia o relevancia alguna sobre el primero. En su versión más rígida, los partidarios de esta conceptualización han afirmado la tesis de la “performatividad” bajo la cual el ser hombre o mujer no es algo que uno sea, sino algo que uno hace. En palabras de Judith Butler, se trata de un “artificio de flotación libre” que es fluido y plástico, y no necesariamente binario. Esto permite que los conceptos de varón y masculino pueden igualmente significar –contra su significado público actual– un cuerpo biológicamente masculino o femenino. En otros términos, vacía las palabras de su contenido público actual, de forma que el contenido y significancia es siempre subjetivo y en control de quien las usa.

La posición contraria en cambio sostiene que, siendo *posible* distinguir entre el sexo biológico de las personas y su género, *no es posible separar uno del otro* del modoradical que proponen otras teorías. La base subyacente de la masculinidad y femineidad es la distinción entre los roles reproductivos de los sexos, que es binaria y estable, anclada en la realidad biológica y física del mamífero humano. Bajo esta concepción, lo que importa es que podamos reconocer la diferencia entre hombres y mujeres, siendo en todo caso

<sup>84</sup> ANJA SEIBERT-FOHR, *The Rise of Inequality in International Law and its Pitfalls: Learning from comparative constitutional law*, Brooklyn Journal of International Law, 2012, Volumen 35, p. 13.

<sup>85</sup> A. DULITZKY, op. cit., 17 en referencia a VALERIE OOSTERVELD, *The Definition of Gender in the Rome Statute of the International Criminal Court: A step forward or back for international criminal justice?*, 18 Harvard Human Rights Journal 56.

escasamente relevante los comportamientos culturales que se asocian a uno u otro en un momento determinado, siempre que no borren la diferencia binaria entre ambos.

Como afirmamos ya en las secciones precedentes, estas concepciones teóricas son parte de un debate académico y filosófico en curso, que no está llamado a ser zanjado por la Corte bajo sus competencias. Y esto es de crucial importancia puesto que el contenido de la identidad de género, si ha de reconocerse como derecho o integrante de otros derechos, dependerá en su casi totalidad de cuál de las dos concepciones adopte el intérprete.

Dado todo lo anterior, es central a la resolución de estas preguntas y eventuales controversias entender cuál es la pretensión concreta de quienes se identifican –*grosso modo*– como transgénero o transexuales<sup>86</sup>. Si se trata de quienes manifiestan la convicción de que su *sexo registrado* corresponde al opuesto del que les es propio, entonces la persona afirma una pretensión de *identidad sexual* discordante, y por lo mismo se entiende que lo que busca es la corrección de su registro como hombre o mujer ante el Estado<sup>87</sup>. Si se trata en cambio de quienes afirman la convicción de que su *género* no se condice con su sexo registrado, o incluso que su género se escapa del binario masculino-femenino, lo que en realidad se solicita en su caso es en definitiva dar satisfacción a la pretensión de que el ordenamiento jurídico reconozca un sentimiento individual que no ha sido hasta ahora reconocido en los registros que lleva el Estado, y sin que sea claro ni evidente que la Convención obligue a llevarlo, como explicamos en las secciones precedentes<sup>88</sup>.

Queda claro que, si se busca guardar coherencia con el uso que se le da a los conceptos de sexo y género, como a la identidad de género, es necesario mantener la separación de las mismas también en el derecho. En cierto sentido, la discusión que plantea Costa Rica, y que se ha estado desarrollando en un conjunto de países del continente, *implica la confusión de la categoría jurídica del sexo por otra completamente distinta como lo es el género*.

Así, cuando lo que se discute es si las personas debieran tener libertad para modificar nombre y sexo registrado en atención a su identidad de género, lo que en realidad

<sup>86</sup> No deben confundirse con los intersexuales, antiguamente conocidos como hermafroditas, a riesgo de cometer una falacia de composición. Ella consiste en inferir que algo es verdadero acerca de un todo solo porque es verdadero acerca de una o varias de sus partes (en este caso, basarse en la situación de los intersexuales como argumento en apoyo de las pretensiones de los transexuales o transgénero). El término intersexual engloba una gama más o menos amplia de condiciones que afectan el desarrollo del sistema de reproducción humano en la etapa de desarrollo embrionaria o fetal, causando efectos en el desarrollo sexual que resultan en una anatomía reproductiva atípica. Precisamente por ello es que difiere del transgenerismo o transexualidad, en cuanto estos últimos –objeto de la petición costarricense– no presentan ambigüedad ni duda sobre su sexo. Sin mediar condición física anómala alguna que afecte sus anatomías, la situación de los transgénero consiste en la convicción puramente mental de discordancia entre la identidad de género y el sexo del individuo. En estricto rigor, la idea de la identidad transgénero se construye sobre la premisa de un sexo conocido e indiscutido, que no corresponde a la vivencia subjetiva de la persona.

<sup>87</sup> El principal caso en materia de transexualidad ante la Corte Europea de Derechos Humanos –Goodwin v. United Kingdom– lidiaba específicamente con una persona transexual post-operatoria nacida hombre y viviendo como mujer, quien manifestaba la intención de vivir en sociedad como mujer (párrafo 76 de la sentencia). En otras palabras, y en la nomenclatura de la teoría de género, se trataba de una mujer transexual con identidad de género femenina y una expresión de género coherente. ¿Habría sido distinto el fallo de la Corte si se hubiera encontrado con un individuo de sexo masculino, identidad de género fluida, expresión de género prevalente, pero no exclusivamente, masculina? Posiblemente sí. El efecto del caso Goodwin no fue exigir de los Estados el abandonar la construcción de sus ordenamientos jurídicos en torno a la distinción entre hombre y mujer, sino realizar una excepción a favor de individuos como Goodwin a fin de preservar su derecho a la privacidad. El razonamiento en este sentido es claro si se mira lo señalado en el párrafo 81 y 91, en particular por la referencia a la manera de lidiar con las dificultades relacionadas a los transexuales “post-operatorios” (pues la sentencia asume el paradigma médico bajo el cual la transexualidad corresponde a una situación médica sujeta a diagnóstico y tratamiento).

<sup>88</sup> El gobierno autónomo de la ciudad de Nueva York en los Estados Unidos hoy reconoce formalmente 31 “géneros” distintos con los que sus ciudadanos se pueden identificar –incluyendo entre ellos pangéneros, géneros fluidos, asexuados, entre otros–, teniendo el derecho legalmente garantizado a que todos los demás habitantes deban tratarlos conforme a esa identificación y según los pronombres personales escogidos, los que incluyen la referencia a they/them/theirs o los recientemente inventados ze/hir. Ver, NYC COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Legal Enforcement Guidance on the Discrimination based on the Basis of Gender Identity or Expression, en [http://www1.nyc.gov/assets/cchr/downloads/pdf/publications/GenderID\\_InterpreterGuide\\_2015.pdf](http://www1.nyc.gov/assets/cchr/downloads/pdf/publications/GenderID_InterpreterGuide_2015.pdf), [http://www1.nyc.gov/assets/cchr/downloads/pdf/publications/GenderID\\_Card2015.pdf](http://www1.nyc.gov/assets/cchr/downloads/pdf/publications/GenderID_Card2015.pdf).

se busca es la intromisión indebida del concepto del género en el campo del sexo, pues desde la categoría del género se busca alterar la categoría del sexo. Los Estados no han estado involucrados en la práctica de registrar los géneros de sus ciudadanos, sino simplemente sus sexos, pues del sexo de las personas se siguen consecuencias jurídicas relevantes que se han construido en base a la diferencia que existe entre ellos. Dicho de otra forma, porque el género es distinto del sexo, no es lógico concluir que las variaciones de género que puedan existir –asumiendo como ciertos los postulados antropológicos de las teorías de género– exigen a su vez las modificaciones registrales voluntarias respecto del nombre y el sexo.

Dado que el discurso mayoritario de las teorías de género afirma que la *identidad de género* de los individuos no es sinónimo de su *identidad sexual* o de su *sexo*, sino más bien de la afirmación del *rol de género* que cada uno asume y afirma como propio, la pretensión de obtener un cambio legal de nombre y sexo (y sexo en particular) no tiene relación alguna con el resguardo de la identidad de género y su expresión, en atención a que uno y otro corresponden a categorías distintas<sup>89</sup>. Así las cosas, se confunden planos distintos al sostener que la mantención de un registro nacional del sexo observado y registrado de las personas es un atentado a la identidad de género variante de algunas personas, pues se invade la esfera del sexo, y se desvirtúa su contenido y concepto, bajo el pretexto de dar “protección” al género, que es una categoría que, teóricamente, se encuentra desvinculada.

---

<sup>89</sup> Y como ya explicamos, en los pocos casos de individuos intersexuales en que ha existido un error de registro sobre el sexo en sentido estricto (ver, supra nota 92), los ordenamientos jurídicos de los Estados del Sistema contemplan la posibilidad de la genuina rectificación, de forma que el registro estatal sea fiel reflejo de la realidad sexual corporal del individuo en cuestión. Y como ya dijimos, estos no son los casos de los individuos que se identifican como transgénero o transexuales, a los que se refiere la solicitud costarricense.

## SECCIÓN V: INCURSIÓN EN CUESTIONES ANTROPOLÓGICAS Y ÉTICAS ABIERTAS EN LA DISCUSIÓN MORAL, JURÍDICA Y POLÍTICA CONTEMPORÁNEA, CUYA RESOLUCIÓN NO ES COMPETENCIA DE LA CORTE

Tal como se puede ir advirtiendo progresivamente en las páginas precedentes, los problemas asociados a la materia consultada a la Corte no son neutros filosóficamente hablando. Tras ellos se esconde un sinnúmero de cuestiones de índole antropológica y ética que hoy son discutidas ampliamente en la práctica totalidad de los centros de estudio e investigación en ciencias sociales, en el mundo entero (conceptos de sexo, género, identidad sexual e identidad de género; sentido moral, jurídico y sociológico del matrimonio y la familia; relaciones entre cultura y naturaleza; el concepto mismo de la persona humana sujeto de derechos, etc.). Y no se trata de discusiones sobre alcances particulares y concretos de tales cuestiones, sino que la discusión se extiende a los fundamentos mismos de las diversas teorías que sobre estas materias existen, a las premisas mayores de cualquier argumento que pueda darse a posteriori respecto de alguna aplicación particular de las teorías en cuestión.

En este contexto, la formulación de la consulta elevada a la Corte por el Estado de Costa Rica incurre en el defecto lógico conocido como *falacia de pregunta compleja*, en el sentido de que se incluye una o más preguntas ocultas cuya respuesta está supuesta en la fórmula de la consulta. De este modo, una respuesta afirmativa a las cuestiones planteadas, por parte de la Corte, supondría una admisión implícita de las respuestas requeridas por las preguntas ocultas, que operan como premisas de la respuesta afirmativa a la pregunta abierta.

Básicamente, en la fórmula de la consulta se da por supuesto que la Convención Americana de Derechos Humanos protege la categoría *identidad de género* en un sentido tal que esa protección podría traducirse en el deber de los Estados de “reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”. Pero lo cierto es que la asociación de una *identidad de género* con el derecho al cambio de nombre según esa identidad, supone la respuesta afirmativa a unas preguntas previas – antropológicas y éticas– que la Corte no ha respondido (ni nos parece que pueda responder dentro del ámbito de sus competencias, como ya hemos venido delineando). En efecto, entre las preguntas cuya respuesta se halla implícita en la fórmula empleada por la consulta del Estado de Costa Rica, se cuentan las siguientes:

### **1. ¿Existe una identidad de género completamente independiente de la determinación biológica de la sexualidad?**

Una respuesta afirmativa a la consulta del Estado de Costa Rica exige admitir que “[l]a división biológica que traemos conlleva diferencias reproductivas pero no diferencias actitudinales, normativas, conductuales o de roles. Todo ello es producto de la asignación social”<sup>90</sup>, y que “la condición construida del género se teoriza como algo completamente independiente del sexo, el género mismo pasa a ser un artificio ambiguo, con el resultado de que hombre y masculino pueden significar tanto un cuerpo de mujer como uno de hombre, y mujer y femenino tanto uno de hombre como uno de mujer”<sup>91</sup>. Si *no* se admiten

<sup>90</sup> PATRICIA GARCÍA-LEIVA. “Identidad de género: modelos explicativos”, en *Escritos de Psicología* 7, 2005, p. 73.

<sup>91</sup> JUDITH BUTLER. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Traducción de María Antonia MUÑOZ. Ediciones Paidós, Barcelona, 2007, pp. 55.

tales premisas, no tiene sentido “reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una” en un *registro en el que el nombre está asociado a la sexualidad biológica*. En efecto, tal reconocimiento y facilitación supone la afirmación implícita de que el nombre expresa una identidad en la que la sexualidad biológica tiene un lugar secundario y contingente, de manera que, en el registro del nombre, el sexo biológico debe tener, también, un lugar secundario y contingente, o, en todo caso, subordinado a la expresión subjetiva, individual y autónoma de la identidad de género.

## **2. ¿Es el género una construcción social y cultural sin arraigo alguno en elementos estables de la constitución del ser humano?**

Una respuesta afirmativa a la consulta del Estado de Costa Rica exige admitir que “el género se construye culturalmente: por esa razón, el género no es el resultado causal del sexo ni tampoco es tan aparentemente rígido como el sexo. [...] Si el género es los significados culturales que acepta el cuerpo sexuado, entonces no puede afirmarse que un género únicamente sea producto de un sexo. Llevada hasta su límite lógico, la distinción sexo/género muestra una discontinuidad radical entre cuerpos sexuados y géneros culturalmente contruidos”<sup>92</sup>. Si *no* se admiten tales premisas, no se ve cómo la protección de la identidad de género podría dar derecho a un cambio de nombre que se autonomiza respecto de aquellos elementos estables de la constitución del ser humano –la diferencia sexual biológica– a los que el nombre parece estar jurídicamente asociado. En efecto, sólo si la identidad de género corresponde a una afirmación subjetiva e individual de una condición asociada a constructos sociales y culturales, y completamente disociada de cualquier determinación biológica; sólo si aquella afirmación subjetiva e individual, por el mismo hecho de no estar vinculada a determinaciones estables o permanentes –biológicas o de cualquier otra especie–, es cambiante y redefinible, y sólo si el nombre tiene por función expresar esa afirmación subjetiva e individual; sólo admitidas tales premisas hipotéticas aparece el sentido de señalar como una posible violación de los derechos individuales asociados a la categoría de la identidad de género la *existencia de un registro que asocia el nombre a la diferencia sexual*<sup>93</sup> (no de género ni de identidad de género) y que hace gala de una estabilidad proporcional a la estabilidad de aquella diferencia.

## **3. ¿Constituyen los roles femeninos y masculinos asociados al sexo biológico, por sí mismos, una imposición cultural contraria a la autonomía del individuo?**

Una respuesta afirmativa a la consulta del Estado de Costa Rica exige admitir que “cada niño es asignado a una u otra categoría en base a la forma y tamaño de sus genitales. Una vez que esta asignación ha sido hecha, llegamos a ser lo que la cultura cree que cada

<sup>92</sup> JUDITH BUTLER. El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad. Traducción de María Antonia MUÑOZ. Ediciones Paidós, Barcelona, 2007, pp. 54.

<sup>93</sup> Como hiciéramos ver en las secciones precedentes, el Estado tiene un interés legítimo en conocer el sexo de los habitantes de su territorio por la relevancia de dicho dato a la hora de proyectar la continuidad de la sociedad y la adopción de decisiones políticas. Pero el interés en conocer esta diferencia no es exclusivo del Estado administrador, sino que también de todos los miembros de una comunidad política, que atienden a la diferencia sexual en sus decisiones de asociación con otros. Hombres y mujeres modifican su comportamiento según el sexo de aquellos con quienes interactúan, y el conocimiento cierto del mismo es determinante a la hora de entablar ciertos tipos de relaciones, pues es en la diferencia sexual (no de género ni de identidad de género), que los humanos buscamos al otro que complementa nuestras carencias. El nombre, que tiene una dimensión personal y otra pública, es un artificio que expresa una verdad o falsedad del individuo que específica, pues expresa a otros primeramente su sexo, a fin de facilitar las relaciones interpersonales, que se modulan a partir de este dato.

uno de nosotros debe ser: femenino o masculino. Aunque muchas personas creen que el hombre y la mujer son expresión natural de un diseño genético, el género es un producto del pensamiento y la cultura humanos, una construcción social que crea la *verdadera naturaleza* de todos los individuos”<sup>94</sup>, y que “[c]uando la ‘cultura’ pertinente que ‘construye’ el género se entiende en función de dicha ley o conjunto de leyes [de la diferencia sexual ‘natural’], entonces parece que el género es tan preciso y fijo como lo era bajo la afirmación de que ‘biología es destino’. En tal caso, la cultura, y no la biología, se convierte en destino”<sup>95</sup>. Si no se admiten tales premisas, no se entiende que el Estado no pueda conservar un registro del nombre asociado a la diferencia sexual biológica, con independencia de la voluntad del individuo. En efecto, sólo si la sexualidad biológica es del todo irrelevante en la constitución de los modelos personales, y si cualquier rol social fundado en la diferencia sexual aparece como una imposición cultural (en la medida en que la cultura no acoge el carácter absolutamente autónomo de la constitución individual del género), sólo entonces puede entenderse que un registro de la sexualidad de los miembros de la sociedad es ilegítimo, en cuanto sólo puede prestarse para perpetuar los estereotipos de género tradicionales, que son contrarios a la autonomía individual y sirven para el dominio abusivo de unas clases estereotípicas sobre otras (fundamentalmente, del hombre sobre la mujer).

#### **4. ¿Deberían los Estados esforzarse por erradicar dicha imposición en todos los niveles?**

Una respuesta afirmativa a la consulta del Estado de Costa Rica exige admitir que “la meta final de la revolución feminista debe ser –a diferencia de la que tenía el primer movimiento feminista– no sólo la eliminación del privilegio de lo masculino, sino de la misma distinción sexual: las diferencias genitales entre los seres humanos ya no tendrán importancia cultural”<sup>96</sup>. Si no se admite tal premisa, se caería en la contradicción de que los derechos asociados a la identidad de género deben ser sólo parcialmente protegidos. En efecto, si el derecho a cambiar el nombre según los dictados de la propia identidad de género supone la afirmación de la irrelevancia de la diferencia sexual en la determinación del rol social de los individuos, entonces no parece que sea legítima ninguna referencia a aquella diferencia, por parte del Estado, de un modo que favorezca los estereotipos de género vinculados a la misma diferencia. De este modo, la coherencia lógica exigiría que los Estados generen registros de ciudadanos que no atiendan en absoluto al sexo biológico, sino sólo a la identidad de género; que se reforme el matrimonio para que desaparezca de él toda referencia a la diferencia sexual biológica; y que se reforme el sistema educacional de un modo tal que desaparezcan, de él, toda determinación fundada en los estereotipos “hombre” y “mujer”. Por supuesto, se podría añadir un largo etcétera.

La fórmula de la consulta del Estado de Costa Rica, para ser lógicamente coherente, exige la respuesta afirmativa de todas las preguntas anteriores (y muchas más). En otras palabras, exige que la Corte, y todos los Estados firmantes de la Convención Americana,

<sup>94</sup> LUCY GILBERT & PAULA WEBSTER. “The Dangers of Femininity: Gender Differences: Sociology or Biology” (materiales del curso “Re-Imagining Gender”), p. 40.

<sup>95</sup> JUDITH BUTLER. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Traducción de María Antonia MUÑOZ. Ediciones Paidós, Barcelona, 2007, pp. 57.

<sup>96</sup> SHULAMITH FIRESTONE. *The Dialectic of Sex. The Case for Feminist Revolution*. Bantam Books, New York, 1970, p. 11.

asuman implícitamente una posición antropológica y ética altamente polémica, cuyos fundamentos son discutidos incluso en el seno de las teorías de género (que no son unívocas, por ejemplo, en su concepción de las relaciones entre género y sexo biológico). De más está decir que no parece razonable que la Corte o los Estados firmantes resuelvan por vía jurídica una cuestión filosófica de esta magnitud. Y, es más, la Corte carece de competencia para zanjar una cuestión que no es jurídica, ni tampoco es factual en el sentido de tratarse de la comprobación de los hechos de un caso.

A mayor abundamiento, un intento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de pronunciarse en forma autoritativa y en miras a zanjar por vías ajenas al debate democrático una discusión en curso en los campos de la filosofía, la psicología, la antropología y la sociología, no solo constituiría un obrar en exceso de sus competencias específicamente otorgadas<sup>97</sup>, sino que sería además contrario al *ethos* del proyecto moderno de los derechos humanos.

Como es sabido, el inicio del proyecto moderno de los derechos humanos encuentra su punto de partida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, siendo la raíz común tanto del sistema universal como de los sistemas regionales de protección a los derechos humanos. Los redactores de dicho documento (que en parte fueron los mismos que luego generaron los pactos internacionales que integran la llamado Carta Internacional de los Derechos Humanos) sabían que resultaría imposible confeccionar una declaración que generara acuerdo sobre los fundamentos filosóficos y antropológicos de los derechos y dignidad humana que se reconocían, en atención a las insalvables diferencias entre sistemas políticos, económicos y sociales en disputa, como lo eran entre otros el socialismo y el capitalismo. Por lo mismo, el objetivo fue entonces y sigue siendo el establecimiento de un acuerdo sobre ciertos derechos con cierto contenido, sin zanjar la filosofía o antropología desde la cuál se interpretan y llenan de contenido los mismos, permitiendo a las distintas comunidades políticas dar respuesta a dicha interrogante<sup>98</sup>.

El esfuerzo, en definitiva, se centró en la creación efectiva de un mínimo común denominador de logros o reconocimientos que toda sociedad pudiera aceptar y realizar, constituyendo un núcleo central de derechos que se alzara como un límite contra el poder del Estado, sustrayendo los mismos del trájín propio de la política. Se sostiene, sin embargo, que *la fórmula alcanzada no estaba ideada para generar un modelo único admisible y excluyente que garantizara los derechos humanos en todo el mundo, ni la consiguiente unificación de prácticas*<sup>99</sup>. Los arquitectos de la Declaración esperaban que los principios en ella recogidos cobrarían vida en una multiplicidad de formas, todas lícitas frente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Los mismos derechos reconocidos permitían, conforme al lenguaje utilizado, realizarse de diversas formas, con la excepción de aquellos delineados de manera tan precisa que establecían una norma de

---

<sup>97</sup> Como ya hemos mencionado, no es el caso que la Corte este “aplicando e interpretando la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (artículo 1 del Estatuto de la Corte), toda vez que en gran medida este debate gira sobre derechos que no están explícitamente reconocidos en la Convención, y sobre el contenido o significado de un término como “identidad de género”, que no forma parte de ningún tratado vigente que la Corte esté llamada a interpretar.

<sup>98</sup> De ahí la célebre anécdota de Maritain, en su respuesta a un visitante a la UNESCO que, ante el trabajo de los filósofos reunidos para contribuir a la DUDH, manifestó su asombro sobre cómo era posible que ideologías tan violentamente opuestas pudieran ponerse de acuerdo en una lista concreta de derechos fundamentales. “Sí, estamos de acuerdo sobre estos derechos pero bajo la condición de que nadie nos pregunte por qué. En el ‘por qué’ es donde empieza la disputa”, fue la respuesta dada.

<sup>99</sup> A modo de ejemplo, y como bien nota Mary Ann Glendon, uno de los principales artífices de la Declaración, Peng Chun Chang, deploraba públicamente los esfuerzos de los poderes coloniales para imponer una forma común de pensamiento y modo de vida en sus territorios coloniales, que sólo podría alcanzarse por la vía de la fuerza o a expensas de la verdad. Ver MARY ANN GLENDON, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (Nueva York: Random House, 2001), 230.

conducta única, como lo son la prohibición de la tortura, la esclavitud o el no verse sometido a forma alguna de agresión<sup>100</sup>.

En otras palabras, y como hemos explicado en esta sección, el contenido y alcance de los derechos depende en parte importante de las nociones filosóficas y antropológicas que sostenga el intérprete del caso. Para responder afirmativamente a las preguntas de Costa Rica es indispensable que se acepten las premisas que hemos delineado, en circunstancias de que dicha aceptación no ha sido dada por los Estados, quienes han adquirido un conjunto de obligaciones jurídicas concretas, y no un compromiso con una concepción filosófico-antropológica particular.

La determinación de aquello que constituye genuinamente un derecho humano, una exigencia de la dignidad humana, y lo que es meramente una expectativa cultural, gira en torno a la noción del bien humano (y de la persona humana) a la que se adscriba. No en vano advertía Maritain, junto a los demás filósofos del grupo de trabajo de UNESCO, en relación a los derechos básicos reconocidos, que “[e]l cambio en su significado los ha extendido frecuentemente hacia aplicaciones para las cuales no fueron originalmente ideados, a veces con buenos, y en otras con malos resultados. En ocasiones ha resultado en que los derechos se vuelvan vagos, y en otros ha pervertido lo que fue concebido como un derecho en una fuente de abuso en contra de los derechos fundamentales de otros hombres”<sup>101</sup>. Ese riesgo sigue siendo tan real hoy como lo fuera hace casi ochenta años.

Como argumentamos latamente en nuestra opinión, es nuestro parecer que no existe una violación de derechos de parte de los Estados que opten por mantener sus sistemas actuales de registro de sexo y nombres vinculados a la diferencia sexual biológica. Está fuera de la competencia de la Corte el tomar partido por una u otra concepción filosófica en torno a la constitución de la persona humana, o de la existencia o contenido del género como una categoría disociada del sexo<sup>102</sup>. Por lo mismo, un pronunciamiento que afirme una potencial violación de derechos, sobre la premisa de aceptar como única alternativa legítima una de las posibles posiciones filosóficas en la materia constituiría una actuación *ultra vires* de parte de la Corte.

---

<sup>100</sup> Ídem.

<sup>101</sup> Jacques Maritain et. al, Appendix II: The Grounds of an International Declaration of Human Rights, en *Human Rights: Commentary and Interpretations. A Symposium Edited by UNESCO* (Paris: UNESCO, 1948), 9-10.

<sup>102</sup> Un ejemplo de esta actitud de moderación y reconocimiento debido de los límites a la propia competencia se encuentra en la decisión de la CIJ en el caso de la caza de ballenas de 2014. En ella la Corte afirmó: “La Corte observa que, al aplicar el estándar de revisión señalado, no ha sido llamada a resolver cuestiones de política ballenera o ciencia. La Corte se encuentra consciente de que los miembros de la comunidad internacional sostienen visiones divergentes acerca de la política apropiada en torno a las ballenas y la ballenería, pero no le corresponde a la Corte el zanjar esas diferencias.” (énfasis añadido). CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LA HAYA, Caso de la Caza de Ballenas en la Antártica, sentencia de fondo, 31 de marzo de 2014, párrafo 69.

## CONCLUSIÓN

En atención a los argumentos precedentemente expuestos, la opinión de Facultad de Derecho de la Universidad Católica concluye que:

- I. La solicitud de opinión Consultiva es inadmisibile y corresponde a la Corte abstenerse de emitir un pronunciamiento, en atención a que:
  1. Existe en Costa Rica una discusión legislativa pendiente sobre estas materias y, por tanto, una debate político interno respecto del cual la Opinión Consultiva no debe tomar partido o afectarlo.
  2. Existen actualmente casos pendientes en el Sistema Interamericano que tocan directamente las cuestiones de ambas preguntas planteadas por Costa Rica. Por ello, un pronunciamiento en forma de opinión consultiva podría desvirtuar la función contenciosa de la Corte, según los criterios establecidos por la propia Corte en el pasado.
  3. Emitir una opinión en esta oportunidad alteraría el principio de subsidiariedad, que es un límite necesario a la competencia de la Corte, que busca resguardar los espacios de deliberación democrática de los Estados, así como los márgenes razonables de discrecionalidad y autogobierno de los mismos.
  
- II. El proceso judicial existente en Costa Rica para obtener un cambio de nombre no viola la Convención porque:
  1. El mismo se aplica indistintamente a toda persona que, por cualquier razón, desee cambiar su nombre. Por tanto, se aplica una misma regla procedimental para todas las personas sin atender a sus circunstancias particulares o los motivos por los que desean modificar su nombre. El nombre es un elemento identitario de todas las personas, presenten o no una identidad de género discordante con su sexo. Por lo mismo, no existe una discriminación arbitraria e injusta al aplicar la misma regla a todos por igual.
  2. La existencia de un procedimiento judicial es necesaria para garantizar otros derechos humanos básicos de terceros que se ven o podrían verse afectados en atención al cambio de nombre de un sujeto con quien tienen alguna relación.
  3. La existencia de un procedimiento judicial como requisito para cambiarse el nombre no vulnera derechos de la Convención con los cuales podría asociarse la identidad de género.
  4. Es cuestionable que la identidad de género, entendida como condición radicada en el fuero interno y que puede no manifestarse exteriormente, esté comprendida dentro del concepto “otra condición social” y, por tanto, que constituya una categoría sospechosa conforme a la Convención. Por lo mismo, la existencia de una norma que establece un procedimiento judicial para el cambio de nombre y que –se insiste– es general y no está pensada para ciertas personas, no merece un análisis más estricto que el estándar de razonabilidad de la medida en cuestión.

- III. Un eventual pronunciamiento de la Corte ante la solicitud de opinión consultiva de Costa Rica podría incurrir en una actuación *ultra vires*, toda vez que la respuesta afirmativa de la Corte a las preguntas planteadas implica tener por ciertas un conjunto de premisas implícitas vinculadas a posiciones antropológicas, filosóficas, psicológicas, biológicas y éticas en pugna con otras de igual naturaleza y en sentidos contrapuestos. Al no tratarse de cuestiones jurídicas –de interpretación y aplicación de la Convención Americana y el derecho internacional en general–, la resolución de estos debates no se encuentra dentro del ámbito de competencia de la Corte.