

OPINIÓN CONSULTIVA DE COSTA RICA RESPECTO DE IDENTIDAD DE GÉNERO SAN JOSÉ DE COSTA RICA, 17 DE MAYO DE 2017

Muy buenas tardes a la Honorable Corte. De antemano me disculpo por el carácter telegráfico de mi presentación, pero las restricciones de tiempo lo exigen. Por lo mismo es que invito cordialmente a la Corte a revisar el contenido de los informes en Derecho de la Universidad Católica, la ADF International, Rossana Muga y el Dr. Paul McHugh, pues en ellos se detallan los razonamiento de las conclusiones que a continuación expongo sucintamente.

1. La identidad de género no es en sí misma un derecho autónomo, ni lo es la orientación sexual. Se ha pasado enteramente por alto en las presentaciones de esta audiencia pública que existe una diferencia fundamental entre el reconocimiento de la identidad de género como un “motivo prohibido de discriminación”, y su reconocimiento como un derecho en sí. El segundo no se sigue del primero en ningún caso. En efecto, más allá de que consideramos infundada la consideración de la identidad de género como “otra condición social” bajo la Convención, lo cierto es que si admitimos para argumentar que ella es correctamente considerada como motivo prohibido de discriminación, de ello no se sigue que dicha característica sea por lo mismo un derecho autónomo. El listado del artículo 1.1 de la Convención consigna una serie de motivos prohibidos sobre los que no existe un reclamo de derecho, como sucede con el color, el sexo, o la posición económica y el nacimiento. Luego, no es posible afirmar livianamente que existe un derecho a la identidad de género por el solo hecho de que se reconoce como categoría sospechosa, y no se dan más argumentos de su sustento.

2. En materia de identidad de género, no hay tratado que interpretar, ni costumbre que la defina. Los observantes parecen desconocer que la única definición normativa de “género” existente en derecho internacional corresponde a la del Tratado de Roma que creó 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.** Esta definición normativa precluye la opción de conceptualizar el género e identidad de género como una **construcción en flotación libre, desanclada de la realidad corporal.** Y el punto es fundamental si consideramos que se ha instado en reiteradas ocasiones a la Corte de adoptar la noción de identidad de género de los llamados Principios de Yogyakarta. No hay tiempo para analizar la falta de fuerza normativa de ese documento, pero de lo que no cabe duda es que la definición de identidad de género que se promueve en él no se desprende del derecho vigente, sino que es (1) inventada por sus autores sin vincular a los Estados; y (2) toma partido por una concepción filosófico-política controversial, que no es de competencia de la Corte analizar como correcta o no.

3. **Sí, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA considera que existe un derecho a la identidad personal que emana y se conecta con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del artículo 3.** Pero lo que se calla es que el mismo Comité delineó el contenido y alcance de este derecho en un sentido que no da cabida a la identidad de género como independiente del sexo y que exija el reconocimiento de múltiples identidades de género, como algunos sugieren. Literalmente se afirma que el reconocimiento de la identidad es el medio para facilitar el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil y de **“otros derechos explícitamente reconocidos”, “con elementos claramente identificables”**. Estos no son sino los referidos en el artículo 8 de la CDN sobre la PRESERVACIÓN de la identidad –concepto que se ha ignorado por completo–, y no su construcción libre; todo en conexión a los elementos objetivos e identificables del nombre dado, las relaciones familiares y nacionalidad. En estricto rigor, los Estados ni siquiera están obligados a llevar un registro del sexo de sus ciudadanos –aunque eligen hacerlo–, por lo que mucho menos están obligados a llevar un registro de género para garantizar el derecho a la identidad personal, que no discurre en esta vía. Y la identidad de género, en cuanto fenómeno subjetivo inescrutable, no cumple en ningún caso con el estándar de ser “claramente identificable”, ni es un “derecho explícitamente reconocido”.

4. **Si concedemos que la identidad de género puede reconducirse a través de la libertad de expresión y la expresión de género, de todas maneras no hay violación a este derecho por la legislación de Costa Rica.** Por de pronto, y en línea con la jurisprudencia de la Corte, la libertad de expresión es violada mediante prohibiciones a la expresión libre en sí. Eso no ocurre en Costa Rica ni en el resto del continente, pues no hay prohibición a expresar las propias convicciones del género. Pero más todavía, la libertad de expresión no puede ser considerada como justificación para exigir el otorgamiento de los medios para ejercerla. El derecho garantiza libertad para expresar cualquier mensaje mediante procedimientos de comunicación abiertos al público, y sobre los que se tiene acceso libre y justificado. Pero **las cédulas de identidad y certificados de nacimiento no constituyen esos procedimientos. Son registros públicos de propiedad y control del Estado, en sintonía con sus poderes, funciones e interés propio y legítimo.** El Estado puede decidir ponerlos a disposición de las personas, pero no tiene obligación de hacerlo. Y, por lo demás, los registros civiles operan en base a la consignación de sexo, no identidad de género, y porque son distintos, a nadie se le contradice su identidad de género, sino simplemente se consigna su sexo.

5. **No existe intromisión alguna en la vida privada, y el hipotético de este caso se distingue radicalmente del antecedente de Atala.** En aquel entonces el Estado buscaba justificar una actuación positiva de su parte al remover el cuidado personal de los hijos de Atala por su orientación sexual, afectando su vida privada y familiar. Acá en cambio, el Estado no realiza actuación positiva alguna, y no impide a los individuos su autoidentificación según la identidad de

género que subjetivamente cada quien pretenda. Pero más importante, **la REGULACIÓN del nombre de cada individuo en sociedad no es parte de la vida privada sino de la vida pública**, pues como es sabido y admitido, el nombre reviste el doble carácter de ser una regulación de una institución de policía y de ser **un atributo de la personalidad que cobra sentido en la esfera relacional**. Sostenemos que la pretensión de cambiar el nombre para reflejar la identificación subjetiva es lo opuesto de la esfera privada. Es el individuo quien 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. Finalmente, ha de considerarse que en estricto rigor, la invasión de la vida privada por parte del Estado se produciría precisamente cuando el mismo entra a registrar la identidad de género de las personas, característica privada y no pública.

6. Finalmente, no dudamos en afirmar que la Corte se encuentra vedada de resolver las preguntas promovidas por Costa Rica sobre identidad de género, pues si lo hace incurrirá en una actuación *ultra vires*. Las formulación de las preguntas de Costa Rica adolecen del defecto lógico de la **falacia de pregunta compleja**, pues para responder afirmativamente a las mismas se necesita admitir ciertas premisas sin las cuales no se llega a concluir que la identidad de género es un derecho, y que no se desprenden del derecho vigente. En el fondo, la discusión sobre reconocer o no la identidad de género **no es una cuestión de “interpretación y aplicación” de tratados internacionales y normas consuetudinarias**. Se trata en realidad de una controversia vigente en las disciplinas de la antropología, la medicina, la sociología, la filosofía y la psicología. **Y la competencia de la Corte es de resolver sobre la interpretación de tratados, no zanjar discusiones de orden filosófico o científico**. ¿Hay separación total entre la identidad de género y el cuerpo sexuado? ¿Es el género pura construcción social y cultural sin arraigo en los elementos estables de la constitución humana? ¿Las personas somos nuestros sexos o no? Estas son algunas de las preguntas que se deben resolver, y según como se responda cambia la concepción de la identidad de género. Como bien señaló la Corte Internacional de Justicia en su caso de las balleneras en 2014, los tribunales internacional no están llamados a resolver cuestiones de política pública o ciencia. Existen visiones divergentes entre los Estados, y sin un acto de autoridad de los mismos para zanjarlo, no se ha empoderado a la Corte para que sea ella quien lo haga. Esto impacta directamente sobre el derecho de todo Estado, **y en realidad de la comunidad política**, para autodeterminarse y definir soberanamente las bases de su sistema político y social, y en caso de buscar imponer una doctrina filosófica controvertida a todos los Estados, que jamás la suscribieron al tiempo de hacerse parte de la Convención, **no puede ser visto sino como un actuación ilícita e infundada**.