

LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL PERÚ: EL CASO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES TRANS. EL DIFÍCIL CAMINO PARA EVIDENCIAR LO INVISIBLE

*GENDER IDENTITY IN PERU: THE CASE OF TRANS CHILDREN AND
ADOLESCENTS. THE DIFFICULT WAY TO REVEAL THE INVISIBLE*

Alex F. Plácido Vilcachagua*

Universidad del Pacífico

Lima-Perú

<https://orcid.org/0000-0002-1145-584X>

aplacidov@gmail.com

Resumen:

Se muestra el proceso que se viene produciendo en el Perú, por el reconocimiento del derecho a la identidad de género. Su comienzo, que evidencia una total desprotección, presenta una constante intolerancia, manifestada a través de actos violencia hacia las personas LGBTI; sin que el Estado investigue y sancione dichas vulneraciones. Ello ha quedado de manifiesto con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*; situación a la que no es ajena los niños, niñas y adolescentes trans. Ahora, el accionar del Estado peruano se dirige hacia evidenciar lo invisible, por un camino tortuoso que pretende salir de la desprotección y llegar al pleno reconocimiento de la identidad de género como derecho.

Palabras clave: Personas LGBTI. Discriminación por percepción. Identidad de género. Orientación sexual.

Abstract:

*The process that is taking place in Peru is shown, for the recognition of the right to gender identity. Its beginning, which shows total lack of protection, presents a constant intolerance, manifested through acts of violence against LGBTI people; without the State investigating and sanctioning such violations. This has been evidenced by the judgment of the Inter-American Court of Human Rights in the case of *Azul Rojas Marín and another v. Peru*; situation to which trans children*

* Abogado. Consultor. Docente. Investigador. Profesor de Derecho Civil en las Universidades del Pacífico, Peruana de Ciencias Aplicadas, San Ignacio de Loyola. Maestrando de la Maestría de Derecho Civil con mención en Derecho de Familia en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE)

and adolescents are no stranger. Now, the actions of the Peruvian State are directed towards showing the invisible, along a tortuous path that aims to get out of lack of protection and reach full recognition of gender identity as a right.

Keywords: *LGBTI people. Discrimination for perception. Gender identity. Sexual orientation.*

1. INTRODUCCIÓN

Los medios periodísticos escritos en el Perú, dieron cuenta que el 31 de mayo de 1989, un grupo de seis integrantes del grupo subversivo Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) ingresó violentamente al bar conocido como las “Gardenias” en el Asentamiento Humano “9 de Abril” de la ciudad de Tarapoto, departamento de San Martín. Los subversivos aprehendieron a ocho ciudadanos que eran travestis y fueron asesinados con disparos de armas de fuego. A los pocos días, el semanario “Cambio”, órgano oficioso del MRTA, reivindicó la acción como una decisión del grupo subversivo debido a que las fuerzas del orden supuestamente amparaban “estas lacras sociales, que eran utilizadas para corromper a la juventud”. Los miembros del MRTA activos en la ciudad de Tarapoto hicieron similar apología de la masacre a través de mensajes en las radioemisoras locales. El semanario, al mismo tiempo, mencionaba un crimen similar ocurrido en febrero, cuando el MRTA ejecutó “a un joven homo muy conocido en Tarapoto”. El cuerpo de la víctima fue abandonado con un cartel que decía: “Así mueren los maricones”. El semanario “Cambio” justificaba los hechos alegando que los subversivos habían condenado en febrero las actividades de “todo homosexual, drogadicto, ratero, prostituta” y les había instado a que “enmienden su vida”, pero que las víctimas “olvidaron el ultimátum”, por lo que el MRTA decidió demostrar “que no advierte en vano” (Semanario Cambio, 1989, pág. 5).

Pero la intolerancia en Tarapoto continúa, después de más de 29 años, esta vez en manos de las rondas urbanas y campesinas. Cada mes se reportan **cuatro ataques a homosexuales perpetrados por ronderos**, según la asociación civil Amazonas. “Pero en muchos casos, los miembros no se atreven a denunciar”, sostiene su presidente, Thais Isuiza. Una muestra de la violencia con que se trata a los homosexuales son las palabras de **Justo Alvarado**, miembro de una junta vecinal del ahora distrito “9 de Abril”, quien salió en un noticiero diciendo: “Les estamos dando un castigo merecido. Nos hemos puesto de acuerdo en erradicar esto” (El Comercio, 2014).

En julio de 2016, un programa televisivo (Cuarto Poder, 2016) informó que una joven lesbiana de 19 años denunció penalmente a su madre por discriminación y violencia familiar, y se convirtió en la primera persona que realiza este tipo de imputación en nuestro país. Antonella Asunciona Rabanal Roca se fue de su casa hace mes y medio debido a los constantes maltratos físicos que recibía no solo de su madre sino también de su padrastro. Según contó, la patearon, golpearon y llamaron “machona”. Su padrastro Abner Michael Melgar Chuqui habría intentado asfixiarla con una almohada tras enterarse de que era lesbiana. “Me dijeron que soy el demonio en persona”, reveló la joven, que en una ocasión tuvo que ser rescatada por su tía de los golpes de su padrastro y su propia madre, una mujer evangélica, integrante del llamado Movimiento Misionero Mundial en el Perú. “Yo sé que el señor la va a transformar”, dijo al programa televisivo Nelly Victoria Roca Hinostroza, la madre de Antonella, que aseguró que la denuncia no es real, que su hija no es lesbiana y que solo la había castigado por llegar tarde a su casa. El pasado 19 de mayo de 2016, Antonella acudió a la Comisaría Policial de Puente Piedra para denunciar los maltratos. No solo no la ayudaron, sino que le dijeron que buscara un psicólogo. En esa ocasión, tuvo que volver a casa porque no tenía a dónde más ir.

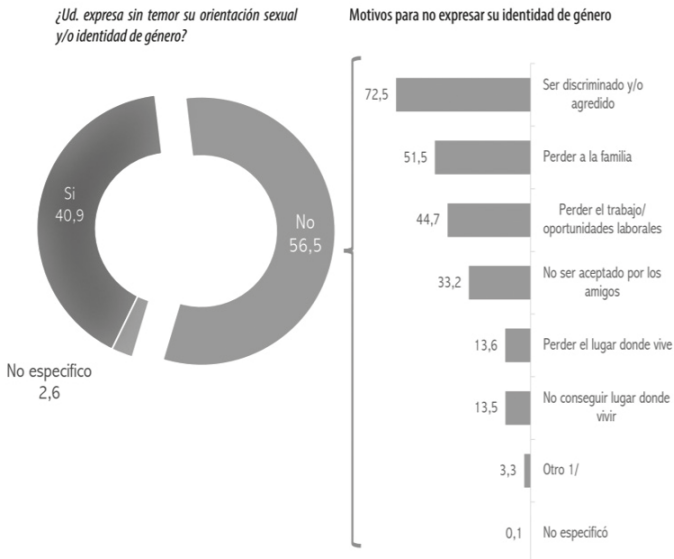
Seis meses después, se anunció una noticia sin precedentes en el Perú: la magistrada Silvia Salazar Mendoza del Segundo Juzgado Civil de Puente Piedra dictó medidas de protección a favor de Antonella Asunciona Rabanal Roca para que cese cualquier tipo de conducta que perturbe la tranquilidad familiar e implique maltrato físico y psicológico; estando impedidos los denunciados de acercarse a más de 200 metros de donde se encuentre la víctima. Conforme al segundo fundamento jurídico de la resolución N°7 del 14 de noviembre de 2016, quedó acreditado que:

El 17 de mayo del 2016, cuando la agraviada se encontraba en su domicilio en compañía de su madre y su padrastro, quien le reclama porqué los había denunciado por maltrato físico y psicológico, fue empujada sobre una meza y al caer al piso le empiezan a patear el estómago y le profieren insultos que la denigran por vestir de manera masculina (Segundo Juzgado Civil de Puente Piedra, 2016).

Karen Anaya, miembro del grupo de incidencia jurídica de la ONG Promsex, destacó que el Poder Judicial haya dictado medidas de protección a favor de Antonella: “Es la primera vez que una adolescente presenta una denuncia de violencia familiar que se basa en la discriminación por su orientación sexual” (El Comercio, 2017).

En abril de 2018, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) publicó los resultados de la Encuesta Virtual para Personas LGBTI, la primera en su tipo realizada por el Estado peruano. El reporte del INEI detalla que “el 56,5% de la población LGBTI encuestada siente temor de visibilizarse por miedo a ser agredida (72,5%), perder a su familia (51,5%) o su trabajo (44,7%)”.

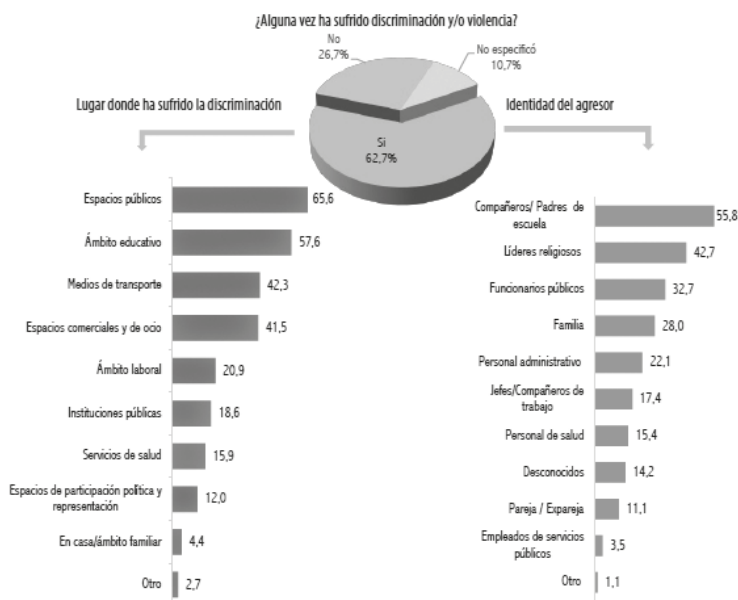
Tabla 1



Fuente: INEI. Primera Encuesta Virtual para personas LGBTI (2017)

Un dato particularmente alarmante es que el 62,7% de los participantes declaró haber sido víctima de algún acto violento a causa de su orientación o identidad. Lo preocupante de la estadística es que los episodios discriminatorios habrían ocurrido en espacios públicos (65,6%) y educativos (57,6%); y que los principales agresores serían compañeros de escuela (55,8%), líderes religiosos (42,7%), funcionarios públicos (32,7%), familiares (28%) y compañeros de trabajo (17,4%). El que los principales agresores sean compañeros de escuela muestra la lamentable situación de los niños, niñas y adolescentes trans, que son víctimas de violencia o discriminación en sus centros de estudios en el Perú, basado en la percepción de su identidad de género.

Tabla 2



Fuente: INEI. Primera Encuesta Virtual para personas LGBTI (2017)

El estudio señala también que solo se denunció el 4% de estos casos. Las razones para el silencio oscilaron entre “considerar que era una pérdida de tiempo” (55%), “el temor a que se dijera que el acto no era grave o que [la víctima] se lo merecía” (40,8%) y “el miedo a las represalias” (33,6%) (Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), 2018).

Sobre la base de esta información estadística, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “la violencia contra la población LGBTI en el Perú no estaba siendo visibilizada”; violencia que se caracteriza por ser estructural y continua, que se sustenta en prejuicios significativos contra la población LGBTI:

En suma, la Corte concluye que en la sociedad peruana existían y continúan existiendo fuertes prejuicios en contra de la población LGBTI, que en algunos casos llevan a la violencia. En efecto se advierte que el 62.7% de las personas LGBTI encuestadas señalaron haber sido víctima de violencia o discriminación, siendo un 17.7% víctima de violencia sexual. La violencia en algunas ocasiones es cometida por agentes estatales, incluyendo efectivos de la policía nacional y del serenazgo (Caso Azul Rojas Marín y otra vs Perú, 2020).

Los datos precedentes, muestran el proceso que se viene produciendo en el Perú, por el reconocimiento del derecho a la identidad de género. Su comienzo, que evidencia una total desprotección, presenta una constante intolerancia, manifestada a través de actos violencia hacia las personas LGBTI; sin que el Estado investigue y sancione dichas vulneraciones. En esta etapa, se comprueban ataques directos a la dignidad humana, que se concretan en crímenes de limpieza social; la que se produce, por lo general, en ambientes convulsionados, con una gran inseguridad ciudadana, en los que estas víctimas son elegidas previamente por su “*pertenencia*” a un grupo humano marginal y discriminado. El propósito es, pues, erradicarlos por considerarlos “*males endémicos de la sociedad*”. Esa desprotección, traducida en la persecución y exterminación de personas LGBTI, constituye una violación reprochable del derecho a la vida, del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal y, en particular, del derecho a la identidad de género; que se ve agravada, por la falta de aplicación, por parte de las autoridades responsables, de la diligencia debida para investigar, enjuiciar y castigar esos crímenes. Las consecuencias de ello se aprecian en el temor de las personas LGBTI a visibilizarse por miedo a ser agredidas; homofobia y transfobia que lleva a la proliferación de situaciones discriminatorias en diferentes ámbitos.

Ahora, el accionar del Estado peruano se dirige hacia evidenciar lo invisible, por un camino tortuoso que pretende salir de la desprotección y llegar al pleno reconocimiento de la identidad de género como derecho.

2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PERUANO POR LA “LIMPIEZA SOCIAL” CONTRA LAS PERSONAS LGBTI

El respeto de la dignidad de la persona constituye un valor fundamental de una sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos. Ello obliga al Estado a respetar y garantizar la protección y promoción de los derechos; más aún, en el caso de las personas LGBTI, cuya invisibilidad determina un contexto permisible para la vulneración de los derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que la obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos:

Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por

todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados (Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la Calle) vs Guatemala, 1999).

La obligación de garantizar exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todos los habitantes sujetos a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos, no importando la condición de nacional o extranjero. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que:

... los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención ... (Caso Cantos vs Argentina, 2002).

Como consecuencia de lo anterior, se encuentra la obligación no solo de implementar un orden normativo, sino que también de materializar una actuación o conducta gubernamental que asegure la existencia y eficacia de los derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que:

Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos ... (Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, 1988).

Adicionalmente, también se considera que el Estado está en la obligación de prevenir razonablemente las violaciones de derechos. Para ello deberá adoptar todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan los derechos humanos y que aseguren que las

eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como delitos, y que por lo tanto sean sujeto de una sanción, así como de la obligación de indemnizar a las víctimas. Este criterio, señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, permite también considerar la responsabilidad del Estado por la falta de prevención de actos vulnerados de derechos, cuando estos son producto de prácticas:

Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto ... (Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, 1988).

Además de prevenir, el Estado ha de investigar los hechos y sancionar a los responsables. La investigación tiene que ser seria, llevada por jueces independientes e imparciales, con los poderes y atribuciones necesarias para el desarrollo de sus funciones, y estar dirigida a individualizar a los responsables sean estos autores materiales, intelectuales, cómplices y encubridores y sancionarlos. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisa que:

La obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de los elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. ... Al respecto, no viene al caso discutir si las personas acusadas en los procesos internos debieron o no ser absueltas. Lo importante es que, con independencia de si fueron o no ellas las responsables de los ilícitos, el Estado ha debido identificar y castigar a quienes en realidad lo fueron, y no lo hizo ..." (Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la Calle) vs Guatemala, 1999).

Concordantemente, para que el sistema de garantía de los derechos humanos funcione no puede darse cabida a la impunidad por las violaciones

de los derechos; definida como “la falta de prevención razonable, de investigaciones serias, búsqueda y captura de los responsables, enjuiciamiento y condena efectiva, así como la falta de reparación del derecho y de sus consecuencias” (Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs Guatemala, 1998).

De otro lado, el Estado es responsable de toda situación en la cual el poder público sea utilizado para vulnerar o amparar la vulneración de los derechos. Así pues, “el hecho de que las personas que vulneren derechos lo hagan bajo el amparo de las instituciones públicas, permite que se le considere como agentes del Estado” (Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la Calle) vs Guatemala, 1999).

El incumplimiento de un Estado de estas obligaciones de respeto y garantía de los derechos, frente a la “limpieza social” contra las personas LGBTI, contribuye a la constante violación del derecho a la vida, del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal y, en particular, del derecho a la identidad de género. “El Estado no puede actuar en contra de una persona por motivo de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género” (Caso Azul Rojas Marín y otra vs Perú, 2020).

Las condiciones en las que viven las personas LGBTI, ocultándose por temor, evidencia su exposición y vulnerabilidad. Al no adoptarse las medidas necesarias para evitar que continúen los crímenes de limpieza social y para que termine la impunidad de los responsables, el Estado se hace cómplice de las privaciones arbitrarias del derecho a la vida de las víctimas; de los graves maltratos físicos y sufrimientos psicológicos que padecen; y, de la ausencia de garantías mínimas de protección legal a los detenidos ilegítimamente.

3. LA INVISIBILIDAD DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO MARCADA POR LA STC 00139-2013-PA/TC

Las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales; todo ello, basado en la percepción de su identidad de género, lo que se produce tanto en el ámbito público como en el privado. Así, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que:

La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una

determinada categoría. Al igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. En consecuencia, de conformidad con lo anterior, se puede considerar que la prohibición de discriminar con base en la identidad de género, se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o auto-percibida, también se debe entender en relación a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no (Opinión Consultiva OC-24/17 2017).

Frente a esta discriminación por percepción, corresponde al Estado adoptar medidas positivas para revertir o cambiar esta situación, que permita la coexistencia de personas con distintas identidades de género; desarrollándose con dignidad y con la misma igualdad de derechos al que tienen todas las personas. Sin embargo, esta discriminación va a persistir si el propio Estado, a través de las actuaciones de sus diversos órganos, contribuye a mantenerla; persistiendo, entonces, la invisibilidad de la identidad de género.

Eso ocurrió en el caso resuelto con la STC 00139-2013-PA/TC del 18 de agosto de 2014. Al Tribunal Constitucional (Caso P.E.M.M. representado(a) por Rafael Alons Ynga Zevallos, 2014) le tocó pronunciarse en un proceso de amparo promovido por una persona que pidió al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) se cambie el sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI), en razón a que:

Es un transexual, no un hombre, sino “una mujer reasignada” mediante una cirugía realizada en España, por lo que debe ser tratada como tal, y que no basta solo tener un prenombre femenino, sino que el sexo señalado en el DNI debe estar acorde con su actual identidad.

En respuesta, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil señaló que este pedido:

Colisiona con el artículo 22 del Decreto Supremo N°15-98-PCM (Reglamento de Inscripciones del RENIEC), que precisa los hechos inscribibles en el acta de nacimiento, entre los que no se encuentra el cambio de identidad sexual. Además, refiere que el Tribunal Constitucional en la STC 2273-2005-PHC/TC si bien ordenó el cambio de prenombre de masculino a femenino (Karen Mañuca Quiroz Cabanillas), mantuvo intangibles los demás elementos identificatorios (edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento.

En instancia decisoria, por mayoría, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda al no haberse acreditado la afectación del derecho a la identidad; por las razones siguientes:

a) *El sexo reconocido es solo el sexo biológico, cromosómico o genético:*

Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino). La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en “la naturaleza de las cosas” (artículo 103 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo” (Caso P.E.M.M. representado(a) por Rafael Alons Ynga Zevallos, 2014).

Agrega que esta indisponibilidad del sexo en el registro civil, no se ve perjudicada por la posibilidad de rectificar, incluso administrativamente, las inscripciones cuando se determina algún error en la inscripción; como ocurre “cuando exista un desajuste en el propio sexo cromosómico, es decir en la propia biología, como son los casos de intersexualidad o hermafroditismo” (Caso P.E.M.M. representado(a) por Rafael Alons Ynga Zevallos, 2014).

b) *El transexualismo es un trastorno de la personalidad y del comportamiento, conforme a la Organización Mundial de la Salud.*

El transexualismo es un trastorno mental, en el que no hay ninguna patología anatómica o genética. El transexual posee un sexo biológico perfectamente definido, sin ambigüedades, como hombre o mujer. Tiene la convicción de que su sexo anatómico es erróneo, pero el error está en su mente, no en su anatomía (Caso P.E.M.M. representado(a) por Rafael Alons Ynga Zevallos, 2014).

Consecuentemente, explica que:

La cirugía como el tratamiento adecuado para el trastorno transexual, no es aceptada pacíficamente en el campo científico... Existen posiciones científicas para las que siendo psíquica la causa del transexualismo, se debe más bien actuar sobre la mente, por lo que es un error pretender curar lo psíquico actuando sobre lo físico, que en el cuerpo no hay

ninguna anomalía orgánica (Caso P.E.M.M. representado(a) por Rafael Alons Ynga Zevallos, 2014).

- c) Las consecuencias que provocaría en el ordenamiento jurídico una decisión estimatoria.

En efecto, de obtener el recurrente un pronunciamiento estimatorio, [se] podría reclamar cuanto sea inherente a la condición de mujer, pues la consecuencia de estimar la pretensión comprende la adquisición de cuantas expectativas, facultades y derechos pudieran asistirle desde la sobrevenida condición legal femenina". De acuerdo con ello, señala que "si la sentencia de este Tribunal ordena el cambio legal de sexo... que pasa a tener el sexo femenino, no sería viable introducir limitaciones, como prohibirle contraer matrimonio con varón, pues estas podrían ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo, además de resultar una incongruencia con lo pretendido, que es el más pleno reconocimiento legal de la condición femenina (Caso P.E.M.M. representado(a) por Rafael Alons Ynga Zevallos, 2014).

Con esta decisión, el Tribunal Constitucional estableció, como doctrina jurisprudencial, que el sexo era un elemento inmutable y que, consecuentemente, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad. Esto, además, se asoció con la idea de que cualquier alteración de la identidad en función de ese criterio debía ser entendido como un "trastorno" o una "patología".

De esta manera, se negó el reconocimiento del derecho a la identidad de género; provocando, en el sistema jurídico peruano, un desconocimiento de la plena vigencia y ejercicio de los derechos de las personas LGBTI, cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer. La invisibilidad quedó marcada.

En efecto, debido a la vigencia de la doctrina jurisprudencial desarrollada en la STC 0139-2013-PA/TC, los distintos órganos jurisdiccionales interpretaron, en muchos casos, que el derecho a la identidad de género y la posibilidad del cambio de sexo no encontraban sustento alguno en la Constitución. Al respecto, es muy elocuente lo expuesto por el Magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, en el punto 41 del fundamento de su voto recaído en la STC 06040-2015-PA/TC del 21 de octubre de 2016, respecto de las consecuencias de este precedente:

Y es que, con carácter de doctrina jurisprudencial, una anterior composición del Tribunal Constitucional peruano emitió la STC 0139-2013-PA/TC. Allí, justo es anotar que por consideraciones que en puridad no se encuentran dentro del ámbito estrictamente procesal, no solamente se ha rechazado la posibilidad de interponer demandas de amparo en defensa de la identidad de género de las personas trans, sino que incluso se ha buscado evitar que jueces y juezas ordinarios puedan acoger este tipo de pretensiones, incluso cuando esas pretensiones hayan sido solicitadas a través de medios procesales ordinarios (Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), 2016).

4. LA VISIBILIDAD DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO DETERMINADA POR LA STC 06040-2015-PA/TC

Como se ha explicado, corresponde al Estado adoptar medidas positivas para revertir o cambiar las consecuencias nocivas de la discriminación por percepción, que permita la convivencia de personas con distintas identidades de género; desarrollándose con dignidad y con la misma igualdad de derechos al que tienen todas las personas. De esta manera, el Estado garantiza la plena vigencia y ejercicio de todos los derechos de las personas cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que:

El derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectiva garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros, así como en los documentos de identidad. Lo anterior se traduce en la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en esos registros y otros documentos de identificación coincidan con las definiciones identitarias que tienen de ellas mismas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas (Opinión Consultiva OC-24/17 2017).

En el caso resuelto con la STC 06040-2015-PA/TC del 21 de octubre de 2016, el Tribunal Constitucional se pronunció en un proceso de amparo promovido por una persona que requiere al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) se cambie el nombre y sexo (de masculino a femenino) en su Partida de Nacimiento y en su Documento Nacional de Identidad (DNI); señalando que “desde su infancia, siempre se ha identificado como una mujer, por lo que la imposibilidad de efectuar dichas modificaciones en los registros

afecta los derechos a su libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la salud”; agrega que:

Viajó a España, donde se sometió a una cirugía de cambio de sexo, consistente en la ingesta de hormonas, implante de siliconas y vaginoplastia; proceso acompañado de un tratamiento psicológico como soporte emocional. Afirma también que, de regreso a Lima, a pesar de tener una apariencia femenina, el nombre y sexo consignados en sus documentos de identidad le han venido generando más episodios de discriminación (Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), 2016).

Al respecto, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) señaló que:

El Tribunal Constitucional cuenta con doctrina jurisprudencial en la que ha precisado que no es factible la modificación de la identidad sexual en el DNI. Y, en cuanto al cambio de prenombrados, sostiene que el proceso idóneo para ese pedido es el no contencioso de rectificación de partida de nacimiento, por lo que la presente demanda debería ser declarada improcedente (Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), 2016).

En instancia decisoria, por mayoría, dejando sin efecto los lineamientos de la doctrina jurisprudencial establecida por la STC 0139-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda por la vulneración del derecho de acceso a la justicia de las personas transexuales que soliciten el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad; por las razones siguientes:

a) *El transexualismo es una disforia de género, mas no una patología o enfermedad.*

En efecto, como enfatiza American Psychological Association (APA), entidad de prestigio mundial en este campo de la ciencia, este enfoque ya se encuentra superado [Cfr. APA. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM-5 de 2013]. Es también importante resaltar que la propia Organización Mundial de la Salud está en camino a superar su tipificación como una enfermedad o trastorno. Así, el Grupo de Trabajo sobre la Clasificación de Trastornos Sexuales y Salud Sexual de la misma OMS apunta a abandonar el modelo psicopatológico del transgenerismo en la nueva CIE-11, a publicarse por dicha entidad en el año 2018. Es más, una versión beta del CIE-11 (en la que se van introduciendo los

cambios a las categorías revisadas) lo ubica como una disforia de género, excluyéndola expresamente de ser una patología [<http://apps.who.int/classifications/icd11/browse/f/en>] (Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), 2016).

Con expresa referencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencias emitidas en los casos Karen Atala vs. Chile y Duque vs. Colombia); al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias Van Kuck vs. Alemania y Goodwin vs. Reino Unido); y, a nivel de organismos internacionales, la Organización de Naciones Unidas (Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. A/HRC/29/23. Publicado el 4 de mayo de 2015), agrega que este es el criterio que siguen distintos tribunales internacionales que:

Han coincidido en que el género encuentra un espacio particular de protección en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha obedecido a su estrecha vinculación con el derecho a la vida privada y al principio de igualdad y no discriminación. No es casual esta coincidencia en el ámbito internacional, ya que refleja el estándar mínimo de protección que los Estados deben brindar a toda persona sometida a su jurisdicción (Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), 2016).

- b) *La realidad biológica no es el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues este, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia.*

Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social (Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), 2016).

Agrega que, el permitir a una persona modificar su sexo legal asignado para que se armonice con su sexo real (el que el sujeto desarrolla como parte de su identidad), no contraviene el orden y la seguridad jurídica; por cuanto:

Esta modificación en el registro civil y en los documentos de identidad de una persona no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registral y no afecta el derecho de sucesiones o las relaciones

laborales ni la justicia penal (Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), 2016).

- c) *La consecuencia de esta decisión estimatoria en el ordenamiento jurídico es el garantizar el derecho de acceso a la justicia de las personas que deseen solicitar la modificación de sus datos en sus documentos de identidad, el cual se había visto irrazonable y desproporcionalmente restringido.*

El apartamiento de esta doctrina jurisprudencial permitirá que los órganos judiciales tutelen el derecho a la identidad y la personalidad jurídica de las personas transexuales, ya que no existirá ningún impedimento, ni legal ni jurisprudencial, para garantizar estos derechos (Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), 2016).

Con esta decisión, el Tribunal Constitucional aprecia la actual evolución interpretativa sobre el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, en consideración a la naturaleza abierta, indeterminada y de alto contenido valorativo de los preceptos constitucionales y, en particular, del derecho a la identidad. Así, precisa que:

Existe una fuerte tendencia de reconocer que existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal. Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como “hombre” o “mujer”, es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad (Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), 2016).

Con ello, visibiliza la identidad de género. Al respecto, la Magistrada Marianella Ledesma Narváez, en el punto 35 del fundamento de su voto recaído en la STC 06040-2015-PA/TC del 21 de octubre de 2016, lo destaca:

Es evidente que, en nuestro ordenamiento jurídico, tanto la orientación sexual como la identidad de género encuentran sustento directo, merced a una interpretación evolutiva, en la propia Constitución. Por ende, debe desarraigarse cualquier visión patológica con las que históricamente se las ha vinculado, y, por ende, deben ser asumidas como reales condiciones

humanas que se desprenden de nuestra diversidad. Esto implica que, al igual que resto de personas, las personas transgéneros gozan de los mismos derechos que el resto de miembros de la sociedad, con el énfasis de la protección reforzada que ameritan en virtud del artículo 2.2 de la Constitución (Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), 2016).

Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la identidad de género no es total, desde que esta decisión fue adoptada por mayoría; comprobándose, del voto singular de los disidentes, el mantenimiento de los criterios de la STC 0139-2013-PA/TC y, en particular, el desconocimiento de este derecho. Así, se expresa:

Resumimos a continuación las razones de nuestra discrepancia, que nos han obligado a emitir el presente voto singular conjunto, las mismas que desarrollaremos más adelante: a) La demanda de amparo que motiva esta litis debió ser declarada improcedente en todos sus extremos, por incompetencia territorial del Juez del Juzgado Especializado en lo Civil de Tarapoto, San Martín, que conoció la demanda. b) Sin perjuicio de la improcedencia total indicada en el punto anterior y con relación a los fundamentos que se invocan en la sentencia de mayoría para dejar sin efecto —en decisión con la que discrepamos radicalmente— la doctrina jurisprudencial establecida por este Tribunal en la STC 0139-2013-PA/TC, debemos señalar que se incurre en una gruesa confusión, ya que no es exacto que el Tribunal Constitucional, con la expedición de dicha sentencia, haya señalado que la transexualidad sea una patología, toda vez que es la Organización Mundial de la Salud (OMS) la que, a la fecha, así lo define, independientemente de las especulaciones que formulan nuestros colegas sobre la actividad futura de la OMS sobre el particular. c) La mayoría ha interpretado que el sexo psíquico debe prevalecer legalmente sobre el sexo biológico, sin tener en cuenta que no existe norma internacional ni nacional alguna de la que se desprenda tan singular conclusión, la que, en todo caso, correspondería determinar al Congreso de la República, por tratarse de una competencia del mismo, no del Tribunal Constitucional. d) La mayoría hace suyo —acríticamente— un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que respaldaría su posición. Sin embargo, la traducción empleada es errónea, resultando que lo que se dice postulado por dicho Tribunal no corresponde a lo que este realmente ha sostenido. e) En su afán de declarar fundada la demanda, la mayoría ha imputado al Tribunal Constitucional como responsable de afectar el derecho de acceso a la justicia cuando fijó como doctrina jurisprudencial que el sexo

biológico determina la identidad de la persona, sin caer en la cuenta que dicho razonamiento —que habilita el amparo contra las sentencias del Tribunal Constitucional— conllevará a que a partir de la fecha no exista ya cosa juzgada y los procesos se perpetúen al infinito. f) Debe enfatizarse que no existe regulación a nivel internacional ni nacional que obligue al Estado peruano a que, en nombre del supuesto “derecho a la identidad de género”, se cambie el sexo en el registro civil. g) Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Atala vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*, que invoca la sentencia en mayoría, no son pertinentes al caso de autos, pues en ellas no se han dilucidado pedidos de cambio de sexo en los registros civiles. h) La mayoría considera que el proceso sumarísimo a que alude el Código Procesal Civil constituye una vía igualmente satisfactoria para tutelar el cambio de sexo en el registro civil, proceso que, al ser de reducida actividad probatoria, no contribuirá a que el Juez se forme convicción de lo solicitado. i) En cuanto concierne al extremo de la demanda en que se solicita el cambio de nombre en el registro civil, coincidimos con la mayoría en que debe declararse improcedente (*Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga* (Ana Romero Saldarriaga), 2016).

5. HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO DE LAS PERSONAS LGBTI

Resulta evidente que no existe unanimidad en la regulación de los Estados en torno a los derechos de las personas LGBTI. Sin embargo, existen notables avances en la región americana, aunque ello aún no ha supuesto un reconocimiento incuestionable de sus derechos. Sin embargo, esto no es, ni puede ser, un obstáculo legal para la efectiva tutela de sus derechos fundamentales.

En todo caso, la posibilidad de poder modificar los datos personales relativos al sexo y nombre de la persona en circunstancias como las resueltas por el Tribunal Constitucional, es solo el inicio de la gama de obligaciones que debe cumplir el Estado respecto a estas minorías. Cabe recordar al respecto que el Estado peruano, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentra obligado a respetar y garantizar los derechos y libertades de tales minorías, sin discriminación. En ese sentido, el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que aseguren que aquellas personas que históricamente han sido excluidas del goce y ejercicio de derechos, como es el caso de las personas LGBTI, puedan ejercerlos en condiciones de igualdad. Se trata no solo del ejercicio de los derechos a la libertad o a las libertades

fundamentales clásicamente reconocidas, sino también de los derechos sociales, económicos y culturales (que, en realidad, comparten la misma *ratio fundamentalis*), en la línea de lo establecido en los “Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”, que tienen como finalidad el resguardo de un conjunto de derechos, tal como la seguridad social y otras medidas de protección social, el disfrute del más alto nivel posible de salud, el derecho a formar una familia, entre otros.

En el caso del Perú, ya se ha reconocido que la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías protegidas contra los tratos discriminatorios, el delito y la violencia. Ello ocurrió, en primer lugar, con el Código Procesal Constitucional aprobado por Ley 28237 del 28 de mayo de 2004. En el inciso 1 del artículo 37 se dispone: “El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole” (el subrayado es nuestro).

Luego, con ocasión de la Ley 30364 del 22 de noviembre de 2015, denominada Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, en la definición de personas en situación de vulnerabilidad, contemplada en el artículo 4 del Reglamento de la Ley 30364, aprobado por Decreto Supremo 009-2016-MIMP del 26 de julio de 2016, se reconoce a la orientación sexual como una causa de vulnerabilidad: “2. *Personas en situación de vulnerabilidad. Son las personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, se encuentren con especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Pueden constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual y la privación de libertad*” (el subrayado es nuestro).

Finalmente, con el Decreto Legislativo 1323 del 5 de enero de 2017 se modificó, dentro del marco de lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, el artículo 46 y 323 del Código Penal para considerar a la identidad de género como un supuesto agravante del delito y para la configuración del delito de discriminación e incitación a la discriminación. Así, en el inciso 2 del artículo 46 se establece: “Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza,

religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole" (el subrayado es nuestro). En el artículo 323 se precisa: "El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas. Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36" (el subrayado es nuestro).

Sin embargo, estas disposiciones citadas de ninguna manera configuran un marco integral de protección de las personas LGBTI, que se justifica precisamente en la condición de vulnerabilidad que se encuentran y que tiene por propósito promover sus derechos fundamentales. Con dicha finalidad, en el Congreso de la República se presentó el Proyecto de Ley N°790/2016-CR, denominado Proyecto de Ley de identidad de género.

Conforme a la exposición de motivos de esta iniciativa legislativa, el proyecto se sustenta en los parámetros internacionales de derechos humanos y en las experiencias del derecho comparado, sobre la base de la despatologización de la identidad de género. En particular, parte de la determinación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la prohibición de discriminación establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos bajo el término "otra condición social" previsto en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Se reconoce que la patologización, realizada con la inclusión del transexualismo como un trastorno mental y del comportamiento por la Organización Mundial de la Salud, ha provocado una visión mecanicista y reduccionista del sujeto, encorsetada en el modelo social y legal binario y heteronormativo. En la exposición de motivos se precisa:

Una lectura más profunda del fenómeno indica la matriz cultural mediante la cual se lee que la identidad de género está naturalizada, encastrada en un sistema binario excluyente de una identidad fuera del sistema varón-mujer (social, genética y genítalmente congruentes) y ello ha generado que muchas personas se ven impedidas de vivir su vida de manera digna y plena, fundado en un pretendido desajuste cuerpo-psiquis, cuando en realidad, es la discordancia vida-esquema normativo la que genera la “inadecuación”, disconfort o disforia de la persona trans.

De esta manera, el sistema binario varón-mujer, niega el reconocimiento del derecho a la identidad de género; desconociéndose, así, la plena vigencia y ejercicio de los derechos de las personas LGBTI, cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer.

La desconsideración de la transgeneridad como una patología mental, que se producirá con su exclusión de la Clasificación Internacional de Enfermedades sobre trastornos mentales y del comportamiento de la Organización Mundial de la Salud, es producto del avance de los derechos humanos, del reclamo de plena ciudadanía de las personas LGBTI y de la comprensión de la diversidad sexual como elemento integrado en una sociedad democrática. Este proceso concluirá con la despatologización de la identidad de género. Pero en tanto ello ocurra, esta situación no puede ser considerada como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido; por lo que, sobre la base del derecho a la igualdad y no discriminación, las personas LGBTI deben gozar de reconocimiento y acceso a todos los derechos fundamentales.

Se debe indicar que, no obstante que el desarrollo normativo del Proyecto de Ley N°790/2016-CR tiene esta perspectiva, en la exposición de motivos no se destaca que las personas LGBTI deben gozar de iguales reconocimientos que el resto de personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales. La mera referencia a la despatologización de la identidad de género la presenta como un condicionante para tales reconocimientos y, mientras ello no ocurra, se convierte en un argumento válido para la negación de derechos y reproducir la discriminación histórica y estructural que han sufrido.

El Proyecto de Ley recoge el concepto de identidad de género del preámbulo de los Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de

Género: “La ‘identidad de género’ se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

A partir de esta consideración, en el Proyecto de Ley se admite que el derecho a la identidad de género se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones. Su reconocimiento constituye “un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de tal manera que su plena vigencia fortalece la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales” (Comité Jurídico Interamericano. Opinión sobre el alcance del derecho a la identidad., 2007).

En ese sentido, sobre la base del derecho al reconocimiento de la identidad de género, que implica necesariamente el derecho a que los datos de los registros y en los documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las personas LGBTI, se contempla el derecho a acreditaciones acordes a la identidad de género y a la adecuación registral de la imagen, prenombrados y sexo en los documentos de identificación; con las características siguientes:

- a) Que su reconocimiento se gestione en sede administrativa, lo que resulta acorde con la recomendación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, ha precisado que:

Los Estados cuentan con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, deben cumplir con los requisitos señalados en esta opinión, a saber: a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado

del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. Dado que la Corte nota que los trámites de naturaleza materialmente administrativos o notariales son los que mejor se ajustan y adecúan a estos requisitos, los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona (Opinión Consultiva OC-24/17 2017).

- b) Que, para el efecto, no se exija ninguna constancia médica incluyendo cirugía de reasignación de sexo, esterilización o terapia hormonal, constancias psicológicas u otras) ni legal (estado civil e/o no tener hijos) como requisito para el reconocimiento legal de la identidad de género. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha opinado que:

El derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectiva garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros, así como en los documentos de identidad. Lo anterior se traduce en la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en esos registros y otros documentos de identificación coincidan con las definiciones identitarias que tienen de ellas mismas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas.

Complementariamente, precia que:

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

los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines (Opinión Consultiva OC-24/17 2017).

- c) Que, en todos los casos, estos datos personales sensibles están protegidos por los principios de confidencialidad y de respeto a la privacidad. Sobre la protección de estos datos personales sensibles, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo el criterio del Comité Jurídico Interamericano en su Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, precisa que:

Los datos personales deben ser protegidos mediante salvaguardias razonables y adecuadas contra accesos no autorizados, pérdida, destrucción, uso, modificación o divulgación. Asimismo, que el “concepto de privacidad está consagrado en el derecho internacional [y que se] basa en los conceptos fundamentales del honor personal y la dignidad, así como en la libertad de expresión, pensamiento, opinión y asociación. Hay disposiciones relativas a la protección de la privacidad, el honor personal y la dignidad en los principales sistemas de derechos humanos del mundo.

Finalmente, el Comité estipuló que proteger la privacidad de los datos personales “implica no solo mantener la seguridad de los [mismos], sino también permitir que las personas controlen la forma en que se usan y divulgan sus datos personales” (Opinión Consultiva OC-24/17 2017).

El derecho al reconocimiento de la identidad de género se ve garantizado, en la iniciativa legislativa, con medidas de protección contra la transfobia a través de campañas de sensibilización destinadas a combatir los prejuicios relacionados a la identidad de género y la adopción de políticas públicas pluralistas y de integración social de las personas LGBTI. Asimismo, se contemplan medidas promotoras de los derechos a la salud, a la educación y al trabajo, sobre la base de políticas públicas con perspectiva de igualdad y no discriminación vinculada a la identidad de género que permite el acceso y pleno ejercicio de los referidos derechos, así como fomenta el respeto a la dignidad de las personas LGBTI.

Mención aparte merece el reconocimiento del derecho de los niños, niñas y adolescentes a desarrollarse física, mental y socialmente en forma saludable y plena en condiciones de libertad y dignidad sin discriminación por su identidad o expresión de género; pudiendo sus representantes legales gestionar la adecuación registral de la imagen, prenombrados y sexo en los

documentos de identificación, en sede administrativa, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva y del interés superior.

Finalmente, declara que en toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, suprimir o excluir el ejercicio del derecho a la identidad de género, debiendo aplicarse e interpretarse las normas a favor de esta.

Esta breve revisión del Proyecto de Ley N°790/2016-CR, denominado Proyecto de Ley de Identidad de Género, ha permitido comprobar su adecuación a los estándares marcados por los parámetros internacionales de derechos humanos y, en particular por la Opinión Consultiva OC 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una iniciativa legislativa que busca garantizar el reconocimiento de la identidad de género como un derecho humano y su pleno ejercicio, conforme al derecho a la igualdad y no discriminación, a favor de las personas LGBTI, en los aspectos que han queda expuestos. Sin embargo, conforme a la información del Congreso de la República, desde el 21 de diciembre de 2016 se encuentra en las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Mujer y Familia. Debe agregarse que la mayoría de las opiniones recibidas por la población no resultan favorables a esta iniciativa legislativa y demuestran los prejuicios históricos que han sufrido las personas de este colectivo social.

De otro lado, se debe también destacar el tránsito que viene ocurriendo en el Poder Judicial. Como ya se indicó, debido a la vigencia de la doctrina jurisprudencial desarrollada en la STC 0139-2013-PA/TC, los distintos órganos jurisdiccionales interpretaron, en muchos casos, que el derecho a la identidad de género y la posibilidad del cambio de sexo no encontraban sustento alguno en la Constitución.

Sin embargo, con fecha 30 de julio de 2020 el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de Lima (Expediente N°08097-2018-0-1801-JR-CI-03) ha emitido sentencia en un proceso de amparo seguido contra el Registro Nacional de Identificación y Registro Civil y el Seguro Social de Salud por una persona que al momento de nacer se le asignó registralmente el sexo femenino, siendo así tratada toda su niñez y adolescencia, a pesar de su resistencia pues nunca se sintió identificada con la forma en que debía vestirse y comportarse; agregando que, la asignación legal y social del sexo realizada de forma temprana en caso de personas intersex constituye una vulneración sistemática y estructural de sus derechos fundamentales en diversos ámbitos, situación que se agrava por el hecho que en el Perú

el cambio de los prenombrados y el sexo (junto con la identidad de género impuesta que se desprende de dichos datos), es un proceso sumamente difícil y el cual debe ser necesariamente judicializado.

Luego de comprobar el carácter vinculante para el Estado peruano de la Opinión Consultiva OC 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la incompatibilidad de los procedimientos existentes para el cambio de sexo y nombre con los parámetros de aquélla, así como de reconocer que el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectivo garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros así como en los documentos de identidad, el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de Lima estimó la demanda y declaró:

La existencia de un estado de cosas inconstitucional ante la ausencia de un procedimiento administrativo que permita el cambio de los pre nombres, el sexo, y la imagen en los documentos nacionales de identidad y demás registros públicos de las personas trans y de las personas intersexuales por constituirse violación sistemática al derecho a la identidad (de género) y libre desarrollo de la personalidad (Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de Lima, 2020).

En consecuencia, ordena al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil “que en el plazo máximo de un año cumpla con implementar un procedimiento administrativo de acuerdo a los estándares fijados en la Opinión Consultiva OC 24/17 de la CIDH”; imponiendo la obligación de informar al Juzgado en forma trimestral sobre los avances de dicha implementación. De otro lado, también declara el estado de cosas inconstitucional:

Sobre la limitación injustificada en el acceso a prestaciones de salud por parte del Seguro Social de Salud (en adelante ESSALUD) de las personas intersex debido a que el diseño del sistema de cobertura de la Gerencia de Acreditaciones de Essalud y el software del Sistema de Gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (IPRES) supedita la atención de determinadas prestaciones de salud al sexo legal asignado a los documentos de identidad y no a las necesidades de salud de las personas.

En consecuencia, ordena al Seguro Social de Salud “que en el plazo máximo de 02 meses cumpla con adecuar dicho software, a fin de que no se supedite ninguna prestación de salud a la pertenencia de los asegurados(as) a un determinado sexo” (Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de Lima, 2020).

Si bien, al momento de desarrollar la presente investigación, la sentencia citada ha sido apelada, debe destacarse que ella constituye un precedente importante que, de confirmarse, contribuirá al reconocimiento del derecho a la identidad de género de las personas LGBTI

CONCLUSIONES

1. En el Perú, las personas LGBTI se encuentran inmersas en un camino tortuoso por el reconocimiento del derecho a la identidad de género. Las situaciones discriminatorias en las que se han visto y se ven expuestas, ha provocado en ellas temor a visibilizarse por miedo a ser agredidas. La actitud histórica del Estado de no investigar y sancionar dichas vulneraciones, ha generado un ámbito de desprotección que presenta una constante intolerancia y negativa al reconocimiento de la identidad de género como derecho humano. Ello se ha visto respaldado con la doctrina jurisprudencial que fijó en el Perú la STC 00139-2013-PA/TC del 18 de agosto de 2014 que consideró al sexo biológico como un elemento inmutable de la identidad personal y al transexualismo como un “trastorno” o una “patología”. De esta manera, las personas LGBTI han sido invisibles para el sistema jurídico peruano.
2. En los últimos años, se comprueba un cambio de mirada desde el Estado hacia el reconocimiento de la identidad de género como derecho humano. La STC 0139-2013-PA/TC del 21 de octubre de 2016 es el punto de partida de esta nueva visión. La nueva doctrina jurisprudencial establece que la realidad biológica no es el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues este, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia; siendo el transexualismo una disforia de género, mas no una patología o enfermedad.
3. A nivel legislativo, se comprueba la admisión de la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas contra los tratos discriminatorios, el delito y la violencia. Pero es el Proyecto de Ley N°790/2016-CR, denominado Proyecto de Ley de Identidad de Género, el que con su aprobación en el Congreso de la República marcará las bases generales para evidenciar lo invisible; en tanto que tiene por objeto garantizar el reconocimiento de la identidad de género como un derecho humano y su pleno ejercicio,

conforme al derecho a la igualdad y no discriminación, a favor de las personas LGBTI.

4. Con la nueva ruta se pretende salir de la desprotección y llegar al pleno reconocimiento de la identidad de género como derecho humano. Pero, en esta labor se requiere del compromiso tanto del Estado como de la Comunidad, que deben regirse por el principio de respeto a la dignidad de la persona humana; lo que constituye un valor fundamental en una sociedad que pretende practicar la justicia social y los derechos humanos.

REFERENCIAS

Caso Azul Rojas Marín y otra vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de marzo de 2020).

Caso Cantos vs Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2002).

Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 8 de marzo de 1998).

Caso P.E.M.M. representado(a) por Rafael Alons Ynga Zevallos, STC 00139-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional 18 de agosto de 2014).

Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), STC 06040-2015-PA/TC (Tribunal Constitucional 21 de octubre de 2016).

Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de julio de 1988).

Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la Calle) vs Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de noviembre de 1999).

Cuarto Poder, C. (10 de julio de 2016). *Joven lesbiana denuncia penalmente a madre por discriminación*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/lima/joven-lesbiana-denuncia-penalmente-madre-discriminacion-235068>

El Comercio. (28 de junio de 2014). *El Comercio. Edición digital*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/peru/san-martin/tarapoto-vive-intolerancia-25-anos-matanza-homofobica-335106>

El Comercio. (17 de enero de 2017). *El Comercio. Edición digital*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/lima/dictan-proteccion-lesbiana-victima-violencia-familiar-159598>

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (22 de abril de 2018). *Primera Encuesta Virtual para Personas LGTBI. Principales resultados*. Obtenido de http://webinei.inei.gob.pe/anda_inei/index.php/catalog/656

Opinión Consultiva OC-24/17 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2017).

Opinión sobre el alcance del derecho a la identidad., Resolución CJI/doc.276/07 rev. 1. (Comité Jurídico Interamericano. OEA. 10 de agosto de 2007).

Segundo Juzgado Civil de Puente Piedra, Expediente 09721-2016-0-0909-JR-FC-02 (14 de noviembre de 2016).

Semanario Cambio. (8 de junio de 1989). MRTA en Tarapoto. Hacen humo a delincuentes y soplones. *Semanario Cambio*, pág. 5.

Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de Lima, Exp. N°08097-2018-0-1801-JR-CI-03 (Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de Lima 30 de julio de 2020).

Fecha de recepción: 12-09-2020

Fecha de aceptación: 27-11-2020