

- DECRETO SUPREMO N.º 083-2020-PCM. (2020). *Diario Oficial El Peruano*. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-prorroga-el-estado-de-emergencia-nacional-decreto-supremo-n-083-2020-pcm-1866214-1/>
- FLORES DÍAZ, C. (2014). El Estado de excepción en la época actual. *Apuntes electorales*. (50). Pp. 43-86. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6426349.pdf>
- LA REPÚBLICA. (18 de mayo de 2020). «No va a desaparecer»: virólogo dice que el coronavirus se quedará y será estacional. Recuperado de: <https://larepublica.pe/ciencia/2020/06/04/coronavirus-4-virus-potencialmente-mortales-y-como-aprendimos-a-convivir/>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2020). Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). Recuperado de: <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
- PECES-BARBA, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO recaída en el Exp. N.º 0017-2003-AI/TC, de fecha 16-03-2004.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, de fecha 05-07-2004
- SIERRA, M. (14 de mayo de 2020). La esperanza de vida mundial podría reducir a partir de los efectos de la COVID-19. *Sumedico*. Recuperado de: <https://sumedico.lasillarota.com/especialidades/la-pandemia-podria-durar-hasta-5-anos-oms-covid-19-coronavirus-pandemia-sars-cov-2/323343>
- SILES VALLEJOS, A. (2015). La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización. *THEMIS-Revista de Derecho*. (67). pp. 73-84.
- TORREALBA DUGARTE, J. (2017). Los estados de excepción a nivel hispanoamericano como mecanismo de suspensión y limitación de derechos y garantías ante situaciones extraordinarias. Recuperado de: [http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2017/files/clase_7_-_estados_de_exc_\(judicias_torrealba\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2017/files/clase_7_-_estados_de_exc_(judicias_torrealba).pdf)

La ley de identidad de género en el Perú y su necesidad ante el estado de emergencia por el COVID-19

The law on gender identity in Peru and its need for the state of emergency by COVID-19

GALLARDO BARDALES, Augusto David(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollo doctrinario del derecho a la identidad de género. III. El derecho a la identidad en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos. IV. Marco jurídico que regula el derecho a la identidad de género en el Perú. V. La experiencia latinoamericana en el reconocimiento del derecho a la identidad de género. VI. Alcances de una Ley de Identidad de Género en el Perú. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo de investigación expone y justifica la necesidad de contar con una ley que proteja el derecho a la identidad de género de las personas trans en el Perú, lo que constituye un tema de relevancia legal que ha sido advertido como consecuencia del estado de emergencia

(*) Abogado. Magister en Estudios Legales Internacionales, con mención en Derechos Humanos y Género, por American University – Washington College of Law (EE. UU.). Becario Fulbright. Maestrante en Derecho Penal por la Escuela de Postgrado UNC. Especialización en Derechos Humanos por la Universidad de Zaragoza – España. Becario del IIDH - CIDH en la Especialización en Derechos de la Infancia y Litigio Estratégico frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fiscal Adjunto de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho UNC. Correo electrónico: agallardob@unc.edu.pe

declarado por el Presidente de la República ante la pandemia mundial por el COVID-19, en donde, se permitió la salida atendiendo el género de cada persona, lo que devino en una serie de actos de discriminación ejercidos por agentes estatales y privados, hacia las personas transgénero, develando así una carencia en el ordenamiento normativo peruano, ello a pesar que el sistema internacional de derechos humanos viene reconociendo este llamado derecho a la identidad de género.

Palabras clave: Identidad de género, personas LGBT, persona transgénero, derechos humanos, derecho a la identidad de género.

Abstract: *This research presents and justifies a Gender Identity Law, aimed to protect transgender people in Peru. It is a outstanding legal topic which was noticed when Peruvian President enacted the national emergency and lockdown due to COVID-19, which led that some private security agents, as well as government staff, committed discrimination against trans people. This situation reveals a lack in the legal frame in Peru, despite international system of human rights is recognizing this gender identity right.*

Key words: *Gender identity, LGBT people, transgender person, Human Rights, identity right.*

I. Introducción

La pandemia mundial por el COVID-19 es uno de los eventos de la historia de la humanidad que ha impactado con mayor fuerza no solamente en el campo económico de los Estados y sus ciudadanos, sino que viene develando una serie de cuestiones legales pendientes de resolver, tanto en el derecho interno como en el internacional. Así, en lo que respecta a los derechos humanos de los peruanos y peruanas, esta pandemia mundial se ha constituido en un reto al que los agentes jurídicos no podemos estar ajenos. En ese sentido, temas como el derecho a vida y la integridad de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, a la libertad de expresión, a la salud y seguridad en el trabajo, a la protección de los pueblos indígenas, entre muchos otros, han sido puestos en relieve por la población, individual y organizada, quienes vienen exigiendo una actuación y respuesta del Estado Peruano, el cual deberá tratar de encontrar un equilibrio y brindar dentro de sus máximas posibilidades una adecuada protección de estos derechos humanos en concordancia con la protección de la vida de las personas ante la propagación del virus COVID-19.

De esta manera, con fecha 15 de marzo de 2020, se dicta el Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, mediante el cual el Presidente de la República ordena el inicio del Estado de Emergencia en todo el territorio nacional, ello conforme el artículo

137 de la Constitución, con la finalidad de proteger la salud de las personas por la propagación del COVID-19, lo que contempla la inmovilización social obligatoria y se restringe la libertad de tránsito, entre otros derechos fundamentales, durante este periodo (Presidencia del Consejo de Ministros, 2020).⁽¹⁾ Luego, mediante Decreto Supremo N.º 057-2020-PCM, publicado el 2 de abril de este año, que estuvo vigente desde el 3 hasta el 10 de este mismo mes, se estableció que debido al estado de inmovilización social, solamente se permitía salir a una persona por familia con la finalidad de proveerse de víveres y productos farmacéuticos, estableciendo una división por género para organizar dichas salidas. Así, esta normativa específica que «... Los días lunes, miércoles y viernes únicamente podrán transitar personas del sexo masculino y los martes, jueves y sábados las personas del sexo femenino. Asimismo, el día domingo, la inmovilización social obligatoria es para todos los ciudadanos en el territorio nacional durante todo el día...». Finalmente, se establece claramente que esta división por géneros no debía propiciar actos de discriminación (Presidencia del Consejo de Ministros, 2020, p. 01)⁽²⁾.

No obstante la decisión del Poder Ejecutivo, la realidad nos mostró que durante dicho período de ocho días, se reportaron en medios de prensa, episodios de discriminación hacia las personas trans, en diferentes ciudades del país, donde agentes de seguridad privada de supermercados, además de determinados agentes policiales y militares, desconociendo la identidad de género de estas personas, atentando el sentido del Decreto Supremo N.º 057-2020-PCM, los sometían a hechos de discriminación y vulneración de sus derechos humanos y fundamentales, específicamente a su derecho a la identidad, exigiéndoles regresar a sus domicilios, valiéndose de frases peyorativas debido a una supuesta infracción al referido decreto supremo por parte de las personas trans, quienes efectivamente se salieron de su domicilio a fin de proveerse de víveres en los días que les corresponde de acuerdo su identidad de género, el llamado sistema de «pico y género». Cabe resaltar que estos agentes privados y estatales que vulneraron el derecho a la identidad de las personas trans, alegaban guiarse por la información contenida en el documento nacional de identidad, es decir, por el nombre y el sexo que ahí señala (France 24, 2020)⁽³⁾; lo cual nos lleva a analizar estos hechos bajo la luz que la doctrina jurídica propone, además de la normativa nacional e internacional al respecto, para finalmente establecer conclusiones que permitan proteger este derecho humano.

(1) Ver <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/566447/DU026-20201864948-1.pdf>

(2) Ver https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/574872/DS_057-2020-PCM.pdf

(3) Ver <https://www.france24.com/es/20200417-peru-fallo-pico-y-genero-coronavirus-confinamiento>

II. Desarrollo doctrinario del Derecho a la Identidad de Género

En la doctrina internacional sobre derechos humanos, podemos identificar prima facie que estos derechos se encuentran agrupados para efectos académicos y prácticos en los sistemas internacionales que los protegen; así, tenemos los Derechos Civiles y Políticos, reconocidos en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo, que se refieren a «aquellos que protegen las libertades individuales y garantizan que cualquier ciudadano pueda participar en la vida social y política en condición de igualdad y sin discriminación» (ONU, 2020)⁽⁴⁾. Luego, encontramos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconocidos en su respectivo Pacto Internacional, su protocolo facultativo y otros pactos posteriores, referidos a ese grupo de derechos socioeconómicos que permiten el desarrollo integral de las personas. Es en este último bloque, en donde la doctrina de los derechos humanos ubica derechos tales como el derecho a la identidad personal e identidad de género, reconocimiento de la personalidad jurídica, libre desarrollo de la personalidad, proyecto de vida, derecho a la intimidad, derecho a la libertad de expresión, y los derechos sexuales y reproductivos (Domínguez, 2006).

Ahora bien, respecto a la identidad, indica Fernández Sessarego (1999): «La identidad constituye la experiencia que hace posible que una persona pueda decir «yo» al referirse a un centro organizador activo de la estructura de todas mis actitudes reales y potenciales, la que se va forjando en el tiempo» (p. 889). En esa misma línea, debemos tener presente que, en una dimensión social, cada persona de identifica como tal en tanto mantiene características diferentes de otro, con quien por mayores similitudes que presenten, siempre concluiremos que se trata inevitablemente de otro ser diferente al yo (Lamas, 1995).

Por eso entendemos que el derecho a la identidad es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras, es un derecho a la proyección y reconocimiento del autoconstrucción personal (Silverino, 2016, p. 231).

Por ende, podemos reconocer un doble aspecto del derecho a la identidad, el interno y el externo, siendo que el primero de ellos está representado por la autoidentificación, o ser para sí, y el segundo que trata sobre la interrelación del ser con el otro, ser en el otro y ser en el mundo, en donde el cuerpo viene a ser el quien soy y desde donde soy, mediante el cual se produce la coexistencia con ese otro. Es así que surgen dos conceptos que la doctrina los ha diferenciado claramente, la iden-

tidad y la identificación, en donde esta última es un proceso que forma parte del aspecto externo de la identidad, es decir, una actividad donde terceros reconocen la identidad del sujeto, ello como consecuencia de un imperativo social, como elemento de orden y control que ejerce por ejemplo el Estado. Es así que, el derecho a la identidad no deberá reducirse únicamente al proceso de identificación por el Estado sino también está comprendida la identificación de cada uno, luego de lo cual podemos afirmar que el cuerpo es finalmente la expresión de esa identificación, cuyas características físicas y visibles son recogidas en un momento específico por el Estado, usualmente en el nacimiento, ejecutando de esta manera el proceso de identificación, dando carácter público a este registro efectuado. Sin embargo, se precisa que esta identificación, en tanto forma parte de la identidad en sentido amplio, debe ir en congruencia con la identificación de cada persona, lo que genera el derecho a modificar los datos que el Estado perennizó en un momento, en el supuesto que identidad e identificación no se encuentre en concordancia, y que, de no existir tal posibilidad de modificación, ello constituye una violación al mencionado derecho a la identidad. (Silverino, 2016, p. 232).

Asimismo, la identidad como concepto amplio, comprende la identidad sexual, la cual «Posibilita el reconocerse, aceptarse y actuar como seres sexuados y sexuales. La sexualidad es el elemento organizador de la identidad total de las personas, entendiendo que las coordenadas de identificación se establecen, en primer lugar, en referencia al cuerpo, comprendiendo a la distinción sexual -morfológica- como una primera evidencia de la diferenciación humana». (Lamas, 1995, p. 62-65). Esta identidad, también comprende la identidad de género, que ha sido definida como «aquella vivencia interna individual del género, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y el comportamiento» (MIMP, 2016). Es así que este derecho a la identidad, tanto en su aspecto externo como interno, y en lo que respecta a la identidad de género, han sido materia de análisis y protección en el sistema internacional de los derechos humanos, tal como exponemos a continuación.

III. Derecho a la Identidad en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos

El sistema internacional de los derechos humanos está conformado por aquellos grupos de instituciones que forman parte del Derecho Internacional Público, abogados precisamente al seguimiento de las acciones u omisiones de sus Estados miembros, con el objeto de que se respete, garantice, proteja y promueva los de-

(4) Ver <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/eventos/tipos-de-derechos-humanos-segun-la-onu>

rechos humanos de todas las personas que viven bajo dichas jurisdicciones. Para efectos prácticos del presente artículo nos centraremos en tres áreas del sistema internacional, en los cuales se ha amparado el derecho de identidad de género relacionándolo con otros derechos humanos; es así que, en primer lugar, el Sistema Universal de los Derechos Humanos, es decir, aquellas que dependen directamente de la Organización de las Naciones Unidas. Luego, nos referiremos a las experiencias en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, y, finalmente a nuestra área regional, me refiero al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

a) Derecho a la identidad en el Sistema Universal de los Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos, como órgano de las Naciones Unidas que vela por la aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que formula observaciones al cumplimiento de los derechos humanos en los Estados parte de este pacto (ONU, 2020)⁽⁵⁾, concluyó en el caso *G. Vs. Australia*, que la identidad de género es una categoría cubierta por el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Comité de Derechos Humanos, 2017)⁽⁶⁾. Asimismo, este comité ha observado al Estado Peruano respecto al reconocimiento legal que requiere el derecho a la identidad de género, así señala que: «el Estado deberá declarar clara y oficialmente que no tolerará ninguna forma de estigmatización social de la homosexualidad, la bisexualidad o la transexualidad, ni la discriminación o la violencia contra personas por su orientación sexual o identidad de género» (Comité de Derechos Humanos, 2013)⁽⁷⁾.

De otro lado, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que a su vez vela por el cumplimiento del Pacto Internacional con el mismo nombre, ha concluido en su Observación General N.º 20, que la identidad de género debe entenderse

(5) En <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>

(6) Comité de Derechos Humanos. Comunicación N.º 2172/2012 (CCPR/C/119/D/2172/2012). 15 de junio de 2017, párr. 7.2. El artículo 17 del PIDCP señala que: «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques». En: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CCPR_SAR_8304_S.pdf

(7) Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre Perú (CCPR/C/PER/CO/5) (2013), párr. 8. En: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG-1d%2FPPRiCAqhKb7yhsg3%2FP07L6ZZiTIIfqu6cHLZHXLsvAJ7%2FJ5XTVDGh%2BRW-p8Uj67CrRsKtjBP2sKGyYtFNOi1jRDd0DAsPH69DoFWOF5odbm7dVAiGBZUHR6ohv>

dentro de la expresión «cualquier otra condición social» del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC, 2009)⁽⁸⁾.

En esa misma línea, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ha explicado en las Recomendaciones Generales N.º 27 y N.º 28, que la orientación sexual y la identidad de género deben ser consideradas por los Estados miembros como categorías de discriminación⁽⁹⁾. Es pertinente rescatar los denominados Principios de Yogyakarta, sobre Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, cuyo principio nro. 18 indica: «La orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberían ser tratadas, curadas o suprimidas» (ONU, 2006)⁽¹⁰⁾.

De esta manera, se advierte que diferentes organismos del sistema universal vienen reconociendo a la identidad de género como un motivo factual por el cual se ejerce discriminación, por ende, el principio de no discriminación nos permite concluir la existencia y vigencia de un derecho a la identidad de género, que si bien es cierto no es especificada como tal en el sistema universal, si ha sido desarrollada en los sistemas regionales, el que al mismo tiempo importa en la generación de una obligación de los Estados de proscribir todo tipo de discriminación basada en tal situación.

b) El derecho a la identidad en el sistema europeo de derechos humanos

En este sistema regional, encontramos la sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos del año 2002, en el caso *Goodwin vs. Reino Unido*, donde se supera el argumento de la falta de consenso favorable al reconocimiento de las cirugías genitales, y, considerando una interpretación evolutiva del Convenio Europeo, se establece que la protección de la esfera individual de la persona, incluido

(8) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (E/C.12/GC/20). 2 de julio de 2009, párr. 32. El artículo 2.2 del PIDESC señala que: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Tomado de <https://www.right-to-education.org/es/resource/observacion-general-n-20-la-no-discriminacion-y-los-derechos-economicos-sociales-y>

(9) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General N.º 28: Artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW/C/GC/28). 16 de diciembre de 2010, párr. 18. Tomado de <https://www.right-to-education.org/es/resource/cedaw-recomendacion-general-28>

(10) Ver <https://yogyakartaprinciples.org/introduction-sp/>

el derecho a determinar su identidad como ser humano, forma parte del derecho a la vida privada (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2002)⁽¹¹⁾. Asimismo, el Tribunal Europeo, en los casos *Y.Y. vs. Turquía y A.P., Garçon y Nicot vs. Francia*, analizó la vulneración del derecho a la vida privada, dado que los Estados demandados exigían cirugías genitales como forma de acreditación de haber pasado por un proceso de esterilización, el que no permitiría la procreación (Zelada, 2017). Es así que, destacamos que el Tribunal Europeo considera que la construcción de la identidad sexual de las personas es consecuencia de un acto que se desarrolla en la esfera privada, analizando esta identidad sexual bajo el enfoque del derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, el derecho a un juicio justo y el derecho a no ser discriminado.

c) El derecho a la identidad en el sistema interamericano de derechos humanos

En el sistema interamericano de derechos humanos, comprendido por la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sus respectivas relatorías, se ha amparado el derecho a la identidad principalmente en las sentencias recaídas en los casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, y *Duque vs. Colombia*; asimismo, es sumamente relevante la Opinión Consultiva N.º 24 de la Corte, documentos que pasamos a detallar.

En primer lugar, en la sentencia del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, del año 2012, la Corte estableció por primera vez en su historia que la orientación sexual y la identidad de género constituían categorías especialmente protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, estableciéndola dentro de los alcances del principio de no discriminación. En este caso, la Corte se pronuncia respecto de la privación de la tenencia de las hijas de una mujer lesbiana debido a su orientación sexual, lo cual consideró como un hecho de discriminación en los siguientes términos:

«Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término «otra condición social» para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas ... la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son

(11) TEDH. *Goodwin vs. Reino Unido*, párr. 90. En: https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1899&RootFolder=*

categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual» (CIDH, 2012)⁽¹²⁾. Luego, en el año 2016, la Corte Interamericana se reafirma al emitir la sentencia del caso *Duque vs. Colombia*, en donde se analizó la posibilidad de brindar derechos pensionarios a una pareja del mismo sexo, concluyendo que:

«La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. En ese sentido, el instrumento interamericano proscribía la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana» (CIDH, 2020)⁽¹³⁾.

Después, tenemos la Opinión Consultiva N.º 24, del año 2017, la que constituye un histórico hito en el reconocimiento de la Identidad de género, y la igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, siendo la primera oportunidad en la que la Corte Interamericana establece que los Estados miembros tienen la obligación de reconocer el nombre y la identidad de género. Aquí, la Corte ha reconocido que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la identi-

(12) Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N.º 239, párrs. 85 y 91. El artículo 1.1 de la Convención Americana señala que: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». En: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

(13) Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C N.º 310. párrs. 104 y 105. En: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

dad, tratándolo como un derecho complejo que comprende a otros derechos. Asimismo, se establece que el derecho a la identidad está relacionado estrechamente con los derechos a la dignidad, a la vida y al principio de autonomía. En ese sentido, la Corte ha establecido que el «reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal, es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas que se encuentra protegido por la Convención Americana en sus artículos 7 y 11.2 ... También 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, así como al derecho a la protección de la vida privada», sin que deba estar sujeta a su genitalidad; sino que son más bien «rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada ... Ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017)⁽¹⁴⁾.

Es en esta opinión consultiva, en donde la Corte afirma que los derechos humanos se deben interpretar bajo un enfoque progresivo, atendiendo a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, siguiendo la línea trazada en las sentencias de los casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*, la Corte reafirma que los motivos de prohibición de discriminación del artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado cerrado, por lo que el término «cualquier otra condición social», comprende a la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género, prohibiendo toda practica discriminatoria en los Estados miembros. Aunado, en el párrafo 32, la Corte establece conceptos para términos relacionados al género y su relevancia

(14) Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, párr. 92 al 95 - 101. En: https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

legal, tales como género, sexo, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, persona trans, homofobia, cisgeneridad, LGBTI, entre otros, lo cual constituye un referente en el abordaje de los asuntos de género por parte de un tribunal internacional de protección de derechos humanos. Cabe precisar que se define a la persona transgénero o trans, a aquella:

«Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El termino trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa'afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual» (CIDH, 2017, p. 15)

En este punto quiero resaltar otros dos aspectos de la Opinión Consultiva N.º 24 que guardan relación con el presente artículo académico, el derecho a la identidad de género que es abordado por la Corte en relación al reconocimiento de personalidad jurídica y el derecho al nombre, y, la justificación que la misma Corte realiza al establecer el procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género auto percibida.

Así, la Corte ha identificado que el derecho a la personalidad jurídica se encuentra protegido en el artículo 3 de la Convención Americana, estableciendo que este derecho importa en tanto fundamenta la existencia efectiva de un sujeto titular de derechos, permitiendo ejercerlos ante la sociedad y el Estado; en el sentido contrario, se dicta que, si se negase el reconocimiento de la personalidad jurídica, se estaría lesionando la dignidad humana y por ende la condición de sujeto de derechos. Ahora, respecto a la identidad de género y la personalidad jurídica, la Corte afirma que estas dos se relacionan en cuanto se refieren a la capacidad de una persona de poder disfrutar de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, incluyendo lo que respecta su orientación sexual, identidad y expresión de género. Es así que entra a tallar el derecho al nombre, el cual es la manifestación de la individualidad, por lo que el respeto a estos tres derechos humanos se hacen efectivos cuando una persona define de manera autónoma su propia identidad sexual y de género, y el Estado garantiza que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en sus registros y documentos de identidad,

permitiéndose por ende, la posibilidad de modificarlas cuando estos datos no concuerden con dicha identidad de género.

En lo que respecta al procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género auto percibida, la Corte ha establecido que cada Estado deberá decidir el procedimiento judicial o administrativo más adecuado que garantice dicha modificación en sus registros y documentos de identidad, sin embargo, si se recomienda establecer procedimientos administrativos o notariales dado que son los que mejor se ajustan a estos requisitos obligatorios: 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 medicas 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. Ante ello, nos corresponde analizar si la normativa interna peruana protege el derecho a la identidad de género conforme ya lo ha establecido el sistema internacional de los derechos humanos.

d) Marco jurídico que regula el derecho a la identidad de género en el Perú

El marco normativo peruano que regula el derecho a la identidad de género en el Perú es relativamente reciente, teniendo como escalafón más alto el referido a la Sentencia N.º 06040-2015-PA/TC, caso Romero Saldarriaga, expedida por el Tribunal Constitucional, a través de la cual se apartó del criterio establecido por el mismo Tribunal, pero con otros miembros, en la Sentencia N.º 00139-2013-PA/TC. Así, la decisión primigenia establecía que el sexo era un elemento inmutable y que por tanto no cabe su modificación en los documentos de identidad. Además, consideró que cualquier persona que se considerase de un sexo diferente al cual fue inscrito al nacer, debería ser considerado como un trastorno y/o patología; en otras palabras, consideraba que las personas transgénero sufrían dicho trastorno o enfermedad. Este criterio negacionista de la existencia de un género y una identidad de género, fue radicalmente sustituida por el actual Tribunal Constitucional, entre cuyos miembros encontramos a la jueza Marianella Ledesma Narváez, en donde se garantiza el derecho de acceso a la justicia de las personas transgénero referente a la modificación de sus datos en sus documentos de identidad, precisando que es el Poder Judicial aquel que tiene competencia y jurisdicción para tutelar el derecho a

la identidad y a la personalidad jurídica de las personas trans, a través de un proceso judicial sumarísimo (Zelada, 2017), ello en concordancia con el marco normativo internacional antes expuesto. Asimismo, se reconoce expresamente que existe un derecho a la Identidad de Género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la Identidad Personal (Rodríguez, 2018).

Así también, el Tribunal analiza correctamente la situación de las personas trans, descartando toda concepción que situaba el transexualismo como una enfermedad, más aún si la misma Organización Mundial de la Salud ha descartado el transexualismo de trastornos mentales de su Clasificación Internacional de Enfermedades, desde junio de 2018. Asimismo, el Tribunal reconoció que el sexo y el derecho a la identidad no son de forma alguna un componente exclusivamente estático y relacionado solamente a la genitalidad, sino que por el contrario es cambiante y construido además con realidades culturales, sociales e interpersonales, identificando dicho error conceptual como la causal de errores en la labor interpretativa de los jueces al momento de resolver solicitudes de cambio de sexo y nombre demandadas por las personas trans. De otro lado, el Tribunal acertadamente establece que la modificación del sexo de una persona en el registro civil y en los documentos de identidad 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 (Rodríguez, 2018).

No obstante, el precedente establecido por el Tribunal Constitucional, a la fecha aún no se cuenta con un criterio judicial uniforme, tal como se expone en el Informe Los estándares internacionales para el reconocimiento de las identidades trans*. Así, se advierte que en los procesos judiciales de cambio de nombre existe aún una incertidumbre probatoria, referida a que las personas trans no tienen claro que documentos probatorios deben presentar, ni tampoco los jueces que conoce estos casos tienen certeza de lo que el derecho exige, que a la fecha del estudio se presentaban como medios de prueba una serie de certificados médico-físico y psicológico-psiquiátrico, buscando acreditar que la persona trans demandante se ha realizado una reasignación genital quirúrgica y que padecería de un trastorno psiquiátrico. Aunado, este estudio ha evidenciado que en los procesos de cambio de nombre de solicitantes cisgénero, se verifica que la sola declaración de los demandantes resulta suficiente para que los magistrados amparen la demanda; sin embargo, en los casos incoados por personas trans, los juzgados han fijado un estándar probatorio que exige a estas personas probar con sus cuerpos su pertenencia al sexo requerido, inclusive en casos en los que solamente solicitan el reconocimiento de su nombre social, lo que el informe denomina una cisgeneridad privilegiada, lo cual podría ser considerado como un trato discriminatorio en

lugar de ser diferenciado (Zelada, 2017). Ante estos hechos, se advierte que aún se requiere implementar y aplicar la decisión del Tribunal Constitucional en el caso Romero Saldarriaga, dado que aún se vienen emitiendo sentencias judiciales en los procesos por cambio de nombre y sexo, de personas trans, alejándose del criterio constitucional establecido por este Tribunal, motivo por el cual es también importante que la Corte Suprema se pronuncie al respecto, estableciendo criterios adecuados y bajo un control de convencionalidad, para generar certeza y certidumbre tanto para las personas trans que incoen estos procesos, como para los jueces y juezas que resolverán dichos pedidos. No obstante, ello, conviene recordar que en la Opinión Consultiva N.º 24 de la Corte IDH, se recomienda implementar procesos administrativos y notariales para mejor proteger los derechos a la identidad de género, nombre y personalidad jurídica de las personas transgénero, lo cual ya ha sido implementado por diversos Estados Latinoamericanos.

V. La experiencia latinoamericana en el reconocimiento del Derecho a la Identidad de Género

Tenemos el caso de Uruguay, en donde se emitió una la Ley que reconoce el derecho a la identidad de género y al reconocimiento de nombre y sexo en documentos identificatorios (Ley N.º 18620 del año 2009), derogada por la Ley N.º 19684 (Ley Integral para Personas Trans). Luego, en Argentina, se tiene la Ley de Identidad de Género (Ley 26743 del año 2012). Después, en Colombia se ha emitido el Decreto N.º 1227 del año 2015, mediante el cual se agrega una sección al Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil. De otro lado, en Bolivia se ha emitido la Ley N.º 807 del año 2016, Ley de identidad de género. En Ecuador se han modificado los artículos 76 y 94 de la Ley Orgánica de Gestión de la identidad y Datos Civiles (MINJUS, 2019).

VI. Alcances de una ley de identidad de género en el Perú

Como hemos expuesto, en nuestro país, no se cuenta con un procedimiento administrativo que permita a las personas trans la actualización de sus datos, nombre y sexo, ante el RENIEC, motivo de ello, estas personas han venido recurriendo a procesos judiciales atendiendo al artículo 29 del Código Civil⁽¹⁵⁾, procesos en

(15) Artículo 29 del Código Civil: Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita. En: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>

donde el Procurador Público del RENIEC se opone y formula recursos ante demandas amparadas, contraviniendo lo establecido por el Tribunal Constitucional en el caso Romero Saldarriaga (Rodríguez, 2018). Frente a esta circunstancia que confronta directamente no solo con el precedente constitucional sino también con la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, consideramos adecuado la necesidad de contar con una Ley de Identidad de Género a través de un Decreto Supremo, mediante el cual se reconozca expresamente el derecho a la identidad de género de las personas trans, y que, a fin de proteger este derecho y amparado en un control de convencionalidad, el Poder Ejecutivo modifique el Reglamento de inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 015-98-PCM, en razón a que el sentido del artículo 29 del Código Civil regula solamente el cambio de nombre, no establece ninguna certeza en la decisión judicial y resultaría discriminatorio aplicar este criterio para casos de las personas trans, en donde finalmente la demanda judicial tiene como objeto el reconocimiento no solamente de un nombre, sino que se busca el reconocimiento de la nueva identidad de la persona trans mediante el proceso de identificación estatal, esta falta de certeza y la aplicación inadecuada del art. 29 del Código Civil ha traído consigo que las decisiones judiciales impongan mayores cargas probatorias a las personas trans cuando recurren a estos procesos judiciales en busca del reconocimiento a su identidad. Esta propuesta ha sido evaluada y expuesta por la Secretaría Técnica de la Comisión Nacional contra la Discriminación, adscrita al Ministerio de Justicia, en su Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú, del año 2019.

Cuando las autoridades exigen a las personas trans tramitar el cambio de su DNI a través de un proceso judicial, están vulnerando su derecho a la identidad, dado que el Código Civil no exige que las personas trans tengan que realizar un proceso judicial para tal efecto. Por lo tanto, dado que el supuesto de hecho no está regulado en ningún instrumento normativo, y debido a que la situación de las personas trans no ha sido considerada aún por el legislador peruano, es necesario que el Poder Ejecutivo reglamente un procedimiento especial para el reconocimiento de la identidad de personas trans, siendo que ello no contradice en absoluto lo contenido en el Código Civil ... CONACOD considera que la decisión del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 06040-2015-PA/TC no es incompatible con la instauración de un procedimiento administrativo de rectificación de datos del DNI que debe permitir acceso en igualdad de condiciones a todas las personas trans, sin necesidad de esperar la promulgación de una ley. Esta conclusión se desprende de las competencias constitucionales que habilitan a RENIEC a emitir el DNI como garantía del derecho a la identidad de todas las personas sin distinción de género (MINJUS, 2019, p. 29).

VII. Conclusiones

Es necesario finalizar este trabajo haciendo hincapié en que el presente artículo busca informar y analizar la situación legal de las personas transgénero en el Perú, fomentando el debate jurídico y la búsqueda de soluciones conforme el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional peruano, por tanto, se necesita una investigación más extensa que desarrolle las ideas planteadas. Así, a manera de colofón, comparto tres ítems como conclusiones que espero permitan brindar una luz sobre este asunto de relevancia actual surgido en esta circunstancia de pandemia global por el COVID 19.

Primero, tanto el sistema internacional de los derechos humanos como la normativa constitucional peruana, amparan el derecho a la identidad de género, entendiéndola como una interpretación evolutiva de los derechos humanos, y en relación con otros derechos como el derecho al nombre y a la personalidad jurídica, que de no ser respetados ni garantizados por los Estados, se estaría violentando el principio de no discriminación contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Política del Perú.

Segundo, es correcto afirmar que a la fecha no existe un criterio uniforme en el sistema judicial peruano, que proteja efectivamente el derecho a la identidad de género de las personas trans, lo cual deviene en una serie de vacíos e incertidumbres al momento de resolver las demandas de cambio de nombre y sexo. Por ello, se requiere desterrar conceptos arcaicos como el considerar a la transgeneridad como una patología psiquiátrica y relacionada únicamente a la genitalidad, expresado cuando determinados jueces requieren exámenes psiquiátricos y certificados de alteraciones quirúrgicas de los órganos sexuales de las personas trans demandantes; para lograr entender esta interpretación de los derechos fundamentales se necesita no solo un pronunciamiento de la Corte Suprema del Poder Judicial, sino también una socialización de información en el sistema de justicia, tanto de la Sentencia N.º 06040-2015-PA/TC, caso Romero Saldarriaga, emitida por el Tribunal Constitucional, como de la Opinión Consultiva N.º 24 y las sentencias de los casos Atala Riffo y niñas vs. Chile y Duque vs. Colombia, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tercero, el Estado Peruano en cumplimiento de los principios de buena fe y «pacta sunt servanda», conforme los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, se encuentra en la obligación de cumplir con los términos que el Sistema Internacional de Derechos Humanos requiere para la efectiva protección del derecho a la identidad de género de las personas trans. Para ello se necesita una Ley de Identidad de Género que permita a estas personas acceder

a un eficaz proceso de identificación en el RENIEC, en donde se garantice el reconocimiento de su identidad y por ende de sus derechos humanos, evitando futuros nuevos casos de discriminación y violencia, como los ocurridos los ocho días del pico y género, ordenado por el Decreto Supremo N.º 057-2020-PCM durante el estado de emergencia nacional por motivo del COVID-19. Finalmente, llamo a la reflexión sobre este tópico con esta cita tomada de una obra literaria que abordar los retos legales y sociales de una persona en el Perú.

«Tenemos que ser inclusivos», aseguran algunos; «no podemos ir en contra de lo establecido por Dios», defienden otros. Pero quién puede definir lo que es y no es, lo malo o bueno. La sociedad delimita, pero, ¿puedo acaso saltar esas barreras?, ¿decidir no pertenecer ni a uno ni a otro? Me dijeron que tengo derechos, que debo de luchar por ellos, así que no pienso rendirme. Mientras debatan si puedo encajar en esta sociedad y vivir sin limitaciones, mientras tanto, seré ARAMY» (Salazar, 2016).

VIII. Lista de referencias

- COMISIÓN NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN-MINJUS, & GRÁNDEZ CASTRO, P. (2019, enero). *Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú* (2). En https://observatoriodereshoshumanos.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/03/Informe_CONACOD_Identidad_de_G%C3%A9nero.pdf
- DEMUS, & ZELADA, C. (2017, noviembre). *Los estándares internacionales para el reconocimiento de las identidades trans**. En: <https://up-pe.academia.edu/CarlosJZelada>
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1999). *Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual*. JA - IV.
- LAMAS, M. (1995). *Cuerpo e identidad*. En Género e Identidad. Aragón, León y Viveros, (Comp). 63. Bogotá: TM editores, Uniandes, UN Facultad de Ciencias Humanas.
- RODRÍGUEZ CAMPOS, R. (2018). *La protección del derecho a la identidad de género de las personas trans en el ordenamiento jurídico peruano desde una mirada dialógica entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos: avances, retrocesos y desafíos (2014-2018)*. *persona y familia*, 7(2018), 165-187. En: <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/1256>
- SALAZAR, J. (2016). *Aramy, intimidad despojada en busca del derecho a la identidad* (Vol.1). Lima, Perú: GRIJLEY.
- SIVERINO BAVIO, P. (2016, octubre). *Propuesta para una ley de Identidad de Género peruana*. *Derecho & Sociedad*, 47 (2016). Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/>