

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho

**TESIS
PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO
“CRITERIOS QUE DEBE TENER EN CUENTA EL MAGISTRADO PARA
INTERPRETAR EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN
PROCESOS DE CAMBIO DE NOMBRE Y CAMBIO DE SEXO EN CASO DE
INCONGRUENCIA DE GÉNERO EN EL PERÚ”**

POR

Franck Gino Cabanillas Correa

Mayra Roxana Saavedra Alaya

ASESOR

Mg. Gloria Vílchez Aguilar

Cajamarca – Perú

Setiembre - 2020

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



**TESIS
PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**“CRITERIOS QUE DEBE TENER EN CUENTA EL MAGISTRADO PARA
INTERPRETAR EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN
PROCESOS DE CAMBIO DE NOMBRE Y CAMBIO DE SEXO EN CASO DE
INCONGRUENCIA DE GÉNERO EN EL PERÚ”**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el
Título Profesional de Abogado**

Bach. Franck Gino Cabanillas Correa

Bach. Mayra Roxana Saavedra Alaya

Asesor: Mg. Gloria Vélchez Aguilar

Cajamarca – Perú

Setiembre - 2020

COPYRIGHT © 2020 DE

Franck Gino Cabanillas Correa

Mayra Roxana Saavedra Alaya

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

**CRITERIOS QUE DEBE TENER EN CUENTA EL MAGISTRADO PARA
INTERPRETAR EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN PROCESOS DE
CAMBIO DE NOMBRE Y CAMBIO DE SEXO EN CASO DE INCONGRUENCIA
DE GÉNERO EN EL PERÚ**

Presidente: Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla

Secretario: Rocío Del Pilar Ramírez Sánchez

Asesor: Gloria Vílchez Aguilar

A:

El presente trabajo lo dedicamos a nuestras familias por ser nuestros pilares fundamentales para seguir adelante, ser nuestras guías, y gracias a ellos haber culminado la carrera universitaria.

INDICE

RESUMEN.....	9
ABSTRACT	10
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1 Planteamiento del problema.....	1
1.1.1 Planteamiento del problema	1
1.1.2 Definición del problema	5
1.1.3 Objetivos.....	5
1.1.4 Justificación e importancia	5
CAPÍTULO II.....	7
MARCO TEÓRICO	7
2.1. Fundamentos teóricos de la investigación.....	7
2.1.1. Teoría de los derechos fundamentales	7
2.1.2. Aspectos protegidos por el derecho a la identidad personal.	8
2.2. Antecedentes teóricos	11
2.3. Discusión teórica.....	13
2.4. Marco conceptual	15
2.4.1. Derecho a la identidad personal.....	15
2.4.2. Incongruencia de género.....	19
2.5. Hipótesis	19
2.6. Operacionalización de la hipótesis.....	21
CAPÍTULO III.....	6
ESTUDIO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL.....	6
3.1 Aspectos generales	6
3.2 Naturaleza del derecho a la identidad	8
3.3 Derechos vinculados con la identidad	11
3.3.1 Nombre.....	12

3.3.2 Desarrollo de la personalidad	17
3.4 El derecho a la identidad en el sistema Interamericano	20
3.4.1 Teoría de la Identidad Social	20
3.4.2. La teoría de la auto categorización	21
3.5 Análisis de la regulación jurídica del "género" en la legislación y jurisprudencia peruana.....	22
3.5.1. Definición	22
3.5.2 El Derecho a la identidad de Género	24
3.5.3 El género en el Perú.....	26
CAPÍTULO IV	37
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 06040-2015-PA/TC	37
4.1 Antecedentes	38
4.2 Fundamentos expuestos en la sentencia	40
4.2.1 Acerca de la doctrina de la Sentencia N°0139-2013-PA y el derecho a la tutela procesal efectiva 40	
4.2.2 Variación de la doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia N°0139-2013-PA.....	43
4.3. Análisis.....	43
4.3.1 Petitorio	43
4.3.2 Procedencia de la demanda.....	43
4.4 Fundamentos individuales de los magistrados.....	47
4.4.1 Magistrada Ledesma Narváez.....	47
4.4.2 Fundamento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera	56
4.4.3 VOTO DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI, BLUME FORTINI Y SARDÓN DE TABOADA	64
CAPÍTULO V	77
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	77
5.1 Tipo de investigación	77
5.2. Diseño de la investigación.....	78
5.3 Área de investigación	78
5.4. Aspectos generales.....	79
5.4.1. Enfoque.....	79
5.4.2. Diseño.....	79

5.4.3 Dimensión temporal y espacial.....	80
5.4.4 Unidad de análisis, universo y muestra	80
5.5. Métodos	80
5.5.1. Dogmática Jurídica	80
5.5.2. Hermenéutica jurídica.....	81
5.6. Técnicas de investigación	81
5.6.1. Observación documental	81
5.7. Instrumentos.....	81
5.7.1. Fichas bibliográficas.....	82
5.7.2. Técnicas de procesamiento de datos	82
5.7.3. Limitaciones de la investigación.....	82
5.8. Aspectos éticos de la investigación.....	82
CAPÍTULO VI.....	83
DISCUSIÓN Y RESULTADOS	83
6.1. Criterios que debe tener en cuenta el magistrado para interpretar el derecho a la identidad personal en procesos de cambio de nombre y cambio de sexo en caso de incongruencia de género en el Perú son: la identidad en el cambio de nombre y la identidad en el cambio de sexo.	83
6.1.1. Identidad de género	84
6.1.2 Libre desarrollo de la personalidad.....	91
6.1.3. Libre autodeterminación de la persona	98
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES	104
REFERENCIAS	105

RESUMEN

La investigación buscó identificar los criterios que debe tener en cuenta el magistrado para interpretar el derecho a la identidad personal en procesos de cambio de nombre y cambio de sexo en caso de incongruencia de género en el Perú. La hipótesis que se planteó es: Los criterios que debe tener en cuenta el magistrado para interpretar el derecho a la identidad personal en procesos de cambio de nombre y cambio de sexo en caso de incongruencia de género en el Perú, son: identidad de género, libre desarrollo de la personalidad y libre autodeterminación de la persona. Para lograr comprobar dicha hipótesis, se tuvo que identificar el derecho a la identidad, y análisis de la sentencia del jurídica. Tratándose de una investigación básica, con un diseño no experimental. Finalmente, se llegó a la conclusión que los criterios que debe tener en cuenta el magistrado para interpretar el derecho a la identidad personal en procesos de cambio de nombre y cambio de sexo en caso de incongruencia de género en el Perú son necesariamente la identidad de género, el libre desarrollo de la personalidad y la libre autodeterminación de la persona.

Palabras clave: Incongruencia de género, derecho a la identidad, libre desarrollo de la personalidad, libertad, autodeterminación de la persona.

ABSTRACT

The investigation sought out to identify the criteria that the judges must take in consideration when they interpret the right of personal identity the suits of name change and sex change. The hypothesis states that magistrate's criteria must consider gender identity, free development of the personality and free self-determination.

In order to verify this hypothesis, it was analyzed the Exp. N ° 06040 - 2015 - PA/TC. Legal dogmatic and legal hermeneutics were used. Furthermore this is a basic research, with a non-experimental design. Finally, it was concluded that the criteria that the magistrate must take into account to interpret the right to personal identity in processes of name change and sex change are necessarily gender identity, the free development of the personality and the self-determination of the person.

Key words: Incongruence of gender, right to identity, free development of personality, freedom, self-determination of the person.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú regula los principales derechos fundamentales que le deben ser reconocidos a todos por igual, sin ningún tipo de distinción. Ello incluye a las personas con incongruencia de género, que anteriormente eran denominados como “transexuales”, pero que en la actualidad la Organización Mundial de la Salud le ha cambiado de denominación debido a que se le considera como una disforia de género y ya no una enfermedad. Ahora bien, en el Perú, se han presentado casos judiciales donde el demandante (una persona con incongruencia de género) ha tenido que recurrir a la jurisdicción para solicitar el cambio de sexo y nombre en el documento de identificación (DNI), debido a que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) exigía acudir a la vía judicial para llevar a cabo dicho cambio. Siendo así, el proceso continuaba su curso normal, sin embargo, se evidenció que no existían criterios uniformes dentro de las motivaciones de los magistrados en este tipo de procesos, por lo que fue necesario plantear la siguiente interrogante ¿Cuáles son los criterios que debe tener en cuenta el magistrado para interpretar el derecho a la identidad personal en procesos de cambio de nombre y cambio de sexo en caso de incongruencia de género en el Perú?

La investigación se propuso demostrar la hipótesis los criterios que debe tener en cuenta el magistrado para interpretar el derecho a la identidad personal en procesos de cambio de nombre y cambio de sexo en caso de incongruencia de género en el Perú son: la identidad en el cambio de nombre y la identidad en el cambio de sexo. Para ello se tuvo que analizar a nivel doctrinario el derecho a la identidad y la Sentencia recaída en el exp. N° 06040-2015-PA/TC, tomando este caso como base para evidenciar los criterios necesarios para resolver este tipo de casos.

En el primer capítulo se trabajó la parte metodológica de la investigación, donde se incluyeron aspectos como el planteamiento del problema, la definición del problema, objetivos, donde se detallaron los objetivos específicos y el objetivo general, además de incluir la justificación e importancia.

El segundo capítulo consiste en el marco teórico de la investigación, donde se incluyeron aspectos como los fundamentos teóricos de la investigación, habiendo considerado la teoría de los derechos fundamentales y los aspectos protegidos del derecho a la identidad personal. Además, se mencionaron los antecedentes teóricos y la discusión de los mismo. También, se incluyó el marco conceptual, donde se definió el derecho a la identidad personal y la incongruencia de género. Un aspecto importante que se detalló en este capítulo fue la hipótesis con su respectiva operacionalización de variables.

En el tercer capítulo se estudió el derecho a la identidad personal, habiendo revisado doctrina que aporte el suficiente conocimiento jurídico para detallar sus aspectos generales, la naturaleza de este derecho, los derechos vinculados, su relación la identidad de género, y el derecho a la identidad dentro del sistema interamericano.

El cuarto capítulo versó sobre el análisis de la sentencia recaída en el Exp. N° 06040 – 2015 – PA/TC, habiendo disgregado el contenido de la amplia resolución en antecedentes, los fundamentos expuesto, el análisis de la controversia y los fundamentos individuales de los magistrados.

La metodología de la investigación se desarrolló en el capítulo quinto, detallando el tipo, diseño y área de la investigación. Además, se incluyeron el enfoque, diseño, métodos, técnicas de investigación, unidad de análisis, universo, muestra, instrumentos de investigación, limitaciones y aspectos éticos.

La discusión y los resultados se hicieron ver en el capítulo sexto, habiendo desarrollado la argumentación en base a la doctrina y el caso específico, separando el capítulo en los tres indicadores de la hipótesis: Identidad de género, libre desarrollo de la personalidad, libre autodeterminación de la persona.

Finalmente, se detallaron las conclusiones a las que se arribó luego de haber analizado y comprobado la hipótesis. Además, se hicieron ver las recomendaciones para los investigadores.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 Planteamiento del problema

1.1.1 Planteamiento del problema

El Perú es un país democrático que se rige por una Constitución que data del año 1993, en donde se establecen los derechos fundamentales que le pertenecen a cada uno de los ciudadanos, sin ningún tipo de distinción.

Siendo así, existen demandas que reclaman el reconocimiento del derecho a la identidad, el cual se encuentra regulado dentro de la carta constitucional.

En el año 2012, Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga, interpone recurso de amparo contra RENIEC, solicitando el cambio de nombre y sexo en su DNI, alegaba que el no permitirle que en su DNI aparezca dicho sexo es una evidente transgresión al libre desarrollo de la personalidad, igualdad y salud.

Culminado el colegio adoptó el nombre de Ana de ahí que el nombre masculino que aparece en su DNI le ha venido causando discriminación.

Inclusive en una entidad bancaria al tramitar un préstamo, le solicitaron un examen ginecológico, pues su sexo consignado no coincidía con su apariencia. Demandó inicialmente al RENIEC, declarándose fundada su pretensión en primera instancia, pero la entidad estatal interpuso recurso de apelación, alegando que la pretensión pudo haberse solicitado en otra vía. El superior jerárquico, revocó la sentencia y la reformuló declarando la improcedencia de la pretensión, debido a que sí existen otras vías judiciales satisfactorias donde se pudo hacer valer el derecho que reclama en su pretensión. En su recurso de agravio constitucional, el demandante hizo ver

que en la vía procesal ordinaria no existe la vía en donde se pueda reclamar el derecho en cuestión. El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda, ya que logró acreditar la afectación al derecho fundamental de acceso a la justicia, pero declara improcedente el pedido de cambio de nombre y de sexo, dejando la posibilidad de accionar en la vía correspondiente, vía no contenciosa para la pretensión del cambio de prenombrados y el proceso de conocimiento para el cambio de sexo, tramitándose en el Exp. N° 06040-2015-PA/TC.

El caso en concreto, revela que el derecho fundamental a la identidad de las personas con incongruencia de género se ve vulnerado, debido a la condición especial de este sector de la población, ocasionando que sufran de discriminación, lo que a su vez genera vulneración de derechos fundamentales como la dignidad y demás conexos.

Siendo así, existe una innegable y esencial correlación entre la dignidad humana y el conjunto de derechos fundamentales del hombre reconocidos en la Constitución Política del Perú, entre ellos, el derecho a la identidad. Sin embargo, las personas con incongruencia de género no gozan plenamente de este derecho, pese a que se deriva de la dignidad.

En la Constitución, el derecho a la identidad se encuentra reconocido en el inciso 1 del artículo 2, donde prescribe lo siguiente:

Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

La calificación de personas con incongruencia de género ha ido cambiando con el tiempo: en un inicio se les denominaba “transexuales”, y se identificaba así a las personas que se consideraban de otro género distinto al biológico. Cabe mencionar que la OMS ha cambiado el término solo para las personas que eran consideradas como transexuales, ello con la finalidad de disociarla de la anterior concepción como enfermedad mental. La transexualidad era definida por la OMS como un trastorno mental y de comportamiento; sin embargo, la denominación actual, incongruencia de género lo considera como una condición de salud sexual. Este cambio se generaría principalmente porque la anterior denominación generaba estigmas sobre dicha persona (El mundo, 2019, parr. 1,3)

Entre otros casos la sentencia recaída en el expediente 05684-2016-0-0412-JR-CI-02, expedida por el Segundo Juzgado Civil de Paucarpata, sobre cambio de sexo, se observa la identidad sexual, que tiene una conexión con la personalidad del sujeto. Su vulneración implicaría también la transgresión de derechos como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Y, al evaluarse dichos aspectos, se ordenó el cambio de sexo de femenino a masculino. La sentencia evidenció la importancia de valorar y respetar el derecho a la identidad en este tipo de casos.

Siendo así, es necesario precisar que la situación de la identidad de las personas con incongruencia de género es debatible, debido a los problemas que se han generado en la realidad jurídica. Pues, se afirma que:

en particular la propuesta de la minoría de reconocer jurídicamente la transexualidad. Aducen que al existir un sector minoritario de la

población que se autodefine como transexual, debería reconocérsele como tal. Es decir, que en el Reniec se puedan inscribir como varón, mujer o transexual, para que cada quien reivindique los derechos que le correspondan. (Pacheco Zerga, 2016, párr. 6)

Cabe acotar que, en el año 2017, el Instituto Nacional de Estadística e Información INEI realizó la Primera encuesta virtual a personas que pertenecen al movimiento LGTBI se determinó que el 62.7% de esta población, en algún momento ha sufrido de algún tipo de violencia, discriminación y vulneración de derechos (INEI, 2017, pár. 3). Es decir, a más de la mitad de la población LGTBI se le vienen vulnerando sus derechos. De ahí que las personas con incongruencia de género no puedan ejercer libremente su derecho a la identidad, debido a que sufren de discriminación y de vulneración de sus derechos.

Al evidenciar las diversas situaciones denigrantes que varias personas con incongruencia de género vienen enfrentando, es necesario evaluar el papel del derecho a la identidad, en los casos donde los solicitantes requieren cambiar el sexo y por ende su nombre en su identificación .

1.1.2 Definición del problema

¿Cuáles son los criterios que debe tener en cuenta el magistrado para interpretar el derecho a la identidad personal en procesos de cambio de nombre y cambio de sexo en caso de incongruencia de género en el Perú?

1.1.3 Objetivos

1.1.3.1 Objetivo general

Identificar los criterios que debe tener en cuenta el magistrado para interpretar el derecho a la identidad personal en procesos de cambio de nombre y cambio de sexo en caso de incongruencia de género en el Perú.

1.1.3.2 Objetivos específicos

- a) Estudiar el derecho a la identidad personal
- b) Analizar la regulación jurídica del "género" en la legislación y jurisprudencia peruana actual.
- b) Analizar la sentencia recaída en el expediente 06040-2015-PA/TC sobre cambio de nombre y de sexo.

1.1.4 Justificación e importancia

La investigación tiene un aporte doctrinario en el derecho constitucional, específicamente en la aplicación del derecho a la identidad de las personas con incongruencia de género, quienes continuamente vienen sufriendo de vulneración de sus derechos. Situación que debe ser valorada por los magistrados y juristas, quienes deben tener en consideración la importancia del estudio de este tipo de vulneraciones en este sector de la población.

Asimismo, esta investigación es un aporte a la interpretación del derecho a la identidad, desde los diversos aspectos constitucionales que comprende respecto de las personas con incongruencia de género, aportando los criterios específicos que debería tener en cuenta el magistrado al momento de evaluar un caso de cambio de nombre y de sexo.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Fundamentos teóricos de la investigación

2.1.1. Teoría de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son inherentes a todas las personas. Son los derechos que cada Constitución reconoce como derecho de la más alta consideración a sus ciudadanos. La doctrina se ha encargado de construir teorías para determinar su fundamento y alcance.

Siendo así, es necesario indicar como se definen los derechos fundamentales según esta teoría: “Una teoría general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría en la que se abordan los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de un determinado tipo,” (Alexy, 2012, p. 18) En este caso se puede hacer mención a los derechos como la identidad, libertad y demás, los cuales necesitan ser explicados ampliamente para entender su contenido y sentido.

Además, “La concepción de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales expresa un ideal teórico. Apunta a una teoría integradora que abarque, de la manera más amplia posible, los enunciados generales verdaderos o correctos que puedan formularse en las tres dimensiones y los vincule óptimamente”. (Alexy, 2012, p. 18) En este contexto, el derecho a la identidad, al encontrarse dentro del catálogo de derechos fundamentales en la Constitución peruana, debe ser considerado de tal manera. Ello conlleva a evidenciar que estos tienen una doble función, la primera es la defensa del

individuo frente al Estado, garantizando que no haya arbitrariedad en las actuaciones de este, salvaguardando la libertad individual. Pero, también existen derechos que resultan ser la manifestación de otro, como por ejemplo el derecho a elegir y a ser elegido, lo que permite la democracia.

En ese sentido, la identidad en todos los aspectos se encuentra vinculada con la dignidad humana, además permite que los ciudadanos accedan a otros derechos, como a un nombre, a una identidad de género, entre otros. Estos aspectos deben ser reconocidos a toda la población, pero toman mayor relevancia en los casos de las personas con incongruencia de género, quienes tienen que recurrir al ámbito jurisdiccional para que se le reconozca un aspecto de este derecho, como el cambio de sexo. Por ello, el análisis de la teoría de los derechos fundamentales es necesaria para la investigación.

2.1.2. Aspectos protegidos por el derecho a la identidad personal.

Los aspectos constitucionales pueden considerarse como el contenido o los contenidos particular inherente a cada derecho fundamental. Cabe mencionar que existe una estrecha relación entre los aspectos que engloba cada derecho constitucional y lo que las diversas corrientes teóricas señalan sobre la delimitación del contenido esencial. Por lo que, se busca relacionar ambos conceptos para un mejor entendimiento.

La teoría relativa sostiene que:

no existe, pues, algún elemento permanente identificable como contenido esencial del derecho. Las teorías relativas consideran que el contenido esencial no es una medida preestablecida y fija, ya que no es

un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental.

(Salazar Laynes, 2008, p. 144)

Según lo indica el autor, esta teoría afirmaría que el contenido de un derecho no sólo se limita a un solo elemento específico, sino que, si bien tiene un límite, no todo está dicho al momento de definir un derecho fundamental, de ahí que sea dinámico, pues cambiará conforme la sociedad vaya evolucionando. Relacionando esto con los aspectos constitucionales protegidos de determinados derechos, cabe mencionar que no necesariamente debe entenderse que estos son definitivos, sino al contrario, que se adecúan conforme al derecho constitucional y también al caso en concreto, de ahí que el derecho a la identidad de las personas con incongruencia de género es especial, pues su condición no es igual, constituyendo un caso especial.

La segunda teoría es la absoluta, definida como: “en cada derecho fundamental existen dos zonas: una esfera permanente del derecho fundamental que constituye su contenido esencial (...) y otra parte accesorio o no esencial, en la cual son admisibles las intervenciones del legislador, pero a condición de que no sean arbitrarias”. (Salazar Laynes, 2008, p. 145)

Esta teoría admite que existen dos dimensiones del derecho fundamental, una en donde el legislador no puede intervenir denominada como el contenido esencial, y una accesorio en donde sí es permisible la intervención del legislador. La esfera permanente del derecho constitucional no se encuentra disponible para el legislador, pues es la parte esencial del derecho. Cabe mencionar que esta teoría protege el derecho constitucional y el contenido inherente a este, lo que conlleva a una adecuada regulación y respeto. Esto se

relaciona con los aspectos constitucionales, debido a que, para garantizar adecuadamente el derecho a la identidad de las personas con incongruencia de género, se debe tener en consideración hasta dónde se permite que el legislador intervenga y cómo es que este derecho debe interpretarse en pro de la protección de las personas con incongruencia de género.

En concreto, sobre los aspectos constitucionales del derecho a la identidad, se plantea que estos son la identidad de género y el libre desarrollo de la personalidad, ambos se encontrarían dentro del derecho fundamental, y cobrarían especial relevancia para el caso de las personas con incongruencia de género, quienes sufren de constante discriminación. Ambos aspectos son necesarios para el total disfrute del derecho constitucional.

También, conviene precisar que sobre el derecho a la identidad lo siguiente: “el derecho a la identidad resulta esencial para garantizar una vida plena y digna. (...) La dignidad humana y el derecho a la identidad se relacionan en la medida que el derecho a la identidad permite que todo individuo sea reconocido por lo que es y el modo cómo es” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019, p. 10) Al ser una derecho de tal relevancia, su tratamiento doctrinario brinda información sobre su estrecha relación con el derecho a la dignidad humana, el cual resulta ser base fundamental para la adecuada realización de los demás derechos. Esto tomar mayor relevancia en los casos de las personas con incongruencia de género, debido a que son un sector de la población considerado como vulnerable.

Cabe mencionar que el Tribunal Constitucional también se ha manifestado al respecto, indican que: “la identidad de género forma parte del contenido

constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personas”

(Defensoría del Pueblo, 2018) Esto evidencia que la identidad como derecho constitucional protegido tiene diversos contenidos que deben ser protegidos de igual forma. Así se evitará la discriminación hacia aquellas personas que son vulnerables.

Los diversos aspectos que engloba el derecho a la identidad, son importantes para toda la población de determinado territorio, sin embargo, es necesario que exista mayor énfasis en aquellos sectores de la sociedad como la población LGBTI, en donde se encuentran las personas con incongruencia de género, quienes constantemente sufren de discriminación, por ello los aspectos constitucionales que deben protegerse se relacionan con el libre desarrollo de la personalidad y la identidad de género propiamente dicha, lo que permitiría que estas personas no sólo sean reconocidas con el género con el que se identifican, sino que cumplan con un rol semejante dentro de todos los ámbitos de su vida.

2.2. Antecedentes teóricos

Se ha logrado identificar que el autor Adrian Rodolfo Leguía Parra en su tesis titulada “La transformación del derecho: la protección del derecho a la identidad de las personas trans desde el derecho internacional de los derechos humanos”, elaborada para optar el título profesional de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, señala que:

El estado tiene dos obligaciones básicas para la protección de los derechos humanos, de conformidad con los tratados que regulan esta materia: respetar

(obligación negativa o de abstención) y garantizar (obligación positiva o de acción). Si bien la CADH reconoce de forma separada el deber de adoptar medidas legislativas o de otra índole, entendemos el mismo como una forma de cumplir o canalizar las obligaciones de respeto y garantía. Mediante el cumplimiento de estos deberes, se busca que las estructuras de poder y acciones a nivel interno de los Estados aseguren la plena efectividad del catálogo de derechos reconocidos a nivel internacional. (2018, p. 55)

También, se tiene la tesis titulada “El derecho a la identidad personal: su aplicación en el derecho peruano y comparado”, elaborada por Sonia Lidia Quequejana Mamani, para optar el título profesional de abogado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. La autora menciona lo siguiente:

La identidad sexual es considerada como uno de los aspectos más importantes, delicados, discutidos y complejos de la identidad personal. La identidad sexual constituye un elemento de la identidad personal en la medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. Es, por ello, que no puede prescindirse de su tratamiento cuando se hace referencia a la identidad personal. (Quequejana Mamani, 2014, p. 10)

De otro lado, se tiene la tesis elaborada por Jhony Alegría Angulo, titulada “Factores que influyen en la vulneración del derecho a la identidad sexual y la dignidad humana de los miembros de la comunidad LGTBI en el Perú durante el año 2007-2015”, para obtener el título profesional de abogado en la Universidad César Vallejo. Se arribó a la siguiente conclusión:

De las encuestas aplicadas durante la investigación se advierte que la percepción de la ciudadanía respecto al derecho a la identidad se encuentra arraigada a una idiosincrasia que existe sobre el varón y la mujer, tanto así que encontramos un total rechazo de la sociedad con estas personas que en su pleno derecho de sentirse desarrollados son discriminados por la sociedad. (Alegría Angulo, 2015, p. 57)

Dentro de las investigaciones a nivel nacional, se tiene que en repositorio de la Universidad Tecnológica del Perú, se encontró la titulada “Fundamentos constitucionales para el cambio de sexo registral. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano (2005 – 2015)” para obtener el título profesional de abogado. En esta investigación se concluye:

SEGUNDA.- El Tribunal Constitucional basándose en documentos internacionales de protección de derechos humanos, ha reconocido que la identidad de género forma parte del derecho a la identidad personal conceptualizando que la identidad de género es el conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano y ello permite distinguirlo de otras personas. (Calderón Arismendi, Flores Arque, & Rodríguez Chávez, 2017, p. 61)

2.3. Discusión teórica

A partir del trabajo de Adrian Rodolfo Leguía Parra (2018, p. 55) se puede considerar que a pesar de no estar contemplado explícitamente en los tratados, el DIDH ha reconocido a la identidad de las personas con incongruencia de género

como un derecho autónomo. Además, dicho derecho busca garantizar que toda persona pueda mantener y desarrollar sus rasgos identitarios en sociedad.

En realidad, los investigadores están de acuerdo con esta conclusión, puesto que la persona con incongruencia de género debe gozar del derecho a la identidad en su máxima expresión y no ser limitado bajo ninguna circunstancia. Dicho esto, el Estado debe garantizar a favor de las personas con incongruencia de género un cumplimiento adecuado de sus obligaciones internacionales relativas al derecho a la identidad, y además, el respeto de sus derechos a nivel nacional, es decir dentro del territorio peruano, para que así sean tratados conforme a las leyes vigentes y puedan desarrollarse dentro de la sociedad.

Respecto de la tesis de Sonia Lidia Quequejana Mamani, hace ver la importancia de la identidad sexual como parte de la identidad personal, pues se afirma que esta es parte de las manifestaciones de la personalidad, lo que hace necesario que no pueda obviarse como parte de la identidad personal (2014). Estas afirmaciones son importantes para la investigación, debido a que es necesario hacer ver la importancia de la identidad sexual dentro del derecho constitucional a la identidad, manifestándose así la personalidad del individuo, por lo que es deber del Estado evitar cualquier vulneración que atente contra el normal desarrollo del ser humano.

En cuanto al tema de la población LGTBI, se tiene que la investigación realizada por Alegría Angulo aplicó encuestas que revelaron la idiosincracia que aún existe en nuestro país, donde se evidencia el rechazo de la sociedad a las personas que tienen una incongruencia de género, quienes sufren de constantes discriminaciones (2015, p. 57) Entonces, existe preocupación por parte de los abogados, quienes han

notado las deficiencias sociales y jurídicas sobre el adecuado reconocimiento del derecho a la identidad en las personas con incongruencia de género, quienes sufren de discriminación y aún así no se ha puesto en marcha ningún plan de solución adecuado que lleve a un reconocimiento pleno de este derecho.

Finalmente, Calderón Arismendi, Flores Arque, & Rodríguez Chávez, sobre el derecho a la identidad afirman que la identidad de género además de ser parte de la identidad personal, también es una expresión del ser humano, permitiendo que se distinga de otros (2017, p. 61). Esta investigación permite afirmar que la identidad de género es relevante no sólo para garantizar el adecuado desenvolvimiento del proyecto de vida, sino también para el respeto del derecho a la identidad en todas sus manifestaciones y sin ningún tipo de distinción.

2.4. Marco conceptual

2.4.1. Derecho a la identidad personal

La definición de este derecho, según la doctrina, afirma que “Se entiende como identidad al conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad.” (Fernández Sessarego, 1992, p. 113)

Entonces, son características personales que hacen única a la persona.

También la identidad se puede definir como: “Conjunto de elementos y características físicas que permiten afirmar que una persona es la que dice ser o la que se busca. La comprobación de la identidad es útil en materia civil y penal” (Chanamé Orbe, 2012, p. 329) Entonces, la identidad es relevante en materia civil y penal, es decir en el ámbito jurídico posee relevancia, no sólo como derecho fundamental, sino también como parte de la identificación de lo que es o desea ser la persona.

A través de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha desarrollado los alcances del derecho a la identidad. En efecto, en el Expediente N° 04509-2011-PA/TC, se indicó que:

Este colegiado ha dejado establecido en su jurisprudencia que la identidad a que se refiere el inc. 1 del artículo 2 de la Constitución ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal respuesta el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc. Mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2011, p. 25)

Entonces, la identidad como derecho fundamental es parte de la Constitución, y también es un elemento esencial de la persona y su desarrollo adecuado, que además tiene un ámbito subjetivo y uno objetivo, en el primer ámbito se consideran los aspectos como el nombre, apellidos y demás; en el subjetivo, se encontrarían lo relacionado al ámbito externo de la persona, es decir valores, cultura, reputación y demás. Sin embargo, ambos son relevantes para la completa identificación de la persona en concreto, por lo que, no es posible la vulneración o restricción no justificada de este derecho.

En el contexto de la vulneración del derecho a la identidad, en casos de la expedición del Documento Nacional de Identidad, el Alto Tribunal subrayó en el Expediente N° 04729-2011-PHD/TC:

El documento nacional de identidad, a través de cual se determina la identidad de cada ciudadano (A), en nuestro sistema jurídico, no solo es un instrumento que permite identificar a la persona, sino que también le facilita realizar actividades para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la constitución (generación de actos jurídicos diversos, así como el ejercicio del derecho al sufragio). (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2011, p. 7)

Evidentemente, la persona al encontrarse completamente identificada a través de nombres y apellidos, puede ejercer libremente todos sus derechos, pudiendo celebrar actos jurídicos y demás actividades que involucren su absoluta identificación ante la sociedad.

En relación de la vulneración del derecho a la identidad, en la categoría de sexo del DNI correspondiente al biológico, el tribunal constitucional señaló en el Expediente N° 00139-2013-PA/TC:

Para el derecho, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado en el momento de la fecundación del ovulo por el espermatozoide, que determina el sexo masculino y femenino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino).

La diferencia entre los sexos responde pues a una realidad extra jurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en la “naturaleza de las cosas” (Art. 103 de la constitución), y en tanto que

la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indispensable para el individuo. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2013, p. 5)

El sexo es un elemento biológico indiscutible en el ser humano, pues es determinado por la ciencia al momento de nacer, basándose en las características del recién nacido, pero, si bien existe un sexo femenino y masculino determinado al momento de nacer, se considera que este no podría ser absoluto, en el sentido que la persona a través de su desarrollo, puede llegar a considerarse del sexo opuesto al biológico, lo que podría generar una contradicción entre lo que es y lo que desea ser o con lo que se identifica. Ahora bien, en relación a la identidad de género, determinó lo siguiente:

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 un hombre o mujer. Es ineludiblemente un aspecto esencial de la manera en la que ha decidido desarrollar su vida y que en ese sentido merece tutela constitucional al formar parte de su identidad. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2016, p. 14)

La incongruencia de género, no debe ser considerada como una razón para discriminar a una persona, ello por no seguir con los patrones de su sexo biológico.

2.4.2. Incongruencia de género

Se trata de una incongruencia marcada y persistente entre el género experimentado del individuo y el sexo asignado, que a menudo conduce a un deseo de 'transición' para vivir y ser aceptado como una persona del género experimentado a través del tratamiento hormonal, la cirugía u otras prestaciones sanitarias para alinear el cuerpo, tanto como se desee y en la medida de lo posible, con el género experimentado. El diagnóstico no puede asignarse antes del inicio de la pubertad. El comportamiento y las preferencias de género por sí solas no son una base para asignar el diagnóstico (Organización Mundial de la Salud, 2018, párr. 15)

La definición vertida es clara y demuestra la nueva connotación que la Organización Mundial de la Salud le ha dado, evidenciándose un cambio sustancial en su definición, habiendo retirado el concepto de trastorno. Siendo así, este concepto es de vital importancia para el mejor entendimiento de esta en el desarrollo de la investigación.

2.5. Hipótesis

Los criterios que debe tener en cuenta el magistrado para interpretar el derecho a la identidad personal en procesos de cambio de nombre y cambio de sexo en caso de incongruencia de género en el Perú son:

- Identidad de género

- Libre desarrollo de la personalidad
- Libre autodeterminación de la persona

2.6. Operacionalización de la hipótesis

Tabla 1

Operacionalización de la hipótesis

Variable	Definición operacional	Indicadores	Fuente
Derecho a la Identidad personal en el cambio de nombre	Se trata de aquel derecho que todas las personas poseen y que consiste en la identificación del ser humano con un determinado grupo social, con quienes comparte características similares, sin importar su género.	- Libre desarrollo de la personalidad. - Identidad de género. - Libre autodeterminación de la persona	- Doctrina - Jurisprudencia - Caso recaído en el exp. 06040-2015-
Derecho a la Identidad personal en el cambio de sexo	Aquella persona que no se identifica con el género biológico, sino que desea ser reconocida con un género distinto, además asume los comportamientos y roles de dicho género.		PA/TC

Fuente: Elaboración propia.

CAPÍTULO III

ESTUDIO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

El derecho a la identidad personal tiene la connotación de fundamental, debido a que se encuentra debidamente regulado en la Constitución Política del Perú, específicamente en su artículo 2, inciso 1, en donde prescribe: “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.” Esta regulación hace ver la importancia de este derecho. Por ello, es necesario llevar a cabo un estudio de los principales aspectos doctrinarios de este derecho.

3.1 Aspectos generales

A nivel doctrinario, se afirma que el derecho a la identidad como tal, a pesar de su regulación parcialmente independiente en la Constitución, se encuentra ligado al derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues contribuye al ejercicio pleno entre ambos. Siendo así, se afirma lo siguiente: “El derecho a la identidad ha sido adscrito dogmática y jurídicamente, primigeniamente al derecho civil, como un elemento esencial del derecho de las personas, para ser únicas en su especie” (López Serna y Kala, 2018, p. 68), esto contribuye a su individualización como ser humano, pudiendo entonces asumir obligaciones de carácter civil, como la celebración de actos jurídicos y demás aspectos jurídicos que permiten su desarrollo dentro de la sociedad e íntegramente. Además, “Esta visión pragmática de la identidad sirve al derecho como medio de determinación de aquellos que son sujetos tanto de derechos, como de obligaciones” (López Serna y Kala, 2018, p. 68) Evidentemente la identidad como tal, permite que cada persona sea única, que obtenga a lo largo de su vida determinadas características que lo hagan ser especial. Ello, contribuye a la determinación de cada ser humano como tal, considerándose

así que gracias a este derecho se puede lograr la determinación de cada uno. Por ello, se sustentaría la relación intrínseca entre los derecho a la identidad y el libre desarrollo de la personalidad, pues ambos contribuyen a que la persona evolucione como tal, con todos los aspectos importantes propios de él mismo.

También, a nivel doctrinario se afirma que:

El derecho a la identidad representa un conjunto de necesidades de la persona, tanto respecto a sí misma, como respecto a la sociedad y al propio Estado, y conlleva el efectivo cumplimiento de una serie de derechos, generando así ciudadanía, inclusión y la capacidad de estar presente frente a las instituciones y los mecanismos democráticos (Álvarez, 2016)

Entonces, este derecho también contribuye a la ciudadanía y a la posibilidad de ser identificado a través de un determinado nombre y apellido, lo que hará que pueda asumir derechos y obligación con otros seres humanos y/o con el propio Estado, insertándose así a la sociedad y garantizando el pleno ejercicio de sus derechos, tanto políticos como individuales. En esta afirmación se evidencia su importancia no sólo para el desarrollo de la persona como tal, sino para que también cumpla un determinado rol dentro de la sociedad desempeñando diversos cargos sea públicos o privados.

El Diccionario de la Real Academia Española refiere que identidad es el “(...) *conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás*” (Real Academia Española, 2017, pág. 2). Estos rasgos permiten que el sujeto pueda ser identificado como tal dentro del territorio específico de un país, en nuestro caso el Perú. Estas características permiten que cada persona sea única por sus condiciones particulares, creándose así la

identidad, no sólo basándose en el nombre o en el sexo biológico, sino en todo lo que involucra su desarrollo, incluyendo aspectos como la personalidad y demás relacionados.

Siendo así, cabe mencionar lo que ha dicho el Tribunal Constitucional sobre la identidad, señalándolo como un atributo personalísimo reconocido en el artículo 2º inciso 1) de nuestra Ley vigente (STC N° 0444-2005-HC/TC)¹. Por ello, no es posible mermar bajo ninguna circunstancia este derecho, debido a su carácter fundamental y también como derecho humano, tal y como se verá en el desarrollo del presente capítulo.

3.2 Naturaleza del derecho a la identidad

Sobre la naturaleza jurídica del derecho fundamental a la identidad, se ha afirmado en la doctrina que es “oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Centro de Bioética. Persona y Familia, 2012, p. 4) Entonces, este derecho no solo tiene una connotación meramente legal o doctrinaria, sino que se extiende a la sociedad, siendo un interés inherente a cada ser humano y por ende, a toda la comunidad Internacional, en cuyas leyes se encuentra regulada la Identidad, no admitiendo ningún tipo de derogación o suspensión temporal o permanente, debido a su indisolubilidad.

¹ “(...) ello por cuanto el artículo 2º inciso 1) de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos–, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica” STC N° 0444-2005-HC/TC. Fundamento N° 4

Aspectos como el nombre, la nacionalidad, los vínculos familiares o el registro de haber nacido vivo, no hacen nacer el derecho a la identidad, sino que este preexiste, aunque todos estos datos se suspendan o se pierda, pues este derecho va más allá del aspecto exterior del ser humano, sino que involucra su interior, pensamientos, personalidad, acciones y demás, que son propios de cada uno, haciéndolo único. El ejercicio de este derecho debe ser garantizado por cada uno de los Estados y por todos los organismos internacionales, pues su carácter de derecho humano los vincula obligatoriamente.

También, respecto a este derecho, se afirma que: “tampoco puede reducirse a la simple sumatoria de ciertos derechos que incluye la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto muchos elementos vienen dados, por ejemplo, por la legislación interna,” (Comité Jurídico Interamericano, 2007, p. 4)

Evidentemente, al ser un derecho con relevancia no sólo local, sino internacional, no puede definirse o considerarse únicamente como un conjunto de rasgos *erga omnes*, pues en cada nación es diferente no sólo las personas, sino también los costumbres y culturas, por lo que, tampoco puede limitarse este derecho a simplemente determinados derechos contemplados en una legislación en específico.

Además la identidad es “tan necesaria en este caso para dar expresión a los rasgos y aspectos particulares y propios de cada Estado y sus poblaciones así como para hacer efectivos los derechos a los que esta jurídicamente vinculado y obligado” (Comité Jurídico Interamericano, 2007, p. 4) Como se viene afirmando, en una de las naciones del mundo existen diversos factores que han influido en su evolución, y por ende, en la cultura de las personas, por lo que no es posible generalizar

determinados aspectos o derechos de la identidad, ello sin perjudicar el carácter personal de la identidad, pues cada uno poseerá diversas características, que a su vez responderán al tipo de crianza recibida, los factores del ambiente en el que se desarrollaron e influyeron para forjar su personalidad

El ejercicio del derecho a la identidad no puede vincularse únicamente a un registro de nombres y apellidos o a un sexo biológico, tampoco a un sistema nacional de un Estado en particular y, que si bien, estos datos no son menos importante, cabe recalcar que no puede considerarse a la identidad como únicamente esto. Ahora bien, los datos como nombre o sexo, permiten que la persona desarrolle y efectúe el ejercicio de la identidad dentro de un territorio, pues permiten identificarlo de manera única, pero ello no constituye todos los aspectos que lo hacen ser quién es.

Al respecto, cabe precisar que “La identidad de la persona no se agota con los caracteres que externamente la individualizan, y que conforman sus signos distintivos, sino que incluyen un conjunto de valores espirituales que definen la personalidad de cada sujeto, sus cualidades, atributos, pensamientos” (Ynchausti Pérez & García Martínez, 2012, p. 25) Entonces, la identidad engloban aspectos mucho más personales que hacen del sujeto único, es decir son rasgos distintivos que definen la personalidad, tanto externa como interna, es decir tanto como sus pensamientos, como su comportamiento dentro de la sociedad y como interactúa con los demás. Esto resulta ser importante debido a que la convivencia de los Estados y su población interna es necesaria para la paz social y el adecuado desarrollo.

Al ser el derecho a la identidad, uno amplio y de vital importancia para los individuos, de este se derivan algunos derechos fundamentales como la inscripción después del nacimiento y un deber del Estado de tomar las provisiones necesarias para este fin.

A pesar de que todos los seres humanos son iguales, la diversidad es un rasgo que caracteriza a ese conglomerado llamado humanidad ello, por cuanto, la libertad como sustento existencial permite que cada persona pueda ejercer dialógicamente con las múltiples opciones que puede asumir, ello dependiendo de su psicología y aspectos internos, así como con el mundo exterior. Así puede construir una identidad propia que la conlleve a concretizar su proyecto individual que le permita desarrollarse.

Siendo así, “La identidad personal, entraña una inescindible unidad psicosomática, con múltiples aristas de diversa índole vinculadas entre sí, configurando una propia manera de ser, con aspectos estáticos y dinámicos, que conlleva la necesidad de protección jurídica a dicha identidad real” (Hooft, 2009, p. 228)

El derecho fundamental a la identidad, como ha puesto de relieve la doctrina, no puede ser apreciada como un concepto unitario, que engloba una sola realidad o que comprende una sola clase de características que identifican al individuo. Así, pues, se plantea que la identidad posee una faceta estática, es decir, no cambia con el devenir del tiempo. Pero, también posee una faceta dinámica, aquella que de acuerdo a la evolución y maduración de la persona.

3.3 Derechos vinculados con la identidad

La identidad al ser un derecho que abarca diversos aspectos del ser humano, se le relaciona e inclusive confunde con otros derechos, como el caso del nombre, por lo que, es necesario establecer como estos derechos pueden complementar la identidad, pero que no necesariamente son determinantes, pues el nombre no siempre puede coincidir con la identidad de la persona o el sexo biológico.

3.3.1 Nombre

Este derecho comúnmente se confunde con la identidad, debido a que se cae en el error que resultan ser iguales, por ello, es necesario identificarlos de forma separada, a pesar de su conexión directa. Al respecto el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, indicó que “el nombre es un derecho más específico asignado por los padres que forma parte de la identidad en la que también se conserva el concepto estático siendo necesario un nombre verdadero, pero en el que pueden surgir cambios, rectificaciones o variaciones.” (RENIEC, 2014, p. 2) Si bien, es parte de la identidad, debe diferenciarse debido a pesar de ser un derecho adquirido desde el nacimiento, pueden surgir cambios con el transcurrir del tiempo, así como variaciones y rectificaciones, situación que no sucede en el caso de la identidad, pues esta se va forjando con el transcurrir del tiempo y es un concepto mucho más complejo y que no es asignado por los padres, caso contrario con el nombre que es enteramente decisión de los padres.

También, se afirma que en la actualidad, existen algunos problemas con el orden en qué van registrados los apellidos, pues usualmente es el apellido paterno primero y luego el materno, pues “Las sociedades patriarcales como la mexicana han determinado históricamente la jerarquía de los apellidos

paternos por sobre los maternos, quedando relegado este último al segundo lugar en la lista de aparición en el nombre,” (López Serna & Kala, 2018, p. 69) Esto ocasiona que en las siguientes generaciones se pierda el apellido materno, ello solo por una decisión arbitraria originada únicamente por el patriarcado que en su momento tuvo auge, pero que en la actualidad se encuentra en tela de juicio. Actualmente, existen legislaciones en donde se plantea la posibilidad de que sea los progenitores quienes escojan que apellido debería ir primero.

De otro lado, “el nombre (...), no debe ser cargado como una lapa que atraiga la discriminación para la persona sino, un medio a través del cual la persona se sienta plenamente identificada con lo que de acuerdo a su propia perspectiva define su esencia” (López Serna & Kala, 2018, p. 70) En ese sentido, el nombre debería identificar a cada sujeto según su propia perspectiva, sintiéndose plenamente identificado con este, fuera de que este haya sido decidido por sus progenitores.

Sobre el origen del nombre, se dice que “nace por una necesidad del lenguaje, la designación, o nominación, de los seres humanos y de las cosas constituye una de las manifestaciones del mismo” (Morales Acacio, 2011, p. 129) Así como las cosas requieren de un determinado nombre, sucede de igual forma con los seres humanos, quienes necesitan de este para integrarse en la sociedad y ser diferenciados de los demás para celebrar actos jurídicos; pudiendo inclusive, ser considerado como un atributo de la personalidad, debido a que es parte de su desarrollo como ser humano y contribuirá a evidenciar su individualidad.

Ahora bien, el nombre según se ha indicado en la doctrina “se compone de dos elementos esenciales: el nombre propio o de pila y uno o más apellidos. Existen otros elementos del nombre no esenciales, sino circunstanciales, cuales son, el seudónimo, el apodo o sobrenombre y los títulos nobiliarios.” (De la Fuente Linares, 2012, p. 34) El nombre propio o de pila es decisión de los padres, tal y como afirmabamos en acápite anteriores, debido a que al ser asentado en el nacimiento, el sujeto no tiene posibilidad de escoger su nombre. En el caso de los apellidos, en el caso peruano, se utiliza en primer lugar el apellido paterno y luego el materno. Estos son los elementos esenciales. Pero, además existen otro denominados como seudónimo o apodos, los cuales si pueden ser decisión de la persona, permitiéndose su uso solo si no existe afectación de derechos de terceros. Sin embargo, en ninguno de los casos estos reemplazan al nombre de pila, pues es con este que se logra la identificación plena de la persona. Adicionalmente, el autor hace mención a los título nobiliarios, los cuales son honores otorgados por terceros como recompensa y son transmisibles, pero tampoco dejan de lado al nombre de nacimiento.

El uso del nombre en el ámbito del derecho es fundamental, debido que es a través de este que se puede identificar y también celebrar actos jurídicos válidos, sirviendo para establecer su existencia dentro de un territorio de un país. Por ello, el nombre tiene tres funciones “a). Como medio de identificación b). Como signo de filiación c). Como costumbre.” (De la Fuente Linares, 2012, p. 35)

La identificación como primera función sirve para determinar la existencia de la persona en el ámbito jurídico, tal y como se mencionó anteriormente. En el según aspecto, de filiación, se dice que “el apellido, merece una gran importancia ya que el apellido que los hijos llevan, igual al de sus progenitores identifica su parentesco.” (De la Fuente Linares, 2012, p. 35)

Gracias a la filiación se puede determinar la obligación de los progenitores de cuidar y velar por el bienestar del alimentista. Sin importar el orden en que sean consignados, su importancia no disminuye para así identificar no solo el parentesco con sus padres, sino también el resto de su familia. En la tercera función, es la cultural, que consiste en “que atribuye al nombre en forma parcial (solo para la mujer) un signo de estado civil” (De la Fuente Linares, 2012, p. 35), pues es costumbre, como el caso peruano, que la mujer agregue a su nombre el apellido de su esposo, agregándolo con la preposición “de”; sin embargo, es opcional en nuestro país, mientras que en otras legislaciones es obligatorio su adición. Por lo que, es una facultad que posee la mujer pero no una obligación.

Las tres funciones del nombre son importantes para comprender la magnitud del derecho, debido a que no sólo se trata de teoría, sino que se consignan las diversas modalidades de como se puede considerar y a qué exactamente se le puede denominar como “nombre”. Como vemos, dista mucho del derecho a la identidad, pues este último no se limita con una denominación social o familiar, y que si bien los vínculos con otras personas interfieren en la identidad, estos aspectos no son determinantes para confirmar que una persona tiene una identidad, pero ello no resta su importancia dentro de esta.

3.3.1.1 Relación con el derecho a la identidad de género

El nombre, tal y como se ha afirmado es parte integrante de la identidad de una persona; sin embargo, en la actualidad existen algunos problemas relacionados con la discordancia entre la identidad sexual de una persona y el nombre de pila, el cual puede no coincidir, vulnerándose así derechos fundamentales como la dignidad. Siendo así, al suscitarse este tipo de problemas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos intervino, expresando que “la categoría de orientación sexual como derecho exigible no solo se refiere a que la persona sea homosexual realmente o manifieste serlo, sino que también abarca el hecho de que los demás la perciban como tal independientemente de que lo sea de manera real” (Arrubia, 2018, p. 151) Esto evita que de alguna manera sea discriminado, pues al evaluar el caso no se involucra la orientación sexual en sí, sino el actuar del discriminador, quien usa el estereotipo para excluir a esta persona.

De otro lado, se afirma que “la decisión de optar o no por una intervención quirúrgica de reasignación sexual constituye una conducta autorreferente tutelada por el derecho a la intimidad y, en consecuencia, la exigencia de modificar el asiento registral deriva del derecho a la identidad” (Arrubia, 2018, p. 158) Ambos derechos se encuentran relacionados, pues se respeta la identidad cuando el individuo tiene la opción de cambiarse quirúrgicamente el género biológico con el que nació. Pero, también está relacionado el derecho a la identidad, en el cambio registral del nombre de pila, para que este coincida con su

nuevo género, sea femenino o masculino, relacionándose con el ámbito privado y con el desarrollo de la personalidad, que posteriormente será tratado a profundidad.

Siendo así, el nombre se relacionada con la identidad de forma general, pero toma especial relevancia en el caso del género, debido a existen problemas al momento de determinar si es posible hacer este tipo de cambios.

Finalmente, cabe mencionar que es importante el nombre en cada uno de los seres humanos, y consideramos que es necesario que este se ajuste a la verdad psicológica de la persona, no sólo que responda a un aspecto biológico, pues una vez el ser humano se ha desarrollado y ha adoptado un género distinto al registrado, es necesario que el Estado se asegure de proteger este ámbito íntimo que posibilitaría al sujeto desarrollarse ampliamente conforme a sus opciones.

3.3.2 Desarrollo de la personalidad

La identidad, así como tiene una relación innegable con el derecho al nombre, lo mismo sucede con la personalidad, la cual también es considerada como un derecho fundamental y derecho humano. En el ámbito internacional se encuentra prescrita en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual indica que:

Artículo 22

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Como se evidencia, este derecho se encuentra regulado como parte del catálogo de derechos humanos, haciendo notar su importancia del ámbito internacional y en cada Estado se incluye sea taxativa o implícitamente. Ello conlleva a evidenciar el rol que cumple dentro de la sociedad y del derecho.

Siendo así, este guarda una relación intrínseca con el derecho a la identidad, pues “es un derecho de la personalidad pues es una cualidad vinculada a ella indivisiblemente, por cuanto es un modo de ser de la persona, es un derecho esencial permanente concedido para toda la vida” (Morales Acacio, 2011, p. 131) Entonces, ambos se encuentran vinculados no sólo por su cualidad de derechos, sino que es un modo de ser especial que identifica a cada persona y que permanecerá durante todo el transcurso de su vida. Entonces, es un atributo que es parte de la esfera privada del ser humano, pero que además pueden responder a lo biológico. Es aquí cuando pueden generarse problemas, debido a que lo biológico no siempre responde a la identidad y personalidad que desarrolla el sujeto.

De otro lado, este derecho “involucra principalmente reconocer la dignidad humana y la responsabilidad de los sujetos” (Ortíz Hernández, 2019, p. 176)

por lo que, su relación directa con la dignidad le otorga un lugar especial al libre desarrollo de la personalidad. En el primer aspecto, se dice que “acepta el valor del individuo y, por ende, sus libertades y los derechos que le corresponden” (Ortíz Hernández, 2019, p. 176) Como se hacía mención líneas anteriores, el individuo tiene determinadas características que lo hacen ser únicos, y ello incluye no sólo los derechos, sino también los deberes para con la sociedad, aceptándolo tal y como es, sin mermar ninguno de sus derechos fundamentales.

En el segundo caso, sobre la responsabilidad de los sujetos, se tiene que “o, surge como una limitante en reflejo de la consideración de la vida y de los derechos de terceros” (Ortíz Hernández, 2019, p. 176) Evidentemente el respeto de los derechos de terceros representa un factor importante para el adecuado desenvolvimiento de la personalidad, pues esta no debe afectar a otras personas, ello asegura una adecuada convivencia en sociedad, evitando posibles vulneraciones de derechos fundamentales y por ende, arbitrariedades entre las personas. El asegurar este respeto garantiza que el Estado vele por el bienestar de cada uno de los habitantes del territorio.

También, se afirma que:

Lo anterior, también puede traducirse en dos dimensiones: una externa y una interna. La externa, siendo un derecho que proporciona una “libertad de acción” que permite al individuo a realizar cualquier actividad que considere necesaria para el desarrollo de su personalidad; mientras que la interna, protege una “esfera de

privacidad” en contra de acciones externas que puedan limitar su capacidad en la toma de sus decisiones (Ortíz Hernández, 2019, p. 176)

Entiéndase que la libertad del individuo de desarrollar su personalidad, pertenece al ámbito de lo personal, por lo que, si bien se trata de un derecho fundamental y humano, tiene una esfera considerada como interna y otra externa. En ambos casos se utiliza para garantizar la materialización total del derecho al libre desarrollo de la personalidad. La parte interna hace referencia a ámbito privado, lo que es la persona que le permite al sujeto desenvolverse según lo aprendido durante su vida, desarrollándose como tal. En el ámbito externo, este permite que no haya interferencias externas o de terceros que podrían vulnerar algunos aspectos de la persona. En ambos se logra proteger la personalidad del individuo, relacionándose así con el derecho a la identidad y su adecuada protección.

3.4 El derecho a la identidad en el sistema Interamericano

A nivel normativo se hace necesario explorar nuevas posibilidades de coordinación entre las “normas generales de protección de derechos humanos junto con las específicas como la Convención de los Derechos del Niño, teniendo en cuenta que en ambas tienen un objetivo común, proteger la identidad, dignidad y la integridad del ser humano” (Ariel, 2013, p. 23). De la misma manera, deben coordinarse el trabajo entre los mecanismos regionales con el universal.

3.4.1 Teoría de la Identidad Social

Esta teoría tiene como definición la siguiente:

identidad, individual o social, es algo más que una realidad natural, biológica y/o psicológica, es más bien algo relacionado con la elaboración conjunta de cada sociedad particular a lo largo de su historia, alguna cosa que tiene que ver con las reglas y normas sociales, con el lenguaje, con el control social, con las relaciones de poder, en definitiva, es decir, con la producción de subjetividades (Iñiguez, 2001, p. 210)

La idea básica de la teoría es que las personas se categorizan a sí mismas como pertenecientes a la vez a diferentes grupos o categorías sociales. Dicha pertenencia constituye parte de su auto concepto (la pertenencia será positiva o negativa en función de la valoración que el individuo haga del grupo, de ahí la importancia de la comparación social).

3.4.2. La teoría de la auto categorización

La Teoría de la auto categorización sostiene que las conductas sociales se articulan dentro de un continuo interpersonal-intergrupalo, según el cual en ocasiones nos comportamos en función de la pertenencia a un grupo, y en otras en función de nuestras preferencias individuales. Dónde nos situemos depende de dos factores: de la identificación del individuo con su grupo, y de las características específicas de la situación. Tajfel manifestaba que las teorías que explicaban el comportamiento de las personas en función de su situación en uno de estos dos polos no podían explicar cómo se comportaban cuando se encontraban en el otro. La TIS continuó su desarrollo con la teoría de la autocategorización o categorización del yo (Turner). Esta teoría trata de explicar cuál es el proceso que lleva a las personas a incluirse en una u otra categoría. La teoría de la categorización del yo pone su foco de atención en

cómo las personas son capaces de llegar a actuar como un grupo. Su hipótesis básica afirma que esto se consigue gracias a un cambio en el nivel de abstracción o inclusividad del auto concepto.

3.5 Análisis de la regulación jurídica del "género" en la legislación y jurisprudencia peruana

3.5.1. Definición

Debido a la importancia del género dentro de la investigación, conviene precisar sus principales aspectos, para luego analizar la regulación del mismo dentro de la legislación peruana. Siendo así, según lo afirma la doctrina, este “es la forma como la sociedad en que vivimos espera que debemos sentir, pensar, querer y hacer, según seamos hombres o seamos mujeres. Por ello son ideas que se aprenden en la casa, en la escuela, en el barrio, en el trabajo;”

(CEDAL - Centro de Derechos y Desarrollo, 2013, p. 9)

Además, se dice que “alude a las diferencias socialmente entre mujeres y hombres y que están basadas en sus diferencias biológicas” (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2017, p. 4) Evidentemente estas características asignadas a cada género están arraigadas en la sociedad, sobretodo en el caso peruano, pues el machismo aún se encuentra presente.

Ello ocasiona que haya brechas entre esos géneros. Ahora bien, vemos que el género está directamente relacionado con los sexos biológicos existentes en la actualidad, por lo que “se considera que existen dos géneros: el masculino y el femenino. Sin embargo, hay sociedades en donde se considera que además del femenino y el masculino existen otros géneros diferentes a estos dos”

(Ministerio de Salud, Argentina, 2016, p. 10) En esta definición se evidencia que además de los géneros que están unidos con el sexo femenino y

masculino, existen algunos nuevos géneros que se han ido creando con el transcurrir del tiempo, identificando a las personas con incongruencia de género, lesbianas, homosexuales, y demás, que buscan el reconocimiento de sus derechos y la no discriminación por su orientación.

Respecto a las personas con otra identidad de género, distinta al femenino o masculino, se dice que: “si la identidad de género de una persona no corresponde con su sexo biológico se dice que ellas son personas transgénero, transgénéricas o simplemente, trans. (...) existen otras clasificaciones o formas de nombrar a las personas trans, pero generalmente se considera que estas tres incluyen a las demás” (Ministerio de Salud, Argentina, 2016, p. 14)

Cabe precisar que, tal y como se ha mencionado anteriormente, las personas transgéneros en la actualidad son denominadas como con incongruencia de género, cambio que se generó debido a que se despatologizó a la transexualidad, retirándola de la Clasificación Internacional de las Enfermedades que elaborada la Organización Mundial de la Salud. El término transgénero “define a personas cuya identidad de género, expresión de género o conducta no se ajusta a aquella generalmente asociada con el sexo que se les asignó al nacer” (The American Psychological Association, 2011, p. 1) Entonces, el género se diferencia del sexo biológico, debido a que el primero hace referencia a un aspecto de la identidad, tal y como se ha mencionado anteriormente, mientras que el sexo es meramente un aspecto biológico que puede o no corresponder al estado real de la persona.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-24/17 define a la persona trans o transgénero como:

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 término 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 éste. 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 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pp. 17-18)

Como se evidencia existen diversos términos que contribuyen a denominar a la persona con incongruencia de género, pero no difiere el significado, y en todas las definiciones revisadas vemos que coinciden en la diferencia entre el sexo asignado al nacer y el género con el que posteriormente se sienten identificados. Esto genera que hayan situaciones de discriminación y otras que ponen en riesgo el adecuado reconocimiento de todos los derechos constitucionales que le corresponde.

3.5.2 El Derecho a la identidad de Género

Para poder entender este derecho, es necesario que primero se haga una referencia a la diferencia de concepto entre el sexo y el género, debido a que es parte importante de la investigación y del mismo derecho en sí. Según se

ha dicho el “La diferencia entre los conceptos sexo y género radica en que el primero se concibe como un hecho biológico y el segundo como una construcción social” (Naciones Unidas, 2013, p. 2) Entonces, se entiende que el género no necesariamente se encuentra determinado por el sexo biológico, sino que es una construcción para la sociedad, lo que pertenece a la personalidad de cada individuo, pues se relaciona con lo que es en esencia la persona.

Ahora bien, sobre el derecho en sí, se dice que:

La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta 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 técnicas médicas, quirúrgicas 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 (Naciones Unidas, 2013, p. 3)

Consideramos que la identidad de género como derecho, es fundamental para el desarrollo integral de la persona, debido a que es parte de su esfera interna y se experimenta de forma personal. En caso las expresiones de género que pueda tener el individuo no coincida con el sexo biológico, este puede optar por cualquiera de los procedimientos médicos actuales que en la actualidad pueden utilizarse para hacer el cambio físico conforme al género con el que se identifica. Cabe mencionar que esta es enteramente decisión del individuo y

no puede ser obligado por nadie, además el cambio quirúrgico es sometido a evaluación para poder determinar si no habrá posteriores arrepentimientos. También se ha dicho que “la identidad de género está íntimamente conectada con el «libre desarrollo de la personalidad», así como con el principio de igualdad y no discriminación.” (Salazar Benítez, 2015, p. 81) Debido a que pertenece a la privacidad del individuo, y es parte de las características personales que lo identifican como tal.

Es bien sabido que anteriormente se denominaba a las personas que no sentía una identificación con su sexo biológico, y actuaba conforme a los estereotipos del sexo contrario como transexual, sin embargo en la actualidad, la Organización Mundial de la Salud ha establecido que sean denominados como personas con incongruencia de género. Sin embargo, la doctrina aun se encuentran documentos en donde se le denomina como transexualidad, por ello se hace la aclaración, pues durante la investigación se utilizará el término actual, pero esto no limita la utilización de la doctrina existente aunque la denominación aún sea la anterior. Siendo así, “El objetivo es pues trasladar la transexualidad del ámbito médico y psiquiátrico al jurídico-constitucional de los derechos humanos y entenderla pues como una manifestación del «libre desarrollo de la personalidad», de la «autodeterminación consciente y responsable» a la que cada individuo tiene derecho.” (Salazar Benítez, 2015, p. 105)

3.5.3 El género en el Perú

En el caso peruano, el género aún se encuentra en desarrollo, debido a que no existe ninguna ley que proteja de forma eficiente a las personas pertenecientes a la comunidad denominada como LGTBI, vulnerándose así los derechos

humanos que permitirían su libre desarrollo y, por ende, su bienestar. Sin embargo, a pesar que el legislativo ha olvidado parcialmente este ámbito, existen intentos doctrinarios, un proyecto de ley y organizaciones que luchan para el adecuado reconocimiento de sus derechos.

3.5.3.1 Ámbito legislativo

Inicialmente, se debe mencionar el proyecto de Ley de Identidad de Género, que data del 15 de diciembre de 2016, buscando la desjudicialización del cambio de nombres y género en el DNI.

El referido Proyecto de Ley 00790/2016-CR propone regular principios, medidas y procedimientos que reconozcan determinados derechos de las personas, entre los que se han considerado los siguiente

1. Al reconocimiento de su identidad de género libremente manifestada.
2. Al libre desarrollo de su personalidad acorde a la identidad o expresión de género libremente manifestada sin sufrir presiones o discriminación por ello.
3. A ser tratado de conformidad a su identidad de género en los ámbitos públicos y privados y en particular a ser identificado y acceder a documentación acorde condicha identidad.
4. A que se respete su integridad física y psíquica así como sus opciones en relación a sus características sexuales y su vivencia de la identidad o expresión de género.
5. Garantizar el derecho de las personas transexuales a recibir de la Administración Pública una atención integral y adecuada a sus necesidades médicas, psicológicas, jurídicas, sociales, laborales,

culturales y del resto de derechos fundamentales que puedan ser reconocidos, en igualdad de trato con el resto de la ciudadanía.

6. A proteger el ejercicio efectivo de su libertad y sin discriminación en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, especialmente, en las siguientes esferas:
 - a. Empleo y trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, comprendiendo el acceso, promoción, condiciones de trabajo y la formación para el empleo público y privado.
 - b. Afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, deportivas, profesionales y de interés social o económico.
 - c. Educación, cultura y deporte.
 - d. Seguridad social.
 - e. Acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda

Como se evidencia todos estos derechos se encuentran enfocados a priorizar la libertad del individuo, enfocada en la identidad de género y a que sean tratados sin discriminación alguna en ningún tipo de ámbito social, sea dentro del centro laboral, o como afiliación política. Este respeto de sus derechos y de su integridad física y psíquica, es necesario en todas las sociedades, de ahí la evidente preocupación de los legisladores al intentar crear suficientes leyes para proteger a este sector de la población que muchas veces puede ser vulnerable debido a los posibles ataques sociales que puedan sufrir.

Este proyecto de ley, también ha definido la identidad de género como

la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Como se ha venido mencionando, la identidad de género no siempre responde al sexo biológico con el que el individuo nace, sino que esta la va construyendo con el transcurrir del tiempo y su desarrollo íntegro, de ahí que se incluyan aspectos como la vestimenta, cultura y demás que de alguna manera han influido en la forma de ser de la persona.

En efecto, aunque tradicionalmente se ha asumido que la identidad del individuo se define en base al sexo anatómico, esto no siempre es correcto, siendo preciso advertir que el desarrollo del concepto de género permite precisar mejor el objeto de protección del derecho a la identidad en su sentido amplio. La identidad de género, en tanto componente esencial del individuo, no se conforma solo a partir del hecho físico de la constitución biológica de la persona, sino que se completa, con otros elementos como los aspectos psicológicos, sociales o culturales de representación del género dentro de la sociedad.

Siendo así, consideramos que la identidad de género no es un derecho estático, sino que, todo lo contrario, pues puede ser modificado conforme a lo que el individuo considere, construyendo así una representación

social conforme a su esfera personal, identificándolo como tal, dejando de lado el ámbito biológico. Así, la vestimenta, los modales y los roles de género, comúnmente asignados a uno de los sexos de modo exclusivo, se han ido compartiendo o intercambiando con el otro sexo en el curso del tiempo; así como la expresión misma de masculinidad o femineidad ha ido variando según los valores que cada sociedad ha querido expresar en un momento determinado.

Cabe mencionar que este proyecto de ley se encuentra aun esperando la revisión del Congreso de la República, esto desde el año 2016, mientras que en el 2017 se llevó a cabo una audiencia pública que buscaba reforzar el pedido y la necesidad del debate de la respectiva ley. En el año 2018 se volvió a exigir y durante el tiempo transcurrido se han ido sumando más instituciones que buscan el reconocimiento de esta ley, como es el caso del Ministerio de Justicia, RENIEC, Defensoría del Pueblo, y demás. (García, 2019, párrs. 4-7)

La evolución y respectivo proyecto de ley sobre la identidad de género evidencia la necesidad social y actual del reconocimiento de los derechos básicos de las personas pertenecientes a la comunidad LGTBI, para que así se evita la vulneración y discriminación de este colectivo. Al respecto la Defensoría del Pueblo se ha manifestado a través de un oficio dirigido al Ministerio de Justicia y Derechos, en donde solicita se informe que medidas se han adoptado a raíz de lo dictado en el caso Azul Rojas Marín vs. Perú, caso en donde se encontró al Perú responsable de actos de tortura y discriminación contra una persona con incongruencia de género (Gestión, 2020, párr. 4)

Diferentes entidades emitieron su opinión respecto a este proyecto de ley, incluyendo a RENIEC, quien “emitió una opinión favorable con respecto al referido Proyecto de Ley para que las solicitudes de cambio de sexo y/o nombre presentadas por las personas trans puedan ser tramitadas en la vía administrativa” (Rodríguez Campos, 2018, p. 171)

De otro lado, la Defensoría del Pueblo, a través de su Informe de Adjuntía 001-2019-AAC-ADHPD, sobre el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado fuera del Perú, hace hincapié en lo señalado por el Comité DDHH, quien recomienda al estado peruano modificar la legislación para así evitar la discriminación a causa de la identidad de género y la orientación sexual; haciendo mención que: “la actuación de la entidad demandada constituye un acto lesivo que socaba el derecho a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad que gozan las parejas del mismo sexo, contrario a las disposiciones y decisiones provenientes del sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos, vinculantes para el Estado Peruano” (Defensoría del Pueblo, 2019, p. 9) Ello haciendo referencia a lo acaecido en el caso en concreto, exigiendo que se dé el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro país, pues debería tener la misma protección que cualquier otro tipo de matrimonio, sin ningún tipo de discriminación, mencionando también su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

3.5.3.2 Ámbito jurisprudencial

En el ámbito jurisprudencial, existe una reciente sentencia del Poder

Judicial que ordena a RENIEC la implementación de un procedimiento administrativo que permita el cambio de datos en el DNI para las personas con incongruencia de género e intersex, para que así puedan manifestar su identidad de género, ello a pesar que su regulación aún se encuentra en vías de ser establecida como ley. El Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Lima, emitió el día 30 de julio una sentencia “que reconoce la vulneración masiva de los derechos de las personas trans e intersex, debido a la inexistencia de un procedimiento administrativo que les permita cambiar los datos referidos a los nombres, al sexo y a la imagen en sus DNI.” (PROMSEX, 2020, párr. 2)

La sentencia recayó en el Exp. 8097-2018 sobre proceso de amparo, donde se solicitaba el cambio de los prenombrados y el sexo, debido a que el demandante nació con el sexo femenino en el departamento de Huánuco, habiendo vivido toda su niñez y adolescencia como una mujer, sin embargo, refiere nunca haberse sentido identificado con dicho sexo. Al llegar a su etapa universitaria, decidió vivir como un hombre, adoptando el nombre de Eidan Kaletb, pero siempre tuvo incertidumbre acerca de su género, por lo que se hizo exámenes médicos que arrojaron como diagnóstico “hipospadia”², condición que dada su diversidad corporal, no podía ser categorizado como hombre o mujer, pero debido al poco conocimiento de la partera y el sistema público, se le asignó el

² La Hipospadia es “una anomalía congénita que afecta a varones y se caracteriza típicamente por el desplazamiento proximal de la abertura uretral, la curvatura del pene y un prepucio con déficit trófico de la zona ventral y que muestra un aspecto de capucha dorsal” (Ministerio de Salud, 2020, p. 5)

género femenino a pesar de ser masculino. Siendo así, la asignación del sexo femenino y los prenombrados correspondientes a este sexo, han causado maltratos hacia su persona, además de sufrir de discriminación por la falta de coincidencia entre su apariencia y los datos del DNI. Por lo que, en el apartado 12.22 de dicha sentencia se indica lo siguiente:

12.22 En base a todo ello, queda verificado que la pretensión objeto de análisis debe ser amparada en su totalidad, debiendo el RENIEC implementar un procedimiento de cambio de nombre, sexo, e imagen que respete los siguientes PARÁMETROS MÍNIMOS establecidos en la OC N° 24/17:

- a. Estos procedimientos deben contemplar la posibilidad del cambio de nombre, sexo e imagen en los registros y documentos de identidad, debiendo precisarse que dentro de las clasificaciones del “sexo”, deberá admitirse una categoría adicional a masculino/femenino, esto conforme el fundamento 11.8 *supra*.
- b. Debe ser un trámite rápido, y si fuera posible gratuito.
- c. La iniciación de dicho trámite debe estar supeditado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, esto atendiendo a la naturaleza declarativa del procedimiento.
- d. No resulta admisible la exigencia de certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos puesto que la discrepancia entre la identidad de género y el sexo asignado al nacer no constituye una patología.
- e. No es exigible la presentación de antecedentes penales, policiales o judiciales, puesto que la armonización de la información que obra

en manos de la administra pública es responsabilidad del Estado.

f. Los procedimientos, y las rectificaciones realizadas a los registros y los documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, deben ser reservados por regla general, salvo expreso consentimiento de su publicidad por parte de la persona, y salvo circunstancias muy particulares. Este carácter reservado está referido a que tanto los procedimientos, como las rectificaciones realizadas a los registros y documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, no deben de ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento de identidad.

g. No se podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento.

Como se evidencia, la Corte fue clara en los términos bajo los cuales debe implementarse el procedimiento administrativo en RENIEC para el cambio de prenombrs y sexo, generando así un cambio importante para las personas pertenecientes a la comunidad LGTBI, pues significa un reconocimiento parcial de la identidad de género que ellos ostentan. Esperando que posteriormente se siga legislando y obteniendo mayor reconocimiento sobre este aspecto que se encuentra olvidado por los legisladores.

Siendo así, cabe mencionar que “La situación de falta de reconocimiento de su identidad, expone a las personas trans a la marginación y exclusión,

así como las denigra y somete a una constante humillación en un contexto cultural que no suele ser empático con su situación.” (Comisión Nacional contra la Discriminación, 2019, p. 26) Estas vejaciones a sus derechos fundamentales resultan ser una evidente consecuencia de la ausencia de una regulación adecuada del género en el Perú, pues si bien el derecho es dinámico y se encuentra en constante evolución, este vacío legal viene desde hace varios años y por lo tanto, requiere de mayor atención.

Anterior a la sentencia del proceso de amparo que logra la instauración de un procedimiento administrativo en RENIEC, se venían tramitando este tipo de casos en la vía judicial, ello en virtud del artículo 29 del Código Civil, teniendo un resultado de 138 demandas repartidas de la siguiente manera:

Sede Judicial	Cantidad
Amazonas	1
Arequipa	4
Ayacucho	2
Callao	1
Huánuco	2
Huaraz	49
Huaura	2
Ica	4
La Libertad	1
Lambayeque	9
Lima	52

San Martín	3
Santa	2
Tacna	2
Tumbes	1
Ucayali	3

Fuente: Procuraduría Pública de RENIEC citado por la Comisión Nacional contra la Discriminación, p. 25.

De la totalidad de procesos, según lo informado por RENIEC, únicamente 9 habrían concluido, 4 tendrían sentencias estimatorias, 1 improcedente y 1 infundada. Estos datos evidencian la incertidumbre que genera este tipo de procesos, pues en su mayoría no se alcanza el reconocimiento de sus derechos, y por ende, la discriminación y demás actos violentos que se pueden cometer contra esas personas siguen continuando, sin ningún tipo de ayuda del Estado por tutelar su bienestar. Además, sobre la sentencia que es materia de análisis en la presente investigación, la

CONACOD considera que la decisión del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 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 (Comisión Nacional contra la Discriminación, 2019, p. 27)

Entonces, el caso de la sentencia analizada en la investigación no es incompatible con lo expuesto en la sentencia emitida por el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Lima sobre

el procedimiento administrativo que debería incorporar RENIEC para el cambio de prenombrados y sexo.

Además, según la Constitución Política del Perú lo indica en su Cuarta Disposición Final y Transitoria sobre la interpretación de los derechos fundamentales, es necesario que las normas sobre estos derechos sean interpretadas además conforme la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales, lo que hace de aplicación supletoria lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-24/17, donde se lleva a cabo un análisis detallado de lo que es la identidad de género, la igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

Finalmente, cabe precisar que se ha hecho mención al caso más reciente y que genera un cambio significativo en lo que representa la identidad de género a nivel legislativo y jurisprudencial, pues en el siguiente capítulo se tratará la sentencia del Exp. 06040-2015-PA/TC, cuyos argumentos servirán para el respectivo análisis y corroboración de la hipótesis.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 06040-2015-PA/TC

Debido a la relevancia que tiene esta resolución para la investigación, es necesario llevar a cabo un análisis de la misma, para conocer a profundidad los hechos, argumentos y demás aspectos que interfirieron en el caso particular. La sentencia trata sobre el recurso de agravio constitucional interpuesto por Rodolfo Enrique Romero

Saldarriaga (quien se identifica como Ana Romero Saldarriaga) contra la resolución de fojas 313, de fecha 7 de agosto de 2015, expedida por la Sala Mixta Descentralizada, que revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que declaró a la pretensión sobre el cambio de nombre y, reformándola, lo declaró improcedente; en cuanto al otro extremo de la demanda, relacionado con el cambio de sexo, revocó la sentencia apelada que había declarado fundada la pretensión y, reformándola, lo declaró infundada.

4.1 Antecedentes

El día 15 de junio de 2012 Rodolfo Enrique interpuso demanda de amparo en contra del Registro Nacional de Identidad (en adelante RENIEC) y el Ministerio Público, solicitando el cambio de su nombre y sexo tanto en su DNI como en su partida de nacimiento, puesto que siempre se ha sentido e identificado como una mujer, a pesar de ser víctima de burlas y discriminación desde su niñez e incluso sus padres los maltrataban física y psicológicamente para que se comporte como un varón. Posteriormente al ser adolescente los cambios en su cuerpo fueron totalmente diferentes a lo que esperaba generándole depresión y hasta tuvo la idea de quitarse la vida.

Al concluir el colegio, según indicó, dejó crecer su cabello, comenzó a maquillarse y empezó a usar ropa de mujer, y decidió adoptar el nombre de Ana.

Posteriormente, viajó a España, donde se sometió a una cirugía de cambio de sexo además de tratamiento psicológico.

Sin embargo, al retornar al Perú, han continuado siendo discriminada pues su apariencia física y nombre adoptado son opuestos a sus datos personales consignados en su DNI y partida de nacimiento generando afectación a los derechos a la igualdad, a la salud, y al desarrollo de su libre personalidad.

De esta forma, una vez interpuesta la demanda de amparo, se presentaron algunas vicisitudes en cuanto al emplazamiento al Ministerio Público así como resolver la nulidad planteada por el RENIEC a fin de que sea tomada en consideración la Procuraduría Pública de dicha entidad a ello se adiciona que con un escrito posterior RENIEC interpone nuevamente el recurso de nulidad ante un supuesto error en el domicilio donde se le notificó, ante cada circunstancia suscitada el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín resolvió de forma adecuada los escritos presentados tanto por el Ministerio Público como por RENIEC a fin de asegurar la existencia de una relación jurídica procesal válida.

Ahora bien, llegado el momento de la emisión de la sentencia, el día 12 de agosto de 2014, el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, declaró fundada la demanda, fundamentándose en dos aspectos el primero, en cuanto a la vía procedimental del amparo, el juez la consideró idónea porque no existe una vía previamente establecida para dilucidar la pretensión planteada como es el cambio de nombre y de sexo; en segundo lugar, consideró que al existir una relación directa entre la identidad de las personas, el nombre y el sexo que se registran en el documento de identidad, es factible de que una persona pueda libremente elegir a que sexo pertenecer. Además, determinó que los derechos de la demandante tales como el derecho a la identidad personal, al libre desarrollo de su personalidad y a la dignidad humana han sido vulnerados, de modo que es viable que la accionante pueda realizar el cambio de sus datos sexuales registrables.

Posteriormente el día 25 de septiembre de 2014, RENIEC, planteó recurso de apelación, argumentando que es factible haber iniciado el proceso de cambio de prenombre y cambio de sexo mediante otra vía igualmente satisfactoria, además considera que la sentencia emitida es opuesta con la doctrina jurisprudencial, ya

que en ella se indica que teniendo en cuenta nuestra legislación nacional el cambio de sexo no es viable.

La Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, revocó la sentencia apelada y reformándola, resolvió que la pretensión de cambio de nombre no debió haberse realizado mediante el proceso de amparo, debido a la naturaleza de este, y respecto al cambio de nombre indicó que el Juez de Paz Letrado, es el competente para autorizar su variación.

Ante ello, la parte demandante interpone Recurso de Agravio Constitucional, sostuvo que el acudir a una vía diferente a la de amparo su pretensión no sería viable.

4.2 Fundamentos expuestos en la sentencia

4.2.1 Acerca de la doctrina de la Sentencia N°0139-2013-PA y el derecho a la tutela procesal efectiva

El Tribunal Constitucional estableció como doctrina jurisprudencial en la Sentencia N°0139-2013-PA, que la modificación del sexo en los documentos de identidad era inviable, en razón de que se consideraba que aquella persona que siendo biológicamente varón y quería ser mujer o viceversa se consideraba que dicha persona sufría de algún trastorno o una patología.

Por lo que, el caso presentado ante el TC llevó a someter a un nuevo debate sobre si es pertinente seguir considerando dicho criterio de forma invariable o cabría la posibilidad de ser modificado, teniendo en cuenta que labor jurisdiccional se halla en constante evolución y con ello la labor interpretativa, la cual debe ser actualizada a fin de garantizar la protección de la dignidad humana y el derecho de acceso a la justicia en el marco de un estado constitucional.

De esta forma, el Tribunal Constitucional considera que si el objetivo de la doctrina constitucional es orientar a la judicatura en la interpretación del derecho a la identidad personal en razón a las pretensiones de cambio de sexo en los documentos de identidad mediante el criterio establecido en la Sentencia N°0139-2013-PA resultaba de facto imposible de ser tramitado en el poder judicial. En razón los siguientes aspectos: i) No puede entenderse el transexualismo como una patología o enfermedad; y ii) existe la posibilidad de que, en ciertos casos, el derecho a la identidad personal faculte a un juez a reconocer el cambio de sexo.

Respecto al primer punto el TC realiza un análisis a la luz de fuentes científicas de prestigio como lo es la APA (American Psychological Association), quienes han superado la idea de considerar que el transexualismo sea un trastorno patológico y/o médico, en la misma dirección se encamina la Organización Mundial de la Salud e inclusive de acuerdo a la última versión sobre la Clasificación de trastornos sexuales y salud sexual, lo ubica como una disforia de género excluyéndola de ser una patología (CIE 11); e incluso las entidades internacionales como la ONU, así como por tribunales internacionales : sentencias de las Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han asumido el criterio de que el género encuentra protección en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al estar vinculado con el derecho a la vida, al principio de igualdad y no discriminación.

Y al realizar una interpretación sistemática de nuestra Constitución Política con el criterio esbozado halla cabida, en consecuencia, el TC dispuso dejar sin

efecto el criterio de que el transexualismo es una patología establecido en la Sentencia N°0139-2013-PA.

En relación al punto ii) la idea transmitida mediante la doctrina jurisprudencial es que el sexo de una persona se caracterizaba por ser un componente estático del derecho a la identidad, pues desde el punto de vista biológico cada persona nace con un sexo determinado y que por tanto no podía ser procedente la pretensión de variar el sexo en los documentos de identidad. Esta línea jurisprudencial limita la labor interpretativa de los jueces siendo inaccesible que este tipo de pretensiones sean dilucidadas.

Sin embargo, en el ámbito del derecho comparado, se plantea una perspectiva diferente, así tenemos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que sostiene que una persona es un ser no solo biológico, sino también psicológico y social aspectos que influirán en su identidad de género.

Al revisar la STC N°2273-2005, en el fundamento veintidós, señala que la sociedad va evolucionando y el derecho debe ir de la mano de esta forma lo que conlleva que ciertos conceptos puedan variar en sus significados.

De esta forma, en la actualidad podemos apreciar que la CIDH en los casos Karen Atala vs Chile; y Duque vs Colombia, en los cuales se dijo que el derecho a la identidad de género encuentra protección en el artículo 1.1 de la Convención Americana, bajo esta misma dirección la OEA recomienda a los Estados crear mecanismos de protección necesarios para evitar que la discriminación u otra forma de vulneración a los derechos humanos se vean afectados; entonces, como se aprecia el derecho a la identidad de género forma del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal.

En consecuencia, el TC decide dejar sin efecto el criterio asumido en la Sentencia N°0139-2013-PA, a fin de otorgar a los jueces la posibilidad de interpretar los alcances del derecho a la identidad personal en la vía ordinaria y consideren los alcances de la presente sentencia.

4.2.2 Variación de la doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia N°0139-2013-PA.

La consecuencia del cambio en la doctrina jurisprudencial abre las puertas para que aquellas personas que opten por modificar su sexo en sus documentos de identidad (DNI) puedan acceder al sistema judicial mediante la vía ordinaria (Art. 546.6 del Código Procesal Civil) a través de la cual será el juez quien determinará en base a la demanda presentada como los medios probatorios que la sustentan la procedencia o no de su pretensión.

Además, el TC indicó que aquellos procesos de amparo que se encuentren en trámite se reconduzcan a la vía regulada en el art. 546.6 CPC.

4.3. Análisis

4.3.1 Petitorio

El petitorio es una parte relevante de la demanda, la pretensión fue: la modificación de su nombre Rodolfo Romero Saldarriaga por el de Ana Romero Saldarriaga, así como la modificación de su sexo al de femenino; en razón de que se estarían vulnerando: el derecho al libre desarrollo de su personalidad, el derecho a la identidad personal y con ello la afectación a su dignidad.

Modificación que ha sido denegada en RENIEC, así como la falta de existencia de resolver este tipo de casos en la vía ordinaria judicial.

4.3.2 Procedencia de la demanda

4.3.2.1 Argumentos de la parte demandante

En el recurso de agravio constitucional, se cuestiona lo resuelto por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto, en cuanto a que no debió demandarse mediante el proceso de amparo sino mediante otras vías igualmente satisfactorias para demandar el cambio de nombre y de sexo de una persona transgénero³. Ante esto, la parte demandante argumenta que no se ha establecido en nuestra legislación vía alguna para demandar en especial el cambio de sexo en el DNI.

4.3.2.2 Argumentos de la parte demandada

En el escrito de apelación presentado por la parte demandada señala dos aspectos: El primero, sobre el cambio de la identidad sexual en el DNI debió conducirse la demanda mediante el proceso de conocimiento y además indica que teniendo cuenta la doctrina jurisprudencial existente dicha solicitud no es dable; y en cuanto al segundo aspecto, sobre el cambio de prenombrados debe llevarse a cabo mediante proceso no contencioso de rectificación de partida de nacimiento, en consecuencia la demanda interpuesta debe ser declarada improcedente.

4.3.2.3 Consideraciones del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional observó que el accionante no acudió a la vía administrativa ni a la vía judicial a fin de hacer valer su pretensión sobre cambio de nombre y sexo en los documentos de identidad.

³ Cabe precisar que este término aparece en la demanda, debido a que es anterior al cambio de denominación por “persona con incongruencia de género”

El Tribunal Constitucional hace referencia que al analizar el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional sobre la procedencia de acudir al amparo, que no solo es dable analizar la existencia de una vía igualmente satisfactoria o no para poder decidir si se inicia o no un proceso de amparo, sino que también es importante reflexionar si a través de la vía ordinaria o vía igualmente satisfactoria sería la más efectiva para obtener la protección anhelada.

Además, detalla de cuáles son los elementos que deben concurrir para determinar si nos encontramos frente a una vía igualmente satisfactoria a la del Amparo (precedente establecido en el fundamento 15 de la Sentencia N°02383-2013-PA/TC), así tenemos:

- Que la estructura del proceso sea idónea para la tutela del derecho;
- Que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada;
- Que no exista riesgo de que se produzca la irreparabilidad;
- Que no exista necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

Caso contrario, ante la ausencia de algunos de estos supuestos implica la habilitación de la vía constitucional para realizar un pronunciamiento de fondo.

El traer a colación el precedente indicado y contrastarlo con lo resuelto por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto en relación a que es factible presentar la demanda de cambio de sexo en los documentos de identidad a través de un proceso de conocimiento, es válido. Sin embargo, si tenemos en cuenta que hasta antes de la emisión de la presente sentencia resultó

posible haber considerado como la vía igualmente satisfactoria al proceso de conocimiento para resolver estos casos, pero en el desarrollo del proceso la demanda iba a ser declarada improcedente ante la existencia de la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia N°0139-2013-PA. No obstante, habiéndose ya superado los criterios de la sentencia indicada permite que este tipo de pretensiones sean vistas en la vía judicial ordinaria establecida en el artículo 546, inciso 6 del Código Procesal Civil

Y en relación al caso el Tribunal Constitucional, dispone que la parte demandante si lo considera conveniente pueda reconducirse a la vía del proceso de conocimiento debido a que en esta vía cuenta con mayor facultad de presentar medios probatorios.

En relación al segundo aspecto sobre el cambio de nombre (II) que se pronunció la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto, el TC realizar una clara precisión sobre la diferencia que existe entre cambio de nombre y rectificación de nombre, pues esta última significa corregir la existencia de algún error u omisión que se haya consignado al momento de elaborarse la partida de nacimiento, en tanto que, cambio de nombre significa la variación total de este ante fundamentados motivos que serán analizados por el juez; por lo tanto, el TC considera que lo indicado por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto no es pertinente sobre dicho extremo.

Finalmente, el TC, considera que es importante que la pretensión de cambio de nombre y modificación de sexo en el DNI, se lleve a cabo en el proceso sumarísimo, pues al determinarse que existe una vía igualmente satisfactoria, se dejó a salvo el derecho del demandante de recurrir a la vía judicial correspondiente, además, declaró fundada en parte la demanda al

haberse acreditado la vulneración del derecho de acceso a la justicia, y se dejó sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia N°0139-2013-PA.

4.4 Fundamentos individuales de los magistrados

4.4.1 Magistrada Ledesma Narváez

El análisis que llevó a cabo la magistrada, se basa en el artículo primero de la Constitución Política del Perú establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, cabe preguntarnos en el caso de los transexuales (denominadas actualmente como personas con incongruencia de género) como es que se aplica esta norma, aunado a ello, estamos en un Estado Constitucional de Derecho, por lo que es necesario dejar de considerarlas como personas trastornadas distintas a las “personas normales”, puesto que se ha superado la idea de concebir que las personas con incongruencia de género padecen de una enfermedad mental, y con ello la modificación de la doctrina jurisprudencial, que se constituye en el primer paso para dejar de lado los prejuicios históricos que han conllevado a la “subcategorización social de los derechos de las personas transexuales” (p.14), por lo tanto es el momento de generar con nuestras acciones aquella igualdad consagrada en la Constitución Política y aplicar e interpretar las normas con objetividad e imparcialidad.

La magistrada Ledesma estima que es necesario agregar las siguientes consideraciones:

4.4.1.1.Importancia de la interpretación evolutiva de la Constitución sobre los derechos de las personas con incongruencia de género

Interpretar las disposiciones constitucionales implica no solo considerar las formalidades establecidas en la Constitución sino también realizar una labor de interpretación más dinámica de ciertas cláusulas constitucionales, por ello el presente caso de Ana Romero Saldarriaga, nos conlleva a reflexionar ¿si todo este colectivo de personas transexuales tiene alguna protección por el Estado y que esta provenga de la Constitución?

Como apreciamos resulta vital realizar una adecuada interpretación de las disposiciones constitucionales, las cuales, al presentar un alto contenido valorativo, significa que al ir cambiando la sociedad al presentarse nuevos escenarios que no fueron abordados en los debates constituyentes, los operadores jurisdiccionales necesariamente otorguen el contenido al programa normativo con la finalidad de extender el haz de protección de la Constitución, dentro del marco del Estado Constitucional.

En cuanto a los tipos de interpretación existen tres opciones que pueden presentar cierta incompatibilidad:

4.4.1.1.1. Interpretación originalista

Significa tener presente el momento histórico en el que surgió la Constitución.

4.4.1.1.2. Interpretación semántica

Significa tener en cuenta los límites de la disposición constitucional y dentro de este marco actualizar mínimamente

el contenido de la Constitución en función a los cambios que se van presentando en la sociedad.

4.4.1.1.3. Interpretación constructivista

Implica actualizar ampliamente el programa normativo de la constitución, por ejemplo: Teniendo en cuenta el art.3 es factible generar nuevos derechos fundamentales.

Las dos últimas interpretaciones forman parte de la “Constitución viviente”, que permiten al intérprete constitucional recoger todos aquellos acontecimientos actuales y de esta forma analizarlos a la luz de los principios, disposiciones constitucionales a fin de verificar si dichos acontecimientos deben o no ser protegidos por nuestra carta magna.

A esta forma de interpretación se le ha denominado “interpretación evolutiva”, que ha sido difundida por el derecho constitucional comparado e internacional.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido, que es importante que determinados contenidos normativos de la Constitución vayan actualizándose y que determinados pronunciamientos emitidos por la corte en función a cambios sociales, culturales, políticos y económicos de determinada época en contraste con la actualidad necesariamente deben ser superados.

Uno de los debates actuales se halla relacionado con los derechos fundamentales de las personas con incongruencia de género, puesto que no fue debatido en el constituyente del año 1993, si dichas personas tienen derecho a la identidad y en específico a la identidad de género.

4.4.1.2.La obligación estatal de protección de las personas trans

La idea de democracia nos permite comprender que es importante la existencia de mecanismos de control al gobierno a fin de generar la libertad en igualdad de todas las personas en el ámbito de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Ello nos conlleva a otorgar la tutela debida aquellos grupos de vulnerabilidad cuyas circunstancias han ido manifestándose de diversas formas en el desarrollo de la sociedad, dentro de este grupo de personas hallamos: a los niños, a las mujeres, a los adultos mayores, a aquellas personas con discapacidad, a los pueblos indígenas.

Asimismo, a nivel constitucional hallamos una cláusula genérica respecto a que la discriminación no debe ser de “ninguna índole”, dicha expresión permite al intérprete constitucional la mejora de los derechos de aquellas personas que a lo largo del tiempo o por presentarse escenarios nuevos en la sociedad merecen que sus derechos sean reconocidos como tal por parte del Estado a fin de cerrar la brecha de desigualdad que impera en nuestros días.

Ahora bien, en relación al caso materia de análisis, las personas con incongruencia de género en el transcurrir de su desenvolvimiento en la sociedad perciben que su forma de pensar y sentir no es acorde a su sexo biológico, teniendo la necesidad de pertenecer y ser reconocidos socialmente la opción de pertenecer al sexo opuesto de su sexo biológico original.

En el ámbito internacional se emplea el término trans, para hacer referencia a la posibilidad de que en la construcción de la identidad de género de una persona pueda expresar su no conformidad con su sexo biológico. Cabe

mencionar que esta referencia se encuentra plasmada en este acápite por la magistrada, denominación que en la actualidad ha variado.

Y la siguiente expresión más exacta es utilizar el término “transexual”, hace referencia a la forma en que estas personas perciben su disconformidad de ser hombres o mujeres y optan por realizarse alguna intervención quirúrgica para hallar concordancia entre su percepción psicológica y su apariencia física.

Motivo por el cual según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Tribunal Europeo) muchas de estas personas se someten a intervenciones quirúrgicas con la finalidad de equiparar su naturaleza psicológica a sus características físicas, sin embargo, según el Tribunal Europeo considera que las personas transgénero se sometan o no a intervenciones quirúrgicas no es un factor indispensable para que se les reconozca como tal.

Como se aprecia la identidad de género, es un componente de la personalidad que no solo puede verse determinado por el aspecto biológico, sino que también se halla influido por aspectos psicológicos, sociales o culturales, cuya consolidación permite a las personas con incongruencia de género que su comportamiento y proyecto de vida se desarrolle de forma natural en la sociedad de acuerdo a la opción sexual elegida.

Para establecer con mayor claridad la diferencia entre sexo y género radica en que el sexo es un dato biológico, y el género es producto de la construcción social (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p .22).

La concepción de la identidad de género ha variado de ser un concepto estático a ser un concepto dinámico que influye en el libre desarrollo de la personalidad, por ello según la Magistrada Ledesma Narváez, ante estos nuevos cambios que se vienen dando en la actualidad en cuanto a la nueva forma de comprender qué es la identidad de género y el sexo de un ser humano a nivel del derecho comparado, ha conllevado a interpretar y actualizar la forma de protección que debe otorgar la Constitución y bajo dicha perspectiva se reconoce de forma implícita a ser reconocido el derecho a la identidad sexual desde un punto de vista dinámico.

Al haber comprendido, que las personas con incongruencia de género no son personas que padezcan de alguna enfermedad mental, sino que son seres humanos, que en el desarrollo de su vida debido a factores psicológicos, sociales y culturales expresan su decisión de pertenecer al sexo opuesto con el cual han nacido biológicamente, y empezar a realizar su proyecto de vida en concordancia con el sexo elegido voluntariamente.

Teniendo en cuenta lo descrito es necesario determinar las razones por las cuales los jueces estimen los mecanismos de protección necesarios para que este colectivo de personas pueda ejercer sus derechos como cualquier ciudadano más.

Al respecto hallamos las siguientes razones:

- Históricamente las personas transgénero son discriminadas hasta la actualidad, debiendo erradicarse el estigma de categorizarlas como personas con alguna enfermedad mental.

También se aprecia que son víctimas de acoso en los puestos de trabajo, al considerar que no es posible encontrar una concordancia entre su

apariencia física y el sexo consignado en el documento de identidad, también son discriminados en el acceso a la educación.

- Se ven privados de ejercer sus derechos políticos, por ejemplo, al ir a sufragar, el encargo del proceso electoral al verificar que no hay una concordancia entre la apariencia física de una persona con incongruencia de género y el sexo que indica en su DNI, se los acusa muchas veces de hallarse suplantando la identidad de un tercero.
- Se hallan expuestos a situaciones de constante violencia física, como en el caso de niños con incongruencia de género, así como las mujeres.

Motivo por el cual este grupo de personas debido a su alta vulnerabilidad en nuestra sociedad merecen recibir una adecuada tutela por parte del Estado, es decir una misma protección de sus derechos.

Todos los aspectos indicados justifican que el Tribunal Constitucional realice un reconocimiento de estas personas que se hallan implícitamente reconocidas en la Constitución, teniendo en cuenta la idea evolutiva de la identidad de género.

Posición que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido en cuenta con la finalidad de otorgar la protección debida a las personas con incongruencia de género en función a su identidad de género y orientación sexual.

En consecuencia, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la forma de entender las libertades y los derechos fundamentales que la Carta Magna reconoce ya sea de forma explícita o implícita debe guardar conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es factible concluir que la orientación sexual y la

identidad de género forma parte de la naturaleza humana y deben ser protegidos constitucionalmente, pues las personas con incongruencia de género forman parte de la diversidad de la naturaleza humana y poseen también dignidad que debe ser reconocida y protegida por el Estado.

Si bien es cierto como lo expresa la Comisión Interamericana, existen discrepancias en diversos países sobre el reconocimiento de los derechos de las personas con incongruencia de género, ello no debe alentar a seguir discriminándolos.

Por lo tanto, en función a una interpretación evolutiva de la Constitución, hallan sustento directo de protección tanto la orientación sexual como la identidad de género, debiendo dejarse de lado la concepción errónea que se tiene de las personas transexuales, a quienes se le reconoce los mismos derechos que a todos, realizando una protección reforzada en virtud del artículo 2 inciso 2 de la Constitución.

4.4.1.3 El mandato de no discriminación y el ejercicio de derechos fundamentales de las personas con incongruencia de género

La igualdad constituye un derecho fundamental y a la vez un principio constitucional establecido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, el cual surge como principio especial y como derecho subjetivo a no ser discriminado por razones de raza, sexo, idioma, condición económica o por algún motivo de “cualquier otra índole” que a nivel jurídico resulta de relevancia.

Para mayor abundamiento la STC 02437-2013-PA/TC, Fj. 6, nos explica que Si bien es cierto el derecho a la igualdad significa que en razón de las circunstancias no es factible otorgar un trato igualitario a todos, puesto que

existen situaciones especiales, cuya distinción no debe considerarse ofensiva, es decir que “debe otorgarse un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es” (p.28), por tanto se vulnera este derecho cuando se otorga un trato desigual ante situaciones esencialmente iguales (discriminación directa e indirecta) y cuando se brinda un trato igualitario frente a situaciones especiales diferentes (discriminación por indiferenciación) (p.28).

En el presente caso, observamos que el colectivo de personas con incongruencia de género, merecen una protección reforzada de acuerdo a lo estipulado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, pues vienen siendo discriminados e incluso con la doctrina constitucional anterior se les denegaba el acceso a la justicia y con ello el reconocimiento a sus derechos. Además, se precisa que no es una condición necesaria para el reconocimiento de los derechos de las personas con incongruencia de género que se sometan a intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo, puesto que ello es opcional a fin de no afectar el mandato de no discriminación.

Entonces, el modificar los datos personales respecto al nombre y el sexo de una persona en el documento de identidad marca el inicio de las obligaciones que debe desempeñar el Estado respecto a estos grupos minoritarios y puedan ejercer sus derechos (a las libertades fundamentales, derechos económicos y sociales) en condiciones de igualdad.

Gracias a este reconocimiento de derechos a las personas con incongruencia de género se debe aunar la implementación de políticas que viabilicen el reconocimiento, la redistribución y la participación de estos grupos de personas en la vida de la sociedad peruana de conformidad con el artículo 44 de la Constitución.

4.4.2 Fundamento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera

4.4.2.1 Anotaciones preliminares

El voto singular se caracteriza porque el magistrado desarrolla su propia perspectiva sobre la materia discutida frente al razonamiento emitido por la mayoría.

En relación al caso de Ana Romero Saldarriaga, el Magistrado Espinosa-Saldaña señala que efectivamente la doctrina jurisprudencial establecida en la STC-0132-2013-PA/TC ocasionaba la vulneración de derechos fundamentales de las personas transexuales y también ocasionaba que dicha doctrina al tener un efecto vinculante con la judicatura ordinaria impedía que no solo el TC acoja dichas pretensiones, sino que tampoco podían ser atendidas por la judicatura ordinaria.

Otro aspecto que considera no menor importante es el respecto a las pretensiones de cambio de nombre y cambio de sexo podrían ser resueltas por el TC mediante el presente proceso de Amparo.

4.4.2.2. Apuntes sobre los márgenes de acción del juez(a) constitucional y sus repercusiones en casos como estos

La labor que desempeña un juez o jueza constitucional tiene un gran impacto en la sociedad puesto que las decisiones que adopte en la resolución de controversias jurídicas se hallan relacionados con la interpretación del derecho en función a los derechos, es decir, que el juez realiza “labores de constitucionalización del derecho” (p.33) teniendo en cuenta los parámetros

constitucionales que serán aún más sólidos si estos emergen de una interpretación sistemática de la Constitución.

Dicha labor debe también trasladarse hacia la “constitucionalización de la política” con el objetivo de que la legislación existente no se sustraiga de ser revisada de acuerdo al ordenamiento jurídico en sede jurisdiccional. Esta importante labor como es la “constitucionalización de la política” habilita a que los jueces constitucionales puedan analizarlas, realizar sugerencias a fin de que no sean opuestas a lo establecido en la Constitución.

Además, es factible que con el desarrollo de sus labores promuevan la integración social, tales como: cohesión social, inclusión social, reconciliación social y de prevención social.

Por ello, las decisiones jurisdiccionales que emitan deben estar acorde con el ordenamiento jurídico constitucional que se va a interpretar, esto quiere decir que es válido que un juez, como todo ser humano, posea sus propias convicciones, pero ello no debe ser una limitación al momento de que realice sus labores, pues debe regirse por lo estipulado en el ordenamiento jurídico.

Lo indicado nos permite distinguir de aquellas limitaciones que deben ser observadas en el ejercicio de sus labores como son: “El carácter de autoridad del juez(a) constitucional, la naturaleza jurisdiccional de sus funciones, la Constitución que deben interpretar” (p.35).

4.4.2.3. Reflexiones sobre los alcances de los derechos invocados en este caso en particular, sin todavía entrar a la misma controversia planteada por Ana Romero Saldarriaga

La labor de interpretar que ejercen los jueces o juezas constitucionales se caracteriza por ser holística en cuanto a interpretar el ordenamiento jurídico, la vida política, social y económica de una sociedad conforme a la constitución, teniendo como fin esencial el reconocimiento y la tutela de derechos de las personas.

Los derechos invocados en el caso materia de análisis son: el derecho al nombre y a la identidad.

Pues bien, iniciemos el derecho a la identidad comprende dos acepciones: El primero hace referencia a aquello que identifica y caracteriza a una persona como ser únicos; y la segunda, es la proyección que una persona realiza sobre qué hacer con su existencia, es decir la forma en que decide construir su personalidad.

En relación con la identidad de género, según los principios del Yogyakarta, es considerado como la construcción personal que cada quien va formando según aspectos culturales y sociales, que puede generar que una persona opte por cambiar su identidad sexual ya sea de varón a mujer o viceversa, sin que ello implique que la identidad de género coincida con el sexo biológico. Esta decisión que han adoptado las personas con incongruencia de género debe ser respetada tanto por el Estado como por la sociedad.

Lo expuesto refleja que existe una clara diferencia entre la percepción que tiene la sociedad de una persona respecto de cómo se siente o identifica una persona, entonces el nombre que puede tener una persona puede reflejar el aspecto físico pero no lo que una persona quiere ser, como es el caso de los transexuales, por lo que imponerle un nombre a una persona y no reconocer

su forma de sentirse identificada con el género que ha elegido significaría una grave vulneración a sus derechos fundamentales.

Entonces al referirnos a la transexualidad, debe comprenderse como aquella elección de vida de cómo quiere ser reconocida una persona, en cuanto a pertenecer al sexo opuesto, sin que se exija que reciba un tratamiento hormonal o se realice alguna intervención quirúrgica.

El alcance de este derecho a la identidad debe incluir también a las personas transexuales, puesto que negarles este derecho significaría afectar su dignidad, el proyecto de vida que han planificado, oponiéndonos al Estado Constitucional y al derecho internacional.

Motivo por el cual es importante resaltar que la labor del juez o jueza constitucional debe tener como objetivo proteger los derechos de este colectivo a fin de superar alguna situación de discriminación o limitación en el ejercicio de sus derechos. De esta forma, una concepción restringida del derecho al nombre podría afectar el derecho a la identidad de género.

4.4.2.4. Alcances sobre la vía a seguir para la protección de los derechos a la identidad de género y al nombre, y, por ende, para la atención de pretensiones como las de cambio de nombre y cambio de sexo

La tutela de derechos fundamentales puede realizarse mediante la vía ordinaria ante el juez natural, así como también a través de procesos constitucionales de la libertad, asimismo el accionar de la administración debe contribuir con cada acto administrativo a garantizar la vigencia de los diversos derechos.

Al abordar el tema sobre el cambio de nombre que solicita Ana Romero Saldarriaga, la procedencia de dicha pretensión es una decisión que la

realiza el juez en base a los fundamentos debidamente acreditados en la demanda.

El Dr. Espinoza-Saldaña, considera que teniendo en cuenta la interpretación evolutiva resulta factible que se faculte a la Administración la resolución de determinados supuestos de cambio de nombre. Por lo que, exhorta a las autoridades competentes a fin de que se dicte la legislación correspondiente y de esta forma en sede administrativa se pueda absolverse algunos supuestos relacionados con el cambio de nombre.

En cuanto a la vía procesal pertinente, precisó que es factible acudir a ambas vías, es decir que “la existencia de una vía judicial ordinaria no invalida a recurrir con una pretensión de cambio de nombre a la vía del amparo, teniendo en cuenta previamente si en la pretensión a resolver concurren todos los elementos establecidos en el precedente “Elgo Ríos”.

Ahora bien, respecto a la tutela de la identidad de género y de cambio de sexo en el DNI, considera el magistrado que podría absolverse en sede administrativa, siempre y cuando se habilite dicha competencia a la administración mediante una sentencia del Tribunal Constitucional, por lo que exhorta a las autoridades competentes.

Al enmarcarnos en el ámbito de la judicatura ordinaria apreciamos en el Código Procesal Civil hallamos al proceso de conocimiento como aquella vía idónea para absolver estas pretensiones.

Finalmente concluye en lo siguiente:

- La pretensión planteada por Ana Romero Saldarriaga sobre cambio de nombre y de sexo en su DNI, es posible que se plantee en la vía

ordinaria o en la de amparo, pero siempre considerando de forma previa las reglas establecidas en el ya citado caso de “Elgo Ríos”.

- La STC N°0139-2013- PA/TC, se constituyó en una barrera para el acceso a la justicia de las personas con incongruencia de género, e incluso impidió que jueces y juezas ordinarios puedan resolver este tipo de pretensiones.

4.4.2.5. Parámetros recogidos por la STC 00139-2013-PA/TC como doctrina jurisprudencial y los márgenes de acción con que se cuenta al respecto en la aplicación o en el eventual apartamiento de dicha doctrina jurisprudencial

La doctrina jurisprudencial se halla conformada por aquellas interpretaciones de la Constitución realizadas por el Tribunal Constitucional ante procesos de su competencia.

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional peruano emitió STC N°00139-2004-PA/TC, respecto a un caso igual al que nos plantea Ana Romero Saldarriaga, el cual reflejó una grave afectación al derecho a una identidad de género, al impedir que las personas con incongruencia de género acudan a la vía de amparo o a medios ordinarios para tutelar sus derechos.

La STC 00139-2004-PA/TC al ser considerada como doctrina jurisprudencial, a través de la cual se dictan reglas de interpretación no supone que estas sean eternamente inmodificables. Sin embargo, al abordar un tema tan polémico como es el cambio de sexo en el documento de identidad ha generado diversas reacciones en la sociedad, desde cómo debe comprenderse la identidad de género, el perjuicio

existente en la sociedad y frente a ello la vulneración del derecho de acceso a la justicia.

Pues, en la sentencia indicada se centra en la idea de que el sexo es un elemento biológico, por tanto, no puede ser modificado por elección de la persona, criterio que como se explicó afectaría a las personas trans, pues se les privaría de su derecho a la identidad ya que no podrían consignar en su DNI, el sexo con el cual se sienten identificados.

Por tanto, el magistrado Saldaña-Espinoza coincide en que se deje sin efecto la doctrina jurisprudencial indicada en la STC 00139-2004-PA/TC; en cuanto a que se determine si en el caso materia de análisis hubo afectación a los derechos de la demandante, en consecuencia, se cuestiona el magistrado si pertinente que dicha situación sea revertida a través de un proceso de amparo o en la vía ordinaria.

4.4.2.6.El análisis de la controversia específica luego de dejarse sin efecto la doctrina jurisprudencial recogida en la STC 000139-2013-PA/TC

Teniendo en cuenta el caso de Ana Romero Saldarriaga, plantea en su demanda que la consignación del sexo masculino en su DNI afecta gravemente su derecho a la identidad, puesto que la construcción personal de Ana se identifica con el sexo femenino y el no permitirle realizar dicha modificación en su DNI se están afectando sus derechos. Entonces, teniendo en cuenta la pretensión planteada debemos diferenciar si se está reclamando una tutela diferenciada urgente propia del amparo, o es de tipo ordinaria que sería resuelta mediante un proceso de conocimiento.

La demandante alega que su caso debe ser resuelto mediante la vía del amparo, puesto que al no otorgarse la tutela oportuna puede verse afectado su derecho a la identidad ocasionándole un perjuicio irreparable. El Magistrado considera que la tutela urgente del derecho a la identidad alegada por la demandante pudo ser resuelto oportunamente en sede administrativa. Ahora bien, es vital considerar el accionar que debe desplegar la administración en el ámbito de un Estado Constitucional, y que el principio de legalidad no sea una limitación para atender aquellas solicitudes de los ciudadanos respecto al ejercicio de derechos que se tienen y de esta forma no generar mayor dilación del tiempo en perjuicio del administrado.

Sin embargo, al no estar prevista la posibilidad expuesta en el ámbito administrativo se debe absolver si la pretensión planteada por Ana Romero Saldarriaga sobre el cambio de nombre y de sexo en su DNI, puede ser resuelta mediante vía de amparo o la vía ordinaria judicial. Personalmente considera el magistrado, que se hubiese resuelto dicha pretensión mediante el proceso de amparo, sin embargo, la decisión del colegiado fue que la demandante recurra a la vía ordinaria, no obstante, ello no desdice que la demandante no tenga los derechos que reclama.

4.4.2.7. Apreciaciones finales

- La labor que desempeña un juez o una jueza constitucional es compleja y a la vez de gran responsabilidad pues no solo debe verificar que el ordenamiento jurídico vaya en contra de los estipulado en la constitución sino que también le atañe analizar las políticas

emitidas guarden armonía con las disposiciones constitucionales e incluso son actores que promueven la inclusión social, la promoción del pluralismo, tanto a nivel político, como social y cultural mediante la interpretación de la constitución teniendo en cuenta la interpretación evolutiva que permite actualizar el contenido normativo de nuestra carta magna y otorgar el reconocimiento así como la tutela debida de los derechos fundamentales.

- Teniendo en cuenta que el respeto a la dignidad de la persona es el fin supremo del Estado, no puede negarse el derecho a la identidad de género de las personas transexuales.
- Ante el supuesto que la autoridad competente no cumpla con su función, y la afectación a algún derecho fundamental pueda generar un perjuicio irreparable, corresponderá al juez o jueza constitucional otorgar la protección debida.

4.4.3 VOTO DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI, BLUME FORTINI Y SARDÓN DE TABOADA

Los Magistrados que suscriben el presente voto singular manifiestan su disconformidad con lo emitido en la presente sentencia y consideran que debe mantenerse vigente la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA/TC, en base a las siguientes razones:

- i. En un primer momento la demanda de amparo debió declararse improcedente por razón de incompetencia territorial, pues fue conocida por el Juez del Juzgado Especializado en lo Civil de Tarapoto.
- ii. Discrepan totalmente que se deje sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA/TC, puesto que los magistrados

estarían cayendo en grave error, pues no se ha establecido que la razón de ser de dicha sentencia es que el TC haya considerado que la transexualidad sea una patología, toda vez que si se verifica es la Organización Mundial de la Salud que la define como tal y que sus colegas se hallarían especulando sobre el particular en razón a pronunciamientos futuros de la OMS, sin que haya algo concreto sobre lo que alegan.

- iii. Se ha interpretado que la forma en cómo se siente un transexual es decir como varón o mujer es la que debe prevalecer, es decir el sexo psíquico antes que el sexo biológico, entonces si ello debe prevalecer legalmente le correspondería al Congreso de la República determinarlo.
- iv. Existe un error en la traducción e interpretación del pronunciamiento efectuado por Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la cual sustentarían su decisión, puesto que no es realmente lo que refieren sus colegas del TC.
- v. La decisión adoptada por la presente sentencia genera consecuencias graves contra el TC, al responsabilizarlo de afectar el derecho de acceso a la justicia cuando estableció como doctrina jurisprudencial que el sexo biológico determina la identidad de la persona, sin tener en cuenta que dar cabida a un proceso de amparo contra las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, a partir de la fecha ya no exista cosa juzgada y los procesos no tengan fin.
- vi. No existe alguna normativa tanto a nivel nacional como internacional que obligue al Estado Peruano, que en razón del derecho a la identidad de género se opte por modificar el sexo consignado en el registro civil.

vii. Las sentencias emitidas de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos en los casos *Atala vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*, que hacen referencia la mayoría de magistrados, no se ha discutido pedidos de cambio de sexo en los registros civiles.

viii. Los magistrados en su mayoría consideran que el proceso sumarísimo establecido en el Código Procesal Civil es una vía igualmente satisfactoria para tutelar el cambio de sexo en el registro civil, sin considerar que es necesario que respecto a estas pretensiones el juez tenga certeza de lo solicitado.

ix. Respecto al cambio de nombre en el registro civil, los magistrados que suscriben el presente voto singular manifiestan su conformidad en que debe declararse improcedente.

4.4.3.1. Sobre la incompetencia territorial del juez

El 15 de junio de 2012, mediante una demanda de amparo Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga solicitó el cambio de su nombre y sexo en su DNI, alegando que desde su niñez ha sentido que es una mujer, entonces al haberse siempre sentido como mujer, porqué de un momento a otro requiere tutela urgente de acudir de forma directa a la vía constitucional.

Desde el momento en que el demandante interpuso su escrito de demanda, no acudió a las vías previas, sino que de forma premeditada probablemente la dirigió hacia un juez ad hoc, contraviniendo lo establecido en el artículo 51 del Código Procesal Constitucional.

Además, no puede alegar que se afectó su derecho de no acceder su solicitud de cambio de nombre puesto que nunca lo solicitó ante RENIEC, optó por presentarla ante Un juez de Tarapoto, San Martín. Además, en su DNI consigna que su domicilio está ubicado en Francia no en San Martín, puesto que, al haber tenido su domicilio en España debido a la crisis europea, solo indicando que vive en Francia podía recibir beneficios laborales.

Debió tenerse en cuenta que el DNI es considerado como el documento pertinente para acreditar el domicilio.

Además, la razón por la cual presentó su demanda ante el juez de Tarapoto, se debió a que en una oportunidad dicho juez amparó en primera instancia una petición como la solicitada por el demandante.

Por lo que, en aplicación del artículo 51, los magistrados debieron ponderar la conducta temeraria del demandante.

4.4.3.2. Cuestión previa

La mayor parte de magistrados consideraron que presuntamente se afectó el derecho de acceso a la justicia al demandante, por lo que, dejaron sin efecto una sólida doctrina jurisprudencial fijada por la STC 0139-2013-PA/TC, y de forma indirecta se pronunciaron sobre el pedido de cambio de sexo, posición con la cual no concordamos.

4.4.3.3. Refutación de las erradas apreciaciones formuladas en la sentencia sobre la doctrina jurisprudencial fijada por la STC 0139-2013-PA/TC

El primer fundamento de la STC 0139-2013-PA/TC, estableció que el sexo era un elemento que no se podía modificar, y por lo tanto, no era posible solicitar su modificación los documentos de identidad. Además, se vinculó con la idea de que cualquier alteración de la identidad en base a dicho criterio debía ser comprendido como una patología.

El Tribunal ha comprendido de forma errónea lo establecido en la doctrina jurisprudencial dejada sin efecto, y se ha fundamentado en un cambio a futuro que adoptará la OMS sobre la clasificación de la transexualidad como disforia de género, pero actualmente aún es considerada como una patología.

Asimismo, mediante esta nueva sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, se permitirá que los órganos judiciales otorguen la protección debida al derecho a la identidad y a la personalidad jurídica de las personas transexuales, pues según lo establecido se ha eliminado todo impedimento al acceso a la justicia de las causas aludidas; por lo tanto, resulta factible la modificación del cambio de sexo en el DNI.

Según el presente voto singular, en esta nueva sentencia se han combinado dos puntos distintos de la doctrina jurisprudencial de la STC 0139-2013-PA/TC:

- i. La doctrina sobre la inmutabilidad del sexo biológico, como elemento no modificable de la identidad de la persona.
- ii. El hecho de atribuir al Tribunal Constitucional que fue quien catalogó a la transexualidad como una patología, sin haber analizado que el TC se basó en la clasificación existente sobre trastornos de la

personalidad y del comportamiento donde se encuentra ubicado el transexualismo.

Respecto al punto a) se estableció como doctrina jurisprudencial (STC 0139-2013-PA/TC), que el sexo se halla determinado desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que va a determinar el sexo femenino o masculino, por ello en razón a “la naturaleza de las cosas” (artículo 103 de la Constitución) y en razón a que el sexo cromosómico no puede ser modificado por la persona. Además, el sexo (femenino o masculino) le otorga individualización a una persona.

Teniendo en cuenta lo señalado referente a la indisponibilidad del sexo biológico como elemento del derecho a la identidad, la doctrina jurisprudencial señalaba los casos en que ese sexo podía variar en el registro civil:

- Cuando hubiese algún error al momento de la inscripción en el registro civil.
- Ante casos de hermafroditismo, aportando exámenes médicos correspondientes.

Una vez comprendida la doctrina jurisprudencial en la STC 0139-2013-PA/TC, es necesario analizar el caso de Ana Romero Saldarriaga, bajo la luz de dicha doctrina.

En el presente caso no ha demostrado la demandante encontrarse en alguno de los supuestos descritos, para que pueda proceder su pretensión de cambio de sexo en el registro civil, pues de la demanda y medios probatorios presentados no acreditó ser cromosómica, hormonal, gonádica o morfológicamente correspondiente al sexo femenino (p.52).

El demandante solicita el cambio de su sexo debido a razones psicológicas, porque sentía que se identificaba con el sexo femenino desde su niñez, y que posteriormente al realizarse una evaluación psicológica se le diagnosticó disforia de género, es decir que biológicamente es un hombre pero su conducta es el de una mujer, y que para poder superar dicha patología debía someterse a una intervención quirúrgica de cambio de genitales externos, además de los informes médicos realizados en España indican que padece de un trastorno de identidad sexual.

Por tanto, al valorar las pruebas aportadas en su escrito de demanda se acredita que no nos encontramos ante un caso de intersexualidad o hermafroditismo que haya ocasionado algún error al momento de ser inscrito en los registros civiles, lo que si se aprecia es que “existe una incongruencia entre el aspecto orgánico y el psicológico” (fundamento 12, STC 0139-2013-PA/TC).

De lo expuesto, se concluye que: La STC 0139-2013-PA/TC, estableció como doctrina jurisprudencial que el sexo se determina en función a la naturaleza biológica del ser humano y que efectivamente forma parte de la identidad personal y desde esa concepción científica y en base a lo establecido por la OMS no puede ser modificado.

Por ello, es que no resulta comprensible que en la presente sentencia la mayoría de magistrados alegue en el fundamento nueve que “el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género no como una patología”, cuando se ha verificado de los medios probatorios

presentados que en los diagnósticos realizados por los médicos le determinaron trastorno de sexualidad.

Confundiendo de esta forma lo indicado en la STC 0139-2013-PA/TC, pues en ningún momento estableció como doctrina jurisprudencial que las personas con incongruencia de género padezcan de una patología.

4.4.3.4. Comentarios adicionales sobre los errores en la sentencia al dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial fijada por la STC 0139-2013-PA/TC

La definición que se tiene sobre el concepto de sexo y género nos conlleva a una discusión filosófica- jurídica sobre los acuerdos que se tomen entre biología y derecho, entre la naturaleza y la cultura, se constituye en un debate abierto entre dos posturas como se aprecia del presente caso:

- La primera postura que considera que el sexo de un ser humano lo determinan los cromosomas a nivel biológico, existiendo el sexo femenino y el masculino, sin embargo, pueden presentarse algunas alteraciones en el cariotipo humano que se manifiestan en la intersexualidad o hermafroditismo. Por tanto, en razón a la naturaleza biológica de una persona, nadie por ejemplo puede por su propia voluntad formar sus células, sus tejidos, estos forman parte de la naturaleza propia del cuerpo humano.
- La segunda postura alega que al referirnos al sexo de una persona como masculino o femenino, no es determinante el sexo biológico para que una persona sea varón o mujer, sino que el sexo es una construcción personal que puede ser influenciada por aspectos

culturales, sociales, y que una persona es libre de optar por identificarse con el sexo opuesto al que pertenece, es decir si es varón, pero se siente como mujer, entonces debe optar por el sexo femenino y viceversa.

De acuerdo al presente voto singular, se cometería un grave error al modificar el actual modelo en el cual el sexo registral se condice con la biología, para adoptar una afirmación que aún está en discusión.

Otro aspecto bajo comentario es el hecho de que la reciente sentencia emitida, tenga como fundamento el párrafo 91 de la sentencia emitida el 11 de julio de 2020 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Christine Goodwin vs. Reino Unido, en el cual se afirmarían que realizar la modificación del sexo de una persona en los registros civiles no implicaría afectación alguna en el ámbito del derecho de sucesiones, laboral y penal.

Sin embargo, al leer el párrafo original de la sentencia indicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dice que el realizar este tipo de cambios en el registro civil no subestima las repercusiones que pueda generar en el ámbito del derecho de familia, del empleo, la herencia, la seguridad social y los seguros.

Al encontrarnos ante una inadecuada traducción de dicha sentencia los magistrados que han emitido el presente voto manifiestan su malestar.

Otro aspecto que debe conducir al análisis es aquel consenso fijado en relación a que el cambio de sexo debe solicitarse judicialmente en el proceso sumarísimo. Pues no se ha observado que el proceder de los magistrados contravendría el principio constitucional de separación de

poderes (art.43 de la Constitución) y el principio de corrección funcional, pues dichas afirmaciones corresponden al Congreso de la República.

Y sobre las consecuencias que surgirían como:

- i. Se abre la posibilidad de que las personas con incongruencia de género contraigan matrimonio, pues a pesar de que legalmente estarían contrayendo matrimonio de dos personas heterosexuales, biológicamente se estaría permitiendo el matrimonio de dos personas del mismo sexo. Y en caso no se permitiese dicho matrimonio se alegaría que son discriminados.
- ii. Se tendría que establecer una edad mínima para que personalmente o mediante la representación de sus padres para solicitar el cambio de sexo en el registro civil.
- iii. Se debería definir se es necesario o no que una persona con incongruencia de género se realice de forma previa alguna cirugía.
- iv. Se deberá precisar si es necesario que se presenten informes médicos o psicológicos que diagnostiquen el trastorno sexual.
- v. Se debería exigir un periodo mínimo de tiempo para que dicha persona que solicite el cambio de sexo, reciba algún tratamiento médico sobre la forma en cómo se sentirá con el sexo que haya optado.
- vi. Se tendría que determinar desde que momento los efectos del cambio de sexo se considerarían legalmente.
- vii. Se afectaría en el ámbito del derecho de familia, pues un niño tendría dos padres o dos madres, incidiendo en el régimen de la patria de potestad.

Finalmente concluye el presente apartado del voto singular haciendo referencia de que al afirmar que el sexo de una persona lo determina la biología del ser humano, ello no genera que se reduzca la existencia humana en función de dicho aspecto, pues recordemos que cada ser humano es una unidad psicológica, biológica, social y espiritual.

4.4.3.5. ¿Puede el Tribunal Constitucional afectar el derecho de acceso a la justicia con su doctrina jurisprudencial?

Lo que llama la atención es que la mayor parte de magistrados haya afirmado que mediante la STC 0139-2013-PA/TC, el mismo Tribunal Constitucional haya vulnerado el derecho fundamental de acceso a la justicia, hasta el extremo de declarar fundada la demanda por afectación a dicho derecho.

Ello traerá como consecuencia que se presenten diversos procesos de amparo contra las sentencias del TC además se ha afectado la imagen de dicha institución al ser presentado como vulnerador de derechos.

4.4.3.6. Sobre el derecho a la identidad de Género

Se hace alusión a la supuesta vulneración al derecho a la identidad de género como motivo para que se cambie el sexo en el registro civil además a pesar de la no existencia de jurisprudencia alguna de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que obligue al Estado Peruano a adoptar dicha pretensión.

Además, se puede apreciar en la sentencia que cita los casos Karen Atala vs. Chile, y Duque vs. Colombia, no hacen referencia al cambio de sexo

en los registros civiles de sus Estados, por lo que no guarda coherencia el hacerlos mención.

Asimismo, es importante hacer referencia que, al no variar el sexo en el registro civil, no afectando la forma en cómo se identifican las personas con incongruencia de género, pues en ningún momento se ha prohibido que asuman aquellos patrones convencionales con los cuales se identifiquen.

4.4.3.7. Sobre la tutela del derecho a la identidad de las personas con incongruencia de género

Las personas con incongruencia de género al no sentirse identificadas con su sexo biológico, no significa que no se proteja su dignidad humana, pues tengamos presente que estos colectivos de personas merecen la tutela de sus derechos y que se respete su dignidad como seres humanos que son, como fin esencial de un Estado Constitucional.

4.4.3.8. ¿Es el proceso sumarísimo la vía igualmente satisfactoria?

La sentencia indica que mediante el proceso sumarísimo (artículo 546.6 del Código Procesal Civil) se deben resolver las pretensiones de cambio de sexo.

No obstante, mediante esta vía solo se está indicando al juez que autorice si lo considera conveniente la procedencia de la pretensión planteada y al no establecerse las pautas de cómo evaluar dicha pretensión se deja a elección del magistrado dicha posibilidad, poniendo en riesgo la seguridad jurídica.

Pero, adicional a lo anterior, los magistrados del presente voto singular, la sentencia se ha equivocado al elegir a este tipo de proceso como la vía igualmente satisfactoria para solicitar el cambio de sexo en el registro civil, en razón a los siguiente:

- a. Con la emisión de la presente sentencia se retira al juez la facultad que le otorga la ley, para ordenarle que tramite mediante la vía sumarísima los pedidos de cambio de sexo registral.
- b. Se resolverá dichas pretensiones dentro de un tipo de proceso que requiere la mínima cantidad de medios probatorios.

En base a lo expuesto, los magistrados consideran que no es idóneo que se analicen dichas controversias en el ámbito de un proceso sumarísimo.

4.4.3.9. Análisis de la Controversia

Sobre el derecho a la identidad en relación al cambio de sexo

Respecto a los antecedentes se aprecia que los argumentos del demandante son de tipo psicológico en su totalidad, así como los medios probatorios que adjunta, que en su mayor parte son informes médicos y pruebas psicológicas realizadas en el extranjero en donde se indica que la demandante presenta una obsesión la idea de llegar a ser mujer, por lo que, ha recibido un también apoyo psicoterapéutico después de su intervención quirúrgica.

En consecuencia, el presente caso es totalmente igual al resuelto en la STC 00139-2013-PA/TC, por lo que, aplicando la doctrina jurisprudencial la demanda debió ser declarada improcedente.

Sobre el derecho a la identidad en relación al cambio de nombre

De conformidad a la línea jurisprudencial existente la solicitud de cambio de nombre en el registro civil encuentra sustento en el derecho a la identidad.

Además, al existir una vía judicial igualmente satisfactoria en la cual debe resolverse, resulta la demanda de amparo improcedente en dicho extremo.

La sentencia en mayoría indica que la vía judicial igualmente satisfactoria es el proceso sumarísimo, a diferencia que el demandado indica que es el proceso no contencioso de rectificación de partida de nacimiento.

Y los magistrados que suscriben el presente voto singular, consideran que es el juez quien determinará el proceso que va a emplear.

Finalmente concluyen que la demanda debe ser declarada IMPROCEDENTE en todos sus extremos y debe mantenerse la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA/TC.

CAPÍTULO V

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

5.1 Tipo de investigación

La investigación es *básica*, la misma que puede definirse como:

La primera es la investigación básica –también conocida como investigación fundamental, exacta o investigación pura–, que se ocupa del objeto de estudio sin considerar una aplicación inmediata, pero teniendo en cuenta que, a partir

de sus resultados y descubrimientos, pueden surgir nuevos productos y avances científicos (Vargas Cordero, 2009, p. 159).

Siendo así, se tiene que la investigación que se buscó la aplicación inmediata a la realidad jurídica, sino únicamente se buscó llevar a cabo una investigación a nivel doctrinario, para que así los resultados obtenidos sean de provecho para considerar los criterios que debe tener en consideración el magistrado en los casos de cambio de nombre y sexo de las personas con incongruencia de género.

5.2. Diseño de la investigación

El diseño de la investigación es *no experimental*, el cual según la doctrina es: “*aquella que se realiza sin manipular deliberadamente variables. (...) Lo que hacemos en la investigación no experimental es observar fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos*” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, y Baptista Lucio, 2010, p. 74). Por lo tanto, en la investigación no se manipularon variables, sino únicamente se observó que criterios jurisdiccionales pueden ser útiles para interpretar el derecho a la identidad de las personas con incongruencia de género.

5.3 Área de investigación

La metodología que se utilizará en la investigación, se centra principalmente en el uso de la doctrina y en el estudio de sentencias y casos sobre el derecho constitucional a la identidad. Para ello, será necesario acudir a la observación documental, la cual permitió la revisión de revistas, libros y demás documentos que sirvieron para la comprensión de las dimensiones que engloba este derecho fundamental. De otro lado, se utilizaron los métodos de hermenéutica y dogmática jurídica, los cuales sirvieron para una mejor interpretación no sólo de la ley

constitucional que regula el derecho fundamental a la identidad, sino también la doctrina que se recoja al respecto. De lo recopilado, se obtuvieron datos de relevancia para la investigación, pues se pudo evidenciar recopilar la información sobre los criterios que deben tener en cuenta los magistrados al momento de evaluar los casos de cambio de nombre y sexo de las personas con incongruencia de género.

5.4. Aspectos generales

5.4.1. Enfoque

En la investigación se aplicó el enfoque *cualitativo*, el cual se encuentra definido como aquella “investigación que produce datos descriptivos: las propias palabras de las personas, habladas o escritas, y la conducta observable” (Quecedo & Castaño, 2002, p. 7)

Siendo así, la investigación es cualitativa, porque se trata de un procedimiento más interpretativo, utilizando un método de razonamiento para poder analizar la situación de las personas con incongruencia de género en el Perú y proponer criterios específicos para la interpretación del derecho a la identidad.

5.4.2. Diseño

El diseño de la investigación es no experimental, el cual según la doctrina es: “*aquella que se realiza sin manipular deliberadamente variables. (...) Lo que hacemos en la investigación no experimental es observar fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos*” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, y Baptista Lucio, 2010, p. 74). Por lo tanto, en la investigación no se manipularon variables, sino únicamente se observó la vulneración del derecho a la identidad a las personas con incongruencia de género y cuales serían los criterios que los magistrados podrían asumir para la adecuada interpretación de este derecho.

5.4.3 Dimensión temporal y espacial

La dimensión temporal de la investigación se encuentra determinada por el año en que se dictó la sentencia del tribunal Constitucional, sobre el caso de Ana Romero Saldarriaga, recaída en el expediente N°06040-2015-PA/TC, es decir el año 2016.

En cuanto a la dimensión espacial, esta se encuentra determinada por el territorio donde se realizará la investigación, siendo este el distrito, provincia y departamento de Cajamarca.

5.4.4 Unidad de análisis, universo y muestra

La unidad de análisis se encuentra representada por la sentencia recaída en el expediente N° 06040 – 2015 – PA/TC, sobre el cual se llevó a cabo el análisis y posterior comprobación de la hipótesis planteada, incluyendo los votos discordantes emitidos por los magistrados del Tribunal Constitucional.

El universo y la muestra, también se encuentran determinados por la sentencia del expediente N° 06040 – 2015 – PA/TC.

5.5.Métodos

5.5.1. Dogmática Jurídica

Se utilizó la dogmática jurídica en la investigación para el análisis de la doctrina y de los casos, entendiéndose que esta es:

es posible definir “dogmática jurídica” como la actividad realizada por los estudiosos del derecho que tiene como objetivo establecer la calificación deóntica que, en un determinado sistema jurídico, se atribuye a tipos de acciones (casos genéricos) –pero en algunas ocasiones también a conductas concretas (casos individuales)– y al que el sistema jurídico de referencia no reconoce algún valor en

ningún procedimiento jurídico. Es decir, la actividad –pero también su método y resultado– que pretende precisar la consecuencia jurídica que un ordenamiento jurídico vigente asocia a un determinado tipo de comportamiento (Núñez Vaquero, 2014, p. 247)

La dogmática fue de utilidad para el adecuado análisis de la doctrina y las leyes referentes a los derechos constitucionales de las personas con incongruencia de género que vienen siendo lesionados al no reconocérselos adecuadamente dentro de la sociedad.

5.5.2. Hermenéutica jurídica

Se utiliza la hermenéutica jurídica porque en el desarrollo de esta investigación interpretaremos los textos legales entendiéndose que esta es: “El arte, ciencia de interpretar los textos legales.” (Cabanellas, 1962, p. 300). Este método contribuyó en la investigación para un mejor análisis de los derechos constitucionales involucrados y que vienen siendo lesionados constantemente a las personas con incongruencia de género.

5.6. Técnicas de investigación

5.6.1. Observación documental

Esta técnica sirvió para la recopilación de información para enunciar las teorías que sustentan la investigación, además para la revisión de libros y revistas que versen sobre el derecho a la identidad y las dimensiones que se deben considerar dentro de este, para asegurar que existe una adecuada protección de este derecho.

5.7. Instrumentos

5.7.1. Fichas bibliográficas

Las fichas se encuentran destinadas a ordenar de mejor forma la información recopilada sobre el derecho a la identidad y su contenido, contribuyendo a la mejor comprensión de este derecho.

5.7.2. Técnicas de procesamiento de datos

Como técnica de procesamiento de datos se utilizarán los cuadros de Excel, para así concatenar la información recopilada.

5.7.3. Limitaciones de la investigación

Las limitaciones de la investigación se encontraron principalmente en el análisis y resumen de la sentencia a analizar, debido a su extensión.

5.8. Aspectos éticos de la investigación

La investigación no vulnera los derechos fundamentales de las personas sino los defiende buscando lograr la igualdad entre las personas.

El trabajo realizado no es plagio ya que se ha citado debidamente a los autores.

CAPÍTULO VI

DISCUSIÓN Y RESULTADOS

En este acápite se discutirán los criterios que los magistrados deben considerar para evaluar el derecho a la identidad, los cuales se fundamentarán no sólo en la teoría recabada durante la investigación, sino conjuntamente con la sentencia del Expediente 06040-2015-PA/TC, cuyo caso permitió explicar de forma amplia el derecho a la identidad representado en el cambio de sexo y nombre de una persona con incongruencia de género.

Para llevar a cabo el análisis y posterior comprobación de hipótesis, la cual incluye a tres derechos en específico tres aspectos constitucionales de la identidad como derecho constitucional, la identidad de género, libre desarrollo de la personalidad y la libre autodeterminación de la persona. Estos además, de ser considerados derechos, también se considera que deben ser parte de los criterios que use el magistrado al momento de evaluar un caso similar al expuesto en la sentencia mencionada.

6.1. Criterios que debe tener en cuenta el magistrado para interpretar el derecho a la identidad personal en procesos de cambio de nombre y cambio de sexo en caso de incongruencia de género en el Perú son: la identidad en el cambio de nombre y la identidad en el cambio de sexo.

Los criterios que se deben tener en consideración al momento de evaluar un caso de cambio de nombre y sexo a causa de la incongruencia de género son la identidad de género, el libre desarrollo de la personalidad y la libre autodeterminación de la persona. Estos criterios serán analizados de forma separada, conjuntamente con la argumentación y comprobación de la hipótesis planteada en la investigación. Cabe mencionar que la utilización de estos criterios especiales para la interpretación de la identidad en los casos de cambio de nombre y sexo, es de vital importancia, pues

contribuyen a que el magistrado tenga los suficientes argumentos constitucionales para determinar la pertinencia de este cambio, que evidentemente es significativo y que tendrá repercusión en todos los ámbitos de la vida de la persona demandante.

6.1.1. Identidad de género

La identidad como derecho, tiene una connotación especial en el ordenamiento jurídico peruano, considerándolo como un derecho fundamental y humano. Su importancia radica en el papel que desempeña dentro del ámbito personal de cada sujeto. En la Constitución Política del Perú, la identidad se encuentra taxativamente prescrita en el artículo 2, inciso 1, el cual indica: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.” Sin embargo, de este derecho, se desprende diversos aspectos que se relacionan íntegramente con la plena realización de este, lo que hace ver que la posible vulneración de cualquiera de estos sea un atentado directo con la identidad como derecho constitucional. Siendo así en este acápite se revisará la identidad de género, no solo un aspecto constitucional protegido dentro de la identidad en sentido amplio, sino también como un derecho que debe ser tutelado en los casos de las poblaciones que tienen una disforia de género, como es el caso de las personas con incongruencia de género.

Cabe precisar que la identidad de género puede ser considerada como “un marcador básico en el despliegue de la subjetividad y en la construcción de la identidad. Nacer hombre o mujer es definitorio en cuanto a la manera de ser, las enseñanzas recibidas y la imposición de roles preestablecidos” (Olaso,

2012, p. 14) Esto define la forma de ser de cada persona en particular, definiéndolo de forma única. A ello, se le suma las costumbres de la sociedad a la que pertenece, lo que contribuye a crear determinadas actitudes en la persona.

Además, se afirma que: “Muchas personas no expresan su identidad de género cuando esta es diferente a lo que se espera en una sociedad y cultura. Esto ocurre precisamente porque las expresiones diversas suelen ser motivo de burla, discriminación y violencia.” (Consejo Nacional para la Igualdad de Género, 2018, p. 34)

Consideramos que el género tiene influencia directa con el desarrollo de la persona, pero también con el papel que desempeña dentro de la sociedad, lo cual puede generar ciertos inconvenientes cuando el género biológico no coincide con el género con el que se identifica, existiendo conflictos tanto a nivel personal como jurídicos, tal es el caso del nombre y cambio de sexo en los documentos que identifican a la persona, como lo representado en la sentencia 06040-2015-PA/TC, cuyo análisis contribuye a entender la identidad de género en las personas que tienen incongruencia. Tal y como ya se ha expuesto, en este caso en particular se discutió el cambio de nombre y de sexo en el documento de identidad, en donde se reconoció que el transexualismo, como se denominaba anteriormente, no era una condición meramente patológica, sino que podría ser considerada como una disforia de género. Por lo tanto, ello conlleva a evidenciar la importancia de la identidad de género dentro de la esfera personal del ser humano, debido a que la incongruencia biológica y psicológica del género conlleva a la discriminación

social, como el caso expuesto en la sentencia, donde se relata las diversas situaciones denigrantes que tuvo que atravesar la demandante.

La discriminación social de la que son víctimas las personas con incongruencia de género afecta todos los ámbitos de sus vidas, afectando derechos constitucionales tales como la dignidad, pues al no existir coincidencia entre la apariencia física y el sexo biológico declarado en su documento de identidad, o su nombre, se ocasiona que la persona pueda ser objeto de burlas y prejuicios.

Cabe mencionar que a nivel internacional el reconocimiento de este derecho se encuentra marcado por diversas resoluciones de la Convención Interamericana de Derechos, enfatizando que:

la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está prescrita 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. (Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, 2012, p. 34)

Siendo así, la vulneración de la identidad de género, no se encuentra permitida bajo ninguna circunstancia, incluyendo a las autoridades estatales o por cualquiera que pretenda mermar de forma directa o indirecta este derecho a cualquier persona, sea una persona con incongruencia de género o no. Sin embargo, tal y como se evidencia de la Sentencia del EXP N.º 06040-2015-

PA/TC, este derecho se vulnera de forma directa por un ente estatal como lo es el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, entidad que en un inicio se negó a hacer un cambio de nombre y de sexo a la persona de Ana Romero Saldarriaga, quien solicitaba ello debido a las burlas y discriminaciones que sufría por identificarse con el género femenino, pero tener en su documento de identidad el sexo y el nombre masculino. Ello evidentemente genera preocupación, pues así como el caso en mención, las personas que pertenecen a esta población suelen sufrir de este tipo de inconvenientes que merma su derecho a la identidad y por ende, al contenido de este, como lo es la identidad de género.

Siendo así, la vulneración directa la identidad de género no sólo se ve reflejada en los casos en cuestión, sino en muchos otros, donde la entidad estatal RENIEC encargada de velar por los datos personales de cada uno de los peruanos, no permite de forma administrativa que se haga el cambio de nombre y sexo para las personas con incongruencia de género, lo que consideramos una vulneración a la identidad, debido a que el interesado debe acudir a la vía judicial y algunas veces constitucional, como Ana Romero, para poder lograr que se le reconozca con la identidad que desea, únicamente así podría lograr alcanzar llevar una vida digna, sin que se conozca socialmente el sexo biológico, debido a la poca aceptación que tiene la disforia de género.

Consideramos que estas vulneraciones del derecho a la identidad, específicamente de la identidad de género se ocasionan debido a la ausencia de regulación y criterio unificado, ocasionándose que las personas con

incongruencia de género vivan constantemente estigmatizadas por considerarse de otro género distinto al biológico.

En la misma sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hace mención que:

la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido (Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, 2012, p. 34)

En el caso de Perú, tampoco se cuenta con un consenso interior claro y definido que permita la defensa adecuada de las personas que pertenecen a las minorías sexuales, en especial aquellas con incongruencia de género, quienes tienen que recurrir a procesos judiciales largos y tediosos para hacer valer su derecho, debiendo corregirse esta situación, permitiendo que puedan acceder de forma fácil al cambio de nombre y sexo, ello sin perjuicio de presentar los documentos fehacientes antes la entidad administrativa para llevar a cabo la variación de dichos datos.

Cabe mencionar que en el caso de Ana Romero, se discuten los aspectos de sexo y nombre, los cuales pertenecen a la identidad y en especial al género de la persona, pues gracias a esto se pueden identificar como femenino o masculino. Sin embargo, estos dos aspectos son los que generan mayor problemática para las personas con incongruencia de género, debido a la complejidad que tiene que atravesar para llevar a cabo el cambio. Por lo que, se afirma que:

En el caso de las personas trans, quienes desafían esta dualidad, el derecho 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 (Comisión Nacional contra la Discriminación, 2019, p. 13)

Y, si bien existe en la actualidad la posibilidad de hacer dichos cambios, aún las personas con incongruencia de género se encuentran con trabas jurídicas y administrativas que no permite la total realización del derecho a la identidad, encontrándose con procesos judiciales largos y engorrosos que no permiten la total protección de estos derechos, obligándolos a continuar identificándose ante la sociedad con un nombre y un sexo diferente con el que se identifican realmente. Evidentemente, esto genera vulneración de la identidad y sus aspectos constitucionales como el nombre, el género con el que se siente identificados. Consideramos que esta vulneración se genera por la ausencia de leyes que clarifiquen los conceptos de identidad de género y su importancia para las personas con incongruencia de género, que suelen ser tratadas con discriminación por su opción e identidad sexual. Ahora bien, la identidad también se encuentra relacionada con atributos que pertenecen al ámbito de la personalidad, debido a que forman parte de la identificación personal de cada uno, por lo que tanto estos atributos de identificación en los registros nacionales debe coincidir con la identidad de la persona, por lo que para evitar la vulneración de estos derechos, sería necesaria una reforma en los procedimientos administrativos, para que el acceso al cambio de datos como

nombre y sexo sea más fácil para las personas con incongruencia de género, quienes merecen el mismo respeto por sus derechos constitucionales.

Además, tal y se evidenció en la argumentación de la magistrada Marianella Ledezma del caso de Ana Romero Saldarriaga, la identidad es parte de la personalidad del ser humano, por lo que no es absolutamente necesario que esta se guíe por el aspecto biológico, sino que existen de por medio otras bases, especialmente psicológicas, culturales, que influyen en generar una determinada identidad de género, que el ser humano en cuestión querrá desarrollar en sociedad, como cualquier otro, debiendo protegerse de igual forma que en cualquier caso. También, se hizo referencia a la discriminación constante que sufre la persona con incongruencia de género debido a su opción diferente, vulneración que no solo se evidencia en la época adulta, sino también en la niñez. Evidentemente, las vejaciones sociales de las que son objeto las personas con incongruencia de género no deben ser permitidas por la sociedad y mucho menos por el Estado, siendo necesario preverse y evitarse.

Siendo así, la evaluación de la identidad de género como parte del derecho constitucional es imprescindible, pues aportará los suficientes argumentos al magistrado para no sólo analizar sino dar una solución justa al caso en concreto, por lo que consideramos que debe mencionarse de forma taxativa como un criterio dentro de la motivación de las sentencias que ordenan el cambio de nombre y sexo; pues en este derecho reside la importancia de considerar las opciones de género que pueda tener la persona demandante (como en el caso de Ana Romero), debiendo superarse la idea anterior del

transexualismo y su relación como enfermedad mental, sino que estas personas tienen una disforia de género que no debe generar ningún tipo de discriminación. La afirmación hecha por la magistrada Ledezma en el caso de Ana Romero, resulta pertinente, y hace ver la necesidad de pensar en la dinamicidad de la Constitución y en estricto de los derechos fundamentales, los cuales van adaptándose conforme la sociedad va cambiando, pues no todos los criterios jurídicos se encuentran regulados taxativamente, sino que es parte de la labor interpretativa que deben llevar a cabo los jueces para aplicar de forma idónea el derecho.

En los casos de cambio de sexo y nombre, es imprescindible la consideración de la identidad de género, debido a que dependerá de esta la evaluación del caso, además del resultado del mismo, valiéndose el magistrado de este criterio para determinar la procedencia del cambio de los datos básicos de la persona, así se estaría evitando la discriminación y se permitiría que la persona pueda manifestar su identidad sin ningún tipo de rechazo social.

Finalmente, la consideración de la identidad de género dentro de la evaluación de los casos de cambio de sexo y nombre, es imprescindible, pues dependerá de esta la procedencia o no del caso en concreto, debiendo respetarse la opción de género que asume la persona en cuestión, debiendo superarse paradigmas establecidos por la sociedad en diferentes tiempos, siendo necesario adecuar los derechos constitucionales y los criterios, conforme a las nuevas situaciones sociales que actualmente se viven.

6.1.2 Libre desarrollo de la personalidad

El libre desarrollo de la personalidad de la persona se encuentra considerado como un derecho fundamental que contribuye al íntegro desenvolvimiento del ser humano en todos los ámbitos de su vida, tanto personal como socialmente; pero, existen situaciones en las que este derecho se ve evidentemente vulnerado, debido a circunstancias personales de los individuos, los cuales se ven afectados directamente por el actuar de los terceros. Para entrar en el debate específico de este derecho y su vulneración en los casos de las personas con incongruencia de género, es necesario revisar algunas definiciones generales.

Sobre este derecho en la doctrina se ha dicho que:

el derecho al libre desarrollo de la personalidad se ubica en los derechos fundamentales cuyo objeto tiene la particularidad de tutelar una esfera vital del individuo, esto es, la construcción de su plan o proyecto vital, pero que al mismo tiempo describe un comportamiento genérico, pues ciertamente ampara, como norma abierta, diversas posibilidades de comportamientos o conductas que pueden ser muy dispares, a través de las cuales el individuo ejerce tal derecho, asegurando de esta forma un hacer permitido que puede oponer a terceros (Del Moral Ferrer, 2012, p. 66)

Existen diversas manifestaciones personales en las que el individuo puede hacer valer su personalidad, desde la forma como se comporta, costumbres y demás aspectos propios y únicos de cada uno; sin embargo, existen ocasiones o casos, como las personas con incongruencia de género, cuya personalidad es opuesta a lo que biológica o socialmente se acostumbra, lo que conlleva a situaciones incómodas, donde la persona usualmente es objeto de burlas y no

aceptación por parte de terceros, quienes ejercen libremente sus derechos pero no aceptan un comportamiento que según la sociedad no es adecuado. En la actualidad, a pesar de haberse roto ciertos paradigmas sociales, aun existen prejuicios acerca de las personas que no actúan conforme lo indica su sexo biológico, por lo que son mal vistos o considerados menos. Esta situación acarrea que no puedan desenvolverse adecuadamente dentro de la sociedad, conforme a su proyecto de vida, pues los demás suelen ejercer actos de discriminación y burla, mermando su autoestima y dignidad.

Cabe mencionar que aunque el género biológico no coincida con el género con el que se identifican, prima su calidad de ser humano, y por ende su dignidad, debiendo el Estado garantizar su libre convivir en sociedad, sin vulneración de ningún derecho humano. La importancia de este derecho no sólo radica en el respeto de la elección del individuo, en este caso de su género, sino que además no haya ningún tipo de interferencia de terceros, sea para hacerlo cambiar de opinión o para mermar su dignidad, en cualquiera de los casos, no se encuentra permitida esta interferencia social hacia la persona en particular.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra regulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, específicamente en el artículo 22, el cual prescribe:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos,

sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

La regulación internacional demuestra su importancia, debiendo ser reconocido en todos los países a cada uno de los individuos, es decir que se trata de un derecho *erga omnes* que abarca a todos sin ningún tipo de distinción. Por lo que, consideramos que en el caso de las personas con incongruencia de género toma especial connotación, debido a la vulnerabilidad que pueden tener estas personas, pues constantemente puede ser atacadas de forma directa o indirecta

Ahora bien, conviene precisar los aspectos que pueden verse vulnerados en este derecho. Siendo así, tal y como se ha dicho anteriormente, este derecho abarcaría el proyecto de vida, el cual se traduce en los planes y aspiraciones de la persona, que pertenece al ámbito personal del individuo y le permite la autorrealización. Todas las personas poseen un determinado proyecto de vida, que se encuentra influenciado por diversos aspectos de su vida, como gustos, aspiraciones y demás aspectos relacionados con metas y objetivos personales. Al ser un plan de vida que involucra el bienestar de la persona, no puede ser vulnerado bajo ninguna circunstancia, así como tampoco puede ser influenciado por terceros.

Debido a la connotación del proyecto de vida, se relaciona con la identidad del individuo, este ámbito es el que se ve vulnerado en las personas con incongruencia de género, debido a que ellos realizarían este plan conforme con el sexo con el que se identifican, situación que no podría llevarse a cabo debido a los inconvenientes relacionados con el nombre y la identificación del

sexo biológico con el que estaría registrado en su documento de identificación.

Por ende, es necesario que las personas con incongruencia de género no se vean vulneradas a través de la no realización de su proyecto de vida, pues se estaría restringiendo su capacidad de llevar a cabo sus ideales, parte importante del desarrollo de la persona. Consideramos que, en este aspecto, se ve involucrado lo acaecido en la sentencia del Exp. N° 06040-2015-PA/TC, pues se aludía la vulneración del libre desarrollo de la personalidad, lo que se evidenciaba a través de la no realización de los ideales de Ana Romero Saldarriaga, quién constantemente sufría de abusos y discriminación por identificarse con un sexo diferente al biológico.

Es necesario que existe un respeto igual de los derechos inherentes a las personas en general, pero en especial por aquellas con incongruencia de género, debido a la vulnerabilidad con la que viven en la sociedad, sobre todo cuando se vulneran derechos básicos, como su libre desarrollo en un ambiente adecuado y primando el respeto por su dignidad. Además, tal y como ya se ha demostrado, la incongruencia de género no se trata de una enfermedad, sino de una disforia de género que se construye con el transcurrir del tiempo, conforme el individuo se va desarrollando, yendo más allá de la biología. Ahora bien, esta disforia de género no quita la calidad de ser humano que tiene el individuo, por lo que sus derechos fundamentales siguen estando vigentes.

Es necesario precisar que la denominación de la personalidad deriva de otros campos del conocimiento, como lo son la psicología, filosofía y demás, las cuales contribuyen a la creación de una determinada forma de ser del

individuo, pero a la vez, se encuentra intrínseca relacionada con la libertad, pues el ser humano es capaz de formular una personalidad que responda a sus intereses y su identidad. Por lo que, su vulneración implica no solo un atentado contra la identidad como derecho, sino también contra la libertad, debido a que no se le permite al individuo de realizarse completamente conforme a sus aspiraciones.

Sobre este derecho cabe decir que es necesario considerarlo también como un criterio jurisdiccional para la evaluación y resolución de los procesos de cambio de nombre y sexo en los casos de las personas con incongruencia de género. Esta afirmación se debe a que al ser un derecho tan completo y que pertenece al ámbito personal del ser humano, comprendiendo sus características más innatas y básicas, el magistrado debe tener en consideración este aspecto, para evidenciar la necesidad de respetar este desarrollo normal de la personalidad en todos los ámbitos. Así se estaría asegurando el proyecto de vida particular que tenga dicha persona. Esta necesidad se evidencia en el caso de Ana Romero, donde se vio la importancia de basar una decisión jurisdiccional no sólo en la identidad, sino también en el libre desarrollo de la personalidad, cuyo concepto abarca no sólo las opciones de género, sino también las metas personales que se ha planteado, las cuales muchas veces no pueden llevarse a cabo debido a la poca tolerancia de la sociedad por las personas con incongruencia de género, pues son continuamente afectadas.

Además, este derecho se encuentra ligado al derecho a la identidad, pues contiene aspectos que se relacionan íntimamente con esta, haciendo ver que este derecho no sólo se limita a los datos personales contenidos en un

documento formal, sino que incluye aspectos psicológicos y sociales que influyen en la formación de la personalidad, haciendo del ser humano una persona única con determinadas características personales. Aunado a ello, el adecuado respeto del libre desarrollo de la personalidad, se plasma en la evolución del hombre, debiendo interpretarse este derecho de acuerdo a los casos especiales, de forma detenida en las personas con incongruencia de género. También, se debe apelar a la dinamicidad del derecho y por ende de los derechos fundamentales, los cuales deben ser interpretados conforme los hechos lo requieran.

Entonces el reconocimiento y ejercicio del libre desarrollo de la personalidad no sólo pertenece al ámbito de los derechos fundamentales, sino que cobra especial relevancia en los casos donde evidentemente se ha venido vulnerando este derecho a lo largo de la vida de la persona, como es el caso de las personas con incongruencia de género, quienes constantemente se encuentran estigmatizados por sus opciones de género, haciendo que sea necesario resaltar el valor de su personalidad y el magistrado deberá considerar la protección absoluta de este derecho, que se ve afectado por las trabas jurídicas al momento de desear cambiar el nombre y el sexo en el documento de identidad, el cual es el principal documento de identificación ante el Estado y la sociedad. Por ello, la adecuada y oportuna protección de la personalidad como parte integrante del derecho a la identidad, es obligación del magistrado, debiendo motivar la sentencia que resuelva el caso en ese sentido, considerándolo como un criterio fundamental que denota la necesidad de salvaguardar la integridad y la dignidad de la persona que lo

solicita; ello sin dejar de lado las leyes y medios probatorios que demuestren esta la identidad de género del demandante en cuestión.

Además, tal como lo indica el magistrado Espinosa-Saldaña en su voto, el derecho de la identidad comprendería dos aspectos vitales, el primero aquello con lo que se identifica propiamente dicho, y el segundo la proyección de sus planes con su existencia, es decir su personalidad. Esto hace ver que la importancia del desarrollo de la personalidad no debe verse disminuido a causa de estereotipos o prejuicios que la sociedad pueda tener sobre las personas con incongruencia de género, debiendo reconocer su importancia y libertad a través del oportuno cambio de nombre y sexo en su identificación.

6.1.3. Libre autodeterminación de la persona

Este derecho se deriva del derecho humano a la libre autodeterminación de los pueblos, habiendo evolucionado y aplicado al ámbito personal de cada individuo.

Se dice que “El principio a la libre determinación tiene su origen en la idea de libertad de los individuos y de su relación con la nación,” (Mendoza Antúnez, s.f., p. 4) De esta afirmación, se puede evidenciar el papel fundamental que cumple el derecho a la libertad de los individual, la cual permite que este se desarrolle de la forma más adecuada según su criterio, ello sin vulnerar ningún derecho de terceros, situación que no generaría ningún inconveniente para la persona y la sociedad. Sin embargo, en el caso de las personas con incongruencia de género, existen restricciones que afectan derechos tales como la identidad y el libre desarrollo de la personalidad, tal y como se ha mencionado en los acápites anteriores; pero, también se estaría vulnerando su libre autodeterminación, en el sentido que no se le permite autoidentificarse

con el nombre y el sexo que desearía, pues más allá del ámbito biológico, existe la posibilidad de que la persona se auto perciba del género femenino aunque biológicamente haya nacido con el sexo masculino, o viceversa. Esto a su vez vulneraría derechos constitucionales como la dignidad humana, pues al no poder identificarse ante la sociedad con el nombre y el sexo correspondiente a su identidad, se generan discriminaciones y burlas hacia su persona, a lo largo de su vida, como en el caso de Ana Romero, quién refiere que no sólo ha sufrido de este tipo de actos discriminatorios en su vida adulta, sino desde la época escolar, los cuales han ido generando no sólo incomodidad en su persona, sino que también han generado inconvenientes en su desarrollo.

También, se afirma que: “El derecho a la auto determinación de las personas humanas está enraizado en el valor de la libertad que tienen todos los individuos” (Valverde Obando, 2002, p. 23) lo que posibilita al ser humano ser capaz de elegir entre diversas opciones con qué identificarse, cómo desempeñarse dentro de la sociedad, entre otros aspectos personales, ello sin perjudicar a terceros. Y, al ser un aspecto propio del ser humano, se aplica para todos bajo las mismas condiciones; sin embargo, existe un grupo de la población que no tendría esta posibilidad, este es el caso de la comunidad LGTBI quienes sufren constantemente de ataques psicológicos y algunas veces físicos, por las opciones que tienen. Para la investigación es importante las repercusiones en la población con incongruencia de género, tomando como referencia los límites a esta autodeterminación vistos en el caso de Ana Romero Saldarriaga, en donde se evidencia la situación real de este sector, quienes día a día se ven limitados socialmente.

Ahora bien, la posibilidad de que una persona con incongruencia de género pueda autodeterminarse como de un género distinto al biológico, reside principalmente en su derecho a la libertad, debido a que este derecho es la base para percibirse de determinada manera, eligiendo sus opciones particulares.

Sobre el derecho a la libertad cabe mencionar que tiene la calidad de derecho constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, y se encuentra regulado en el artículo 2, inciso 3, el cual prescribe:

3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

Esta libertad de conciencia: “protege el proceso racional, reflexivo, la elaboración intelectual del ser humano y su adhesión o no a concepciones valóricas o creencias, sean estas religiosas, filosóficas, ideológicas, políticas o de cualquier otra naturaleza, como asimismo a rechazar aquellas que considera erróneas” (Nogueira Alcalá, 2006, p. 14) por lo que, se relaciona con las percepciones personales que desee asumir cada persona, en este caso, tiene que ver con la identidad de género y como la persona decide libremente, sin ningún tipo de presión para identificarse dentro de un género determinado, debido a que pertenece a ese proceso racional propio de la persona, quién es capaz de decidir sobre los aspectos básicos de su personalidad y rasgos propios de él o ella.

Al ser un aspecto único del ser humano, relacionado con sus capacidades más innatas, no se aceptan intromisiones de terceros, sólo es posible cuando esta

conciencia de alguna manera colisiona con la moral y las buenas costumbres.

Lo mismo sucede con la libertad de religión y la de opinión, derechos consagrados en el mismo artículo de la Constitución Política del Perú, tal y como ya se ha señalado anteriormente.

Entonces, “El razonamiento en que se fundamenta el desarrollo como libertad, considera que la libertad se expresa tanto en lo que la persona hace, como en las alternativas que tiene para obtener más oportunidades para ampliar la ventaja humana” (Vargas-Hernández, 2008, p. 150) Evidentemente este concepto contribuye a entender que cada ser humano tiene la posibilidad de expresarse de la forma que considere pertinente y en el momento que crea idóneo. Esto sucede con las personas con incongruencia de género, quienes se identifican con otro género distinto al biológico, siendo esta una opción personal que es tomada en virtud de su libertad y dignidad, para así llevar a cabo.

En ese sentido, la libre autodeterminación de la persona no sólo es parte de la libertad de la persona, sino que también se relaciona con el derecho a la identidad, pues el ser humano es libre de elegir el género al que puede pertenecer, yendo más allá del ámbito biológico, pues esa decisión depende de su fuero psicológico, donde no hay intervención de terceros. Sin embargo, los procesos de cambio de nombre y sexo, limitan de forma significativa esta decisión, debido a que física y psicológicamente la persona puede sentirse del género femenino aunque biológicamente pertenezca al masculino, pero en su documento de identidad aún conserva el sexo biológico, lo que genera una merma en su ámbito personal, pues no sólo sufrirá de discriminación social,

sino que además no podrá identificarse plenamente con lo que realmente desea.

CONCLUSIONES

1. Los criterios que debe tener en cuenta el magistrado para interpretar el derecho a la identidad personal en procesos de cambio de nombre y cambio de sexo en caso de incongruencia de género en el Perú son: la identidad de género, el libre desarrollo de la personalidad y la libre autodeterminación de la persona.
2. El derecho a la identidad comprende aspectos personales del ser humano, y no sólo los datos como nombre y sexo, sino también personalidad, libertad de elegir quién se desea ser, entre otros. Cada uno de estos deben ser protegidos y reconocidos a todos los seres humanos, sin distinción.
3. El género en el Perú se encuentra en vías de regulación, ello se evidencia a través del Proyecto de Ley 00790/2016-CR, que en la actualidad se encuentra pendiente de discusión, pero que con el transcurso del tiempo diversas entidades estatales como RENIEC y Defensoría del Pueblo, le han dado su apoyo. Además, existe un reconocimiento expreso de la identidad de género como derecho, hecho a través de la sentencia del Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Lima, que ordena a RENIEC la implementación de un procedimiento administrativo para el cambio de prenombrados y sexo en el DNI.
4. La sentencia recaída en el Exp. 06040-2015-PA/TC, evidencia la necesidad de cumplir con el adecuado respeto de los derechos fundamentales, en especial el derecho a la identidad de las personas con incongruencia de género, quienes se ven en la necesidad de acudir a la vía judicial para llevar a cabo el cambio de nombre y sexo en su documento nacional de identidad.

RECOMENDACIONES

1. Investigar sobre las consecuencias que genera el cambio de género en el ámbito del derecho civil, con las respectivas repercusiones en las instituciones jurídicas.
2. Es necesario clarificar la nueva definición de “incongruencia de género” dada por la Organización Mundial de la Salud, debido a que no se tienen muchas fuentes doctrinarias por el reciente cambio de término.
3. Profundizar en la presente investigación, para obtener mayor claridad, por ser un tema controversial.

REFERENCIAS

- Alegria Angulo, J. (2015). *Factores que influyen en la vulneración del derecho a la identidad sexual y la dignidad humana de los miembros de la comunidad TLGB en el Perú durante el año 2007-2015*. Tarapoto: Univerisdad César Vallejo.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. (C. Bernal Pulido, Trad.) Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Álvarez, R. M. (2016). Derecho a la identidad. En M. d. Pérez Contreras, M. C. Macías Vázquez, N. González Martín, & S. Rodríguez Jiménez, *Temas selectos de Vulnerabilidad y violencia contra niños, niñas y adolescentes* (págs. 111-123). México: Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Arrubia, E. (2018). El derecho al nombre en relación con la identidad de género dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *DireitoGV*, 14(1), 148-168. doi:<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201808>
- Cabanellas, G. (1962). *Diccionario de Derecho Usual*. Madrid: Santillana.
- Calderón Arismendi, Y. J., Flores Arque, G., & Rodríguez Chávez, M. A. (2017). *Fundamentos constitucionales para el cambio de sexo registral. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano (2005-2015)*. Arequipa: Universidad Tecnológica del Perú.
- Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile (Corte Interamerica de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012).
- CEDAL - Centro de Derechos y Desarrollo. (2013). *Plan Nacional de Igualdad de Género. Planig 2012-2017/Versión Amigable*. Obtenido de Ministerio de la

Mujer y Poblaciones Vulnerables:

<https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgignd/publicaciones/Caminado-hacia-la-igualdad-de-genero.pdf>

Chaname Orbe, R. (2012). *Diccionario Jurídico Moderno*. Lima: Adrus.

Comisión Nacional contra la Discriminación. (2019). *Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú*. Lima: CONACOD.

Comisión Nacional contra la Discriminación. (29 de Enero de 2019). *Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú*. Obtenido de Ministerio de Justicia y Derechos Humanos:

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297521/Informe_CONACOD_Identidad_de_G%C3%A9nero.pdf

Comité de Bioética, Persona y Familia. (2012). *Centro de Bioética*. Obtenido de El desigual tratamiento del derecho a la identidad en el proyecto del Código Civil: <http://centrodebioetica.org/~fundlat/wp-content/uploads/2012/09/DT-Derecho-a-la-identidad.pdf>

Comité Jurídico Interamericano. (10 de Julio de 2007). *Organization of America States*. Obtenido de Opinión aprobada por el comité jurídico interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad:

http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf

Consejo Nacional para la Igualdad de Género. (2018). *Guía de orientaciones técnicas para prevenir y combatir la discriminación por diversidad sexual e identidad de género en el sistema educativo nacional*. Quito: Consejo Nacional para la Igualdad de Género.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de Noviembre de 2017). *Opinión Consultiva OC-24/17 Solicitada por la República de Costa Rica*. Obtenido de

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

De la Fuente Linares, F. J. (2012). Importancia de usar correctamente el nombre de una persona física. *Jurídica UCES*(16), 31-43.

Defensoría del Pueblo. (2018). *A dos años del informe defensorial N° 175. Estado actual de los derechos de las personas LGBTI*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Defensoría del Pueblo. (12 de Enero de 2019). *Informe de adjuntía 001-2019-DP/AAC-ADHPD. Protección constitucional y convencional del matrimonio celebrado por personas del mismo sexo en el extranjero*. Obtenido de Defensoría del Pueblo: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/10/Informe-de-Adjunt%C3%ADa-001-2019-AAC-ADHPD.pdf>

Del Moral Ferrer, A. (2012). El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Cuestiones Jurídicas*, VI(2), 63-96.

Del Moral Ferrer, A. (2012). El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Cuestiones Jurídicas*, VI(22), 63-96.

El mundo. (17 de Mayo de 2019). *La OMS cambia el término "transsexual" por el de "incongruencia de género"*. Obtenido de El mundo:

<https://www.elmundo.es/salud/2019/05/17/5cdeed63fdddf987a8b45cb.html>

Fernández Segado, F. (1993). La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*(39), 195-247.

Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Lima: Instituto Pacífico.

- García, G. (07 de Marzo de 2019). *¿Cuál es la situación del proyecto de Ley de Identidad de Género en el Perú*. Obtenido de Mi vida trans:
<https://mividatrans.lamula.pe/2019/03/07/ley-de-identidad/giannacgarcia/>
- Gestión. (28 de Junio de 2020). *Defensoría del Pueblo: Se presentan proyectos de ley para personas LGBTI, pero no cuentan con dictámenes en Congreso*. Obtenido de Gestión: <https://gestion.pe/peru/defensoria-del-pueblo-se-presentan-proyectos-de-ley-para-personas-lgbti-pero-no-cuentan-con-dictamenes-en-congreso-noticia/>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2010). *Metodología de la investigación* (Quinta ed.). México: McGraw-Hill.
- Hoof, P. F. (2009). Transexualidad "Cambio de sexo y nombre legal". *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*.
- INEI. (2017). *I Encuesta Virtual para personas LGBTI 2017*. Lima: INEI.
- López Serna, M. L., & Kala, J. C. (2018). Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad. *Ciencia Jurídica*(14), 65-76.
- Mas Grau, J. (2015). Transexualidad y transgenerismo. Una aproximación teórica y etnográfica a dos paradigmas enfrentados. *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*(2), 485-501. Obtenido de <http://rdtp.revistas.csic.es/index.php/rdtp/article/viewFile/492/495>
- Mendoza Antúnez, C. (s.f.). *El derecho de autodeterminación: Un derecho humano de los pueblos indígenas*. Obtenido de Universidad Nacional Autónoma de México: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3536/4.pdf>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2019). *Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú*. Ima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (Diciembre de 2017). *Conceptos fundamentales para la transversalización del enfoque de género*. Obtenido de Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables:
<https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dcteg/Folleto-Conceptos-Fundamentales.pdf>

Ministerio de Salud. (Junio de 2020). *Guía práctica clínica para el diagnóstico y tratamiento de hipospadias en pediatría*. Obtenido de Ministerio de Salud:
<file:///C:/Users/USER/Downloads/RD%20N%C2%B0%20000083-2020-DG-INSNSB%20URO%20-%202%20-%20GPC%20HIPOSPADIAS%20-%20VF.pdf>

Ministerio de Salud, Argentina. (2016). *Guía básica sobre diversidad sexual*. Obtenido de Ministerio de Salud, Argentina:
http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000322cnt-2016-07_guia-diversidad-sexual-2016.pdf

Morales Acacio, A. (2011). El cambio de nombre. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 128-148.

Naciones Unidas. (2013). *Orientación sexual e identidad de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Obtenido de Naciones Unidas:
<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orentaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>

Nogueira Alcalá, H. (2006). La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis*(12), 13-41.

- Núñez Vaquero, Á. (2014). Dogmática jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 245-260.
- Olaso, J. (Diciembre de 2012). *La construcción de la identidad de género desde una perspectiva intercultural*. Obtenido de Educando en Igualdad:
http://www.educandoenigualdad.com/wp-content/uploads/2015/03/IDENTIDAD_GENERO_PERSPECTIVA_INTERCULTURAL.pdf
- Organización Mundial de la Salud. (2018).
- Ortíz Hernández, C. (2019). El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en la legislación mexicana. *Letras Jurídicas*(39), 171-184.
- Pacheco Zerga, L. (22 de Noviembre de 2016). *El derecho a la identidad de los transexuales*. Obtenido de El comercio:
<https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/derecho-identidad-transexuales-luz-pacheco-149573>
- PROMSEX. (03 de Agosto de 2020). *El Poder Judicial ordena a Reniec que implemente un procedimiento administrativo que permita a las personas trans e intersex cambiar datos en sus DNI para que reflejen su identidad de género*. Obtenido de PROMSEX: <https://promsex.org/comunicado-pj-ordena-a-reniec-procedimiento-administrativo-a-favor-de-personas-trans-e-intersex/>
- Quecedo, R., & Castaño, C. (2002). Introducción a la metodología de investigación cualitativa. *Revista de Psicodidáctica*(14), 5-39.
- Quequejana Mamani, S. L. (2014). *El derecho a la identidad personal: su aplicación en el derecho peruano y comparado*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. (28 de Enero de 2014). *Derecho a la identidad versus derecho al nombre*. Obtenido de Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC):
<http://sisweb.reniec.gob.pe/PortalRegCivil/getFilePub.htm?hoja=245.pdf>
- RENIEC. (Julio de 2014). *Derecho a la identidad versus derecho al nombre*. Obtenido de Reniec:
<http://sisweb.reniec.gob.pe/PortalRegCivil/getFilePub.htm?hoja=245.pdf>
- 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. *Persona y Familia*(7), 165-187.
- Rodriguez Castro, J. (1980). *El nombre civil: Concepto, caracteres y naturaleza jurídica*. Obtenido de Ministerio de Justicia de España:
https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344064131?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1987_1443.pdf&blobheadervalue2=1288776933249
- Salazar Benítez, O. (2015). La identidad de género como derecho emergente. *Revista de Estudios Políticos*(169), 75-107. doi:<http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.169.03>
- Salazar Laynes, J. U. (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos. *Foro Jurídico*(08), 142-152.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 04509-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional 11 de Julio de 2011).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 04729-2011-PHD/TC (Tribunal Constitucional 11 de Mayo de 2011).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 00139-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional 18 de Marzo de 2013).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 06040-2015-PA/TC (Tribunal Constitucional 21 de Octubre de 2016).

The American Psychological Association. (2011). *Respuestas a sus preguntas. Sobre las personas trans, la identidad de género y la expresión de género*. Obtenido de The American Psychological Association:
<https://www.apa.org/topics/lgbt/brochure-personas-trans.pdf>

Valverde Obando, L. A. (2002). El respeto de la autodeterminación de la persona humana y el trabajo social. *Revista Costarricense de Trabajo Social*(13), 23-27. Obtenido de
<https://revista.trabajosocial.or.cr/index.php/revista/article/viewFile/240/266>

Vargas Cordero, Z. R. (2009). La investigación aplicada: una forma de conocer las realidades con evidencia científica. *Educación*, 33(1), 155-165. Obtenido de Educación, 33.

Vargas-Hernández, J. (2008). Libertad, derechos y estado de derecho en la globalización. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones*(3), 146-163.

Ynchausti Pérez, C., & García Martínez, D. (2012). Los derechos inherentes a la personalidad. El derecho a la identidad personal. *Derecho y Cambio Social*, 1-40.