

***EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL: UN
ANÁLISIS A PARTIR DE LA SENTENCIA 6040-
2015-PA/TC DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL***

***THE RIGHT TO SEXUAL IDENTITY:
AN ANALYSIS BASED ON SENTENCE
6040-2015-PA / TC OF THE CONSTITUTIONAL COURT***

BEATRIZ A. FRANCISKOVIC INGUNZA*

* Abogada y Magíster por la Universidad de San Martín de Porres. Conciliadora Extrajudicial. Árbitro inscrita en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE, Árbitra Perú (MINJUS) y Consensos PUCP. Docente de la Unifé, la Universidad Científica del Sur y ESAN.

LUMEN

EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA SENTENCIA 6040-2015-PA/TC DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

THE RIGHT TO SEXUAL IDENTITY: AN ANALYSIS BASED ON SENTENCE 6040-2015-PA / TC OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Beatriz A. Franciskovic Ingunza

RESUMEN:

El presente comentario de jurisprudencia describe una sentencia del Tribunal Constitucional peruano respecto a un caso en el que se alega la violación al Derecho de Identidad de un transexual. El análisis que realiza el Tribunal Constitucional resulta relevante y determinante para afrontar las situaciones de personas que deciden cambiarse de sexo y por ende de nombre. Esta sentencia es el resultado de un análisis teniendo en cuenta la realidad social y cultural. Además, también ha analizado las dos sentencias emblemáticas respecto al cambio de sexos tramitados con anterioridad.

PALABRAS CLAVE:

Derecho a la identidad, identidad estática, identidad dinámica, identidad sexual, transexual, tribunal constitucional.

ABSTRACT:

The present jurisprudential comment describes a judgment of the Peruvian Constitutional Court regarding a case in which the violation of the Right of Identity of a transsexual is alleged. The analysis carried out by the Constitutional Court is relevant and decisive to face the situations of people who decide to change their sex and therefore their name. This sentence is the result of an analysis taking into account the social and cultural reality. In addition, it has also analyzed the two emblematic decisions regarding the change of sex previously processed.

KEY WORDS:

Right to identity, static identity, dynamic identity, sexual identity, transsexual, constitutional court.

1. Introducción

El presente comentario se refiere a una sentencia del Tribunal Constitucional respecto a un transexual (nació hombre) quien después de haberse realizado una operación quirúrgica de cambio de sexo consistente en la ingesta de hormonas, implante de siliconas y vaginoplastia, solicita su cambio de nombre y de sexo en su partida de nacimiento como en su documento nacional de identidad.

A través de la presente sentencia el Tribunal Constitucional determina cómo, en qué vía y ante quien se puede solicitar la rectificación, el cambio de nombre y de sexo, logrando de esta forma salvaguardar y/o proteger el derecho de identidad de todo transexual.

Para una mejor comprensión se precisará qué se entiende por la expresión o término transexual y transgénero, el derecho a la identidad, el derecho a la identidad sexual, dimensiones, así como el derecho a la identidad sexual.

2. Hechos jurídicos relevantes

2.1. De la demandante:

El 15 de junio de 2012, la demandante interpone demanda de amparo peticionando que se le reconozca, en su condición de mujer, como Ana Romero Saldariaga, para tal efecto, solicita el cambio de su nombre, así como de su sexo tanto en su partida de nacimiento como en su documento nacional de identidad. La demanda la dirige contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC) y el Ministerio Público.

Señala, que la negativa del RENIEC en realizar esta clase de modificaciones, así como la inexistencia de procesos judiciales en los que sea factible solicitar la modificación de los datos relacionados con su identidad, afectan su dignidad, su derecho al libre desarrollo de su personalidad y derecho a la identidad personal.

Sobre ello, aduce que no existe legislación que indique cuál es la vía para que una persona pueda demandar dicha modificación, particularmente en lo relativo al sexo.

Sostiene que, desde su infancia, siempre se ha identificado como una mujer, por lo que la imposibilidad de efectuar dichas modificaciones en los registros afecta los derechos a su libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la salud.

Afirma, que toda su vida ha transcurrido con el nombre de su sexo biológico: Rodolfo Enrique; lo que no ha impedido que se identifique con el sexo femenino. Señala que su vida en relación con los demás siempre ha estado marcada por la discriminación; así, durante su infancia, fue objeto de burlas por sus compañeros de clase, mientras que sus maestros, lejos de prohibirlas, las permitían y alentaban.

Sus padres rechazaban su comportamiento, con maltrato físico y psicológico, con el propósito de forzarle un comportamiento de varón. Agrega que, llegada su adolescencia, los cambios en su cuerpo eran contrarios a lo que quería y las ofensas fueron cada vez peores, por lo que cayó en un estado de depresión, soledad e incomprensión en el que incluso consideró la posibilidad de suicidarse.

Señala que, al culminar el colegio, decidió adoptar una fisonomía más femenina por lo que dejó crecer su cabello, comenzó a maquillarse y vestirse como mujer, y decidió adoptar, finalmente, el nombre de Ana.

Afirma, que posteriormente viajó a España, donde se sometió a una cirugía de cambio de sexo, consistente en la ingesta de hormonas, implante de siliconas y vaginoplastia; proceso acompañado de un tratamiento psicológico como soporte emocional.

Qué, de regreso a Lima, a pesar de tener una apariencia femenina, el nombre de varón y el sexo masculino consignados en su DNI y partida de nacimiento, le han generado episodios de discriminación. Por ejemplo, cuando hizo una denuncia policial por el robo de su celular, los policías al ver sus documentos lo sometieron a investigación y a revisar sus antecedentes penales; así también, señala que cuando solicitó un préstamo en una entidad bancaria, los trabajadores del banco, al observar la diferencia entre lo consignado en el DNI y su apariencia física, le exigieron un examen ginecológico.

2.2. Resolución de primera instancia

El 12 de agosto de 2014, el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, resuelve declarar fundada la demanda, por considerar que se han vulnerado los derechos a la identidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, debido a que el nombre y sexo que se registran en los documentos de identificación tienen una relación directa con la identidad de las personas y, por tanto, pueden variar.

Precisó que, al no existir vías previamente establecidas, el proceso de amparo era el idóneo y adecuado para dilucidar la pretensión. Asimismo, expuso que el sexo constituye una unidad biopsicosocial, por lo que es la persona quien decide libre y voluntariamente a qué sexo pertenecer. En dicha línea, dejó sentado que el Estado debe permitir a la parte demandante el cambio de sexo y de nombre, como una medida amplia y razonable, la cual se sustenta en el derecho a la identidad personal y en el respeto a su dignidad.

Concluyó la sentencia en que los procesos judiciales no pueden desconocer esta situación, de modo que es procedente que la parte recurrente pueda exigir el cambio de sus datos sexuales registrables.

El 25 de setiembre de 2014, el RENIEC interpone recurso de apelación. Sostiene que el cambio de prenombre y de sexo de la parte recurrente pudo haber sido reclamado en otra vía igualmente satisfactoria. En cuanto al fondo de la pretensión, sostiene que el Tribunal Constitucional cuenta con doctrina jurisprudencial en la que ha precisado que no es viable solicitar el cambio de sexo de conformidad con la legislación nacional.

2.3. Resolución de segunda instancia

El 07 de agosto de 2015, la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, resolvió revocar la sentencia apelada y, reformándola, declaró la improcedencia de la pretensión de cambio de nombre, basándose en que existen otras vías igualmente satisfactorias donde la parte recurrente puede hacer valer el referido derecho, pues el proceso de amparo es eminentemente subsidiario y residual.

En lo que respecta a la pretensión vinculada con el pedido de cambio de sexo, revocó la sentencia apelada que declaró fundada la pretensión y, reformándola la declaró infundada.

2.4. Recurso de Agravio Constitucional

No conforme con lo resuelto, la demandante interpone Recurso de Agravio Constitucional señalando que en el Perú no existe una vía procesal en la que sea posible solicitar el cambio de nombre y de sexo a favor de las personas transexuales.

2.5. Variación de la doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia 0139-2013-PMTC

Mediante la presente sentencia se resuelve apartarse de los lineamientos jurisprudenciales sentados en el Exp: N° 0139-2013-PA/TC que estableció como criterios jurisprudenciales: la doctrina de indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil, es decir el sexo como un elemento identificatorio es completamente estático o inmutable, por lo que es inviable solicitar la modificación en el documento de identidad.

Por la presente sentencia se señala que, para construir la identidad de género de una persona, no solo se basa en un elemento biológico del sexo, sino también psíquico y social (realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia), con ello reconoce que existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal.

También se establece que, a futuro, se encontrará garantizado el derecho de acceso a la justicia de las personas que deseen solicitar la modificación de sus datos en sus documentos de identidad, el cual se había visto irrazonable y desproporcionalmente restringido con los criterios desarrollados en el referido pronunciamiento.

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

2.6. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

En el presente caso, el Tribunal Constitucional reconoce que la labor jurisdiccional está sujeta a una constante evolución. Esto entre otras cosas, señala qué posiciones que antes fueron asumidas, hoy puedan ser dejadas de lado, ya que los derechos, por el transcurso del tiempo y su incidencia a la transformación de las sociedades, necesitan nuevos ámbitos de protección, que antes habían sido invisibilizados.

Entre sus fundamentos más resaltantes e importantes para el caso materia de análisis, se consideran los siguientes:

- Se establece que el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología. Esto en consonancia con instancias respaldadas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por organismos internacionales.
- Qué, la realidad biológica, a tenor de lo expuesto, no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales emocionales que la propia persona experimenta durante su existencia.
- Qué, el sexo no debe ser determinado en función de la genitalidad, pues se está cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social.
- Se afirma que no es viable que el juez civil esté obligado a asumir que el hecho de permitir a una persona modificar su sexo legal (asignado por el Estado sobre la base del sexo biológico) para que se armonice con su sexo real (el que el sujeto desarrolla como parte de su identidad), contravendría el orden de las cosas por alterar sin "motivos suficientes" los registros civiles correspondientes y, con ello, la seguridad jurídica (criterio también asumido en la STC 0139-2013-PA/TC), ya que, como ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una afirmación que este Tribunal comparte, esta modificación en el registro civil y en los documentos de identidad de una persona no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registra y no afecta el derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal
- Por lo demás, este Tribunal advierte que existe una fuerte tendencia de reconocer que existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal.
- Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como "hombre" o "mujer", es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad.
- El Tribunal Constitucional estima, en conclusión, que los jueces tienen una especial decisión en la interpretación de los alcances del derecho a la identidad, a fin que, en el desarrollo de los procesos en la vía ordinaria, los jueces puedan tomar en cuenta los recientes alcances con

relación a este derecho. Es decir, los jueces ya tienen la posibilidad real y efectiva de conocer las solicitudes de cambio de sexo.

- A nivel procesal, las consecuencias de esta modificación de criterio serán las siguientes: (i) en relación con las solicitudes de cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad (DNI) que fueran presentadas luego de la publicación de esta sentencia, y mientras los órganos emplazados no adopten los procedimientos especiales para esta clase de pedidos, la vía idónea y adecuada será la contenida en el artículo 546.6 del Código Procesal Civil, proceso en el que el juez está facultado a interpretar el derecho a la identidad personal de conformidad con las pautas reconocidas en esta sentencia. La elección de este conducto se sustenta tanto en la necesidad de tutelar de manera urgente los derechos involucrados, como en la posibilidad de evitar cualquier clase de dilación por el desarrollo complejo y extendido del proceso.
- Por otro lado, respecto de aquellas solicitudes que fueron presentadas en la vía del amparo antes de la publicación de esta sentencia, y que actualmente se encuentran en trámite (ii), operará la reconducción del proceso a la vía regulada en el artículo 546.6 del Código Procesal Civil, con el propósito de que los órganos competentes, a través del despliegue de la actividad probatoria que corresponda, emitan un pronunciamiento de fondo a fin de tutelar, de ser el caso, los derechos a los que se han hecho mención en esta sentencia expuestos estos criterios, corresponde analizar el caso sub examine.
- Con relación al cambio de nombre, la pretensión de rectificación de nombre no puede equipararse a la del cambio de nombre, pues rectificar significa subsanar un error u omisión, generalmente involuntarios, en que se incurrió al consignarse el nombre civil en la respectiva partida de nacimiento. Por el contrario, con el cambio de nombre, lo que se pretende es cambiar una denominación personal en mérito a ciertas motivaciones, a lo que accederá el juez si considera que los motivos que fundamentan la solicitud se encuentran justificados
- En el presente caso, este Tribunal aprecia que el artículo 749.9° del Código Procesal Civil regula la posibilidad de solicitar la rectificación de nombre mediante un proceso no contencioso, el cual, de conformidad con el artículo 750° del mismo es de competencia del Juez de Paz Letrado o de Notario.
- En cuanto al de cambio de nombre, previsto en el artículo 29° del Código Civil — que en este caso se solicita en la demanda de autos — lo correspondiente es que, a fin de que la persona pueda hacer valer en una misma vía su solicitud, también sea tramitado en el proceso sumarísimo, junto el pedido de cambio de sexo en los documentos de identidad.

De hecho, en los pronunciamientos que este Tribunal ha emitido en casos similares al que ahora se presenta, se ha dejado en claro que las personas transexuales pueden realizar esta clase de pedidos en la vía judicial ordinaria. Así, en jurisprudencia atinente se ha autorizado el cambio del nombre en casos análogos, y se ha reconocido que, en esta clase de situaciones, la vía judicial ordinaria también puede aceptar estos pedidos

Ello permite concluir que, en relación con este extremo del petitorio, también existe una vía judicial igualmente satisfactoria en la que la parte recurrente puede hacer valer el derecho que ahora invoca, por lo que corresponde declarar improcedente la demanda en este extremo.

3. Noción del término transexual y de transgénero

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra transexual significa: “perteneciente o relativo al cambio de sexo, y transexualidad significa: cualidad o condición de transexual”. La palabra transgénero no aparece consignada en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

Por otro lado, la expresión transgénero hace alusión a aquellas “personas, hombres o mujeres, cuya identidad de género no concuerda con su sexo biológico. A diferencia de los transexuales, no sienten tal rechazo a sus genitales como para aspirar a una cirugía reconstructiva, bastándoles vivir y actuar de acuerdo a su identidad de género. [...] Muchas veces aspiran a modificar sus rasgos sexuales secundarios en mayor o menor medida. Asimismo, una persona TRANS es aquella que físicamente se ve de uno y otro sexo, pero internamente siente que pertenece al sexo contrario; es decir, son hombres atrapados en cuerpo de mujer y, el caso contrario, mujeres atrapadas en el cuerpo de un varón. Esto genera una condición que se conoce como disforia de género. [...] (Díaz Castillo , 2017, pág. 39)

Se utiliza la expresión transexual “cuando te consideras opuesto al sexo con el que has nacido y quieres cambiarlo. Si eres hombre, te comportas como lo haría una mujer y, además, quieres ser biológicamente mujer. Transgénero: Naces mujer, pero no comulgas con lo femenino. Lo haces con lo masculino, pero no cambias tu anatomía. No hace falta, ni biológica ni socialmente, ser 100% hombre o mujer. (Sanchez Fernández , 2017)

Esto quiere decir que el transgénero es “un término general que describe a las personas cuyo sexo mental o identidad de género, el sentido interno de ser hombre o mujer, es diferente del sexo asignado por el médico al nacer. El sexo está determinado por varios factores, el más importante es la información en el cerebro o sexo mental. Las transiciones de género hacen énfasis en cambiar el cuerpo para que se alinee con la mente, porque la información en el cerebro no cambia. La identidad de género es innata. Las personas no apegadas a los estereotipos de género son personas cuyas expresiones de género, incluidos sus comportamientos o apariencia, difieren de las expectativas sociales sobre los roles del sexo asignado a ellos/ellas al nacer. Las personas transgénero se pueden identificar como heterosexuales, lesbianas, gays, bisexuales o en duda. Las personas transgénero pueden necesitar atención médica especializada para asistirles con su transición de género. (Díaz Castillo , 2017, pág. 39)

La Organización Mundial de la Salud, el 18 de junio de 2018, 18 años después del lanzamiento de la CIE-10¹ presentó una versión de la CIE-11 para dar tiempo a los Estados miembros para planificar la implementación [...] esta versión es una gran mejora en ICD-10. [...] La incongruencia de género también se ha movido de los trastornos mentales en el ICD a condiciones de salud sexual. El fundamento es que, si bien la evidencia ahora es clara de que no es un trastorno mental, y de hecho clasificarlo en esto puede causar un enorme estigma para las personas transgénero, existen necesidades de atención médica importante que se pueden satisfacer mejor si la condición se codifica bajo el ICD. La despatologización de la transexualidad, por ejemplo, ayudaría a agilizar el proceso de acomodo a su género real de las personas transexuales. (Organización Mundial de la Salud, 2018)

Lo cierto es que desde hace un buen tiempo se vienen realizando operaciones de cambio de sexo. Si una persona decide cambiarse de nombre y operarse como del sexo opuesto, es lógico y racional que desee que en su partida de nacimiento y documento nacional de identidad su sexo coincida con su aspecto físico y con su nombre.

El Derecho no puede ser renuente a aceptar dicha realidad, es decir, “el derecho se debe enfrentar ante lo que la medicina y sexología oficial califica” según J. Carbonnier citado por Campos, “es mayor el número de hombres que se sienten mujeres que el de mujeres que se sienten hombres, hace referencia al “síndrome transexual o disforia de género”. (Campos, 2001, pág. 20)

¹ Según la Organización Mundial de la Salud: la ICD es una herramienta de diagnóstico, clasifica estadística e internacionalmente las enfermedades y problemas relacionados con la salud (CIE) es la base de la estadística de salud. Mapea la condición humana desde el nacimiento hasta la muerte: cualquier lesión o enfermedad que encontremos en la vida, y cualquier cosa de la que podemos morir, está codificada. El ICD proporciona un vocabulario común para registrar, informar y monitorear problemas de salud.

“Como vemos depende de qué es lo que se entienda por sexo, y como no existe una definición jurídica de sexo, los juristas recurren a las definiciones que ofrecen otras ciencias, sobre todo la medicina. De esta forma nos encontramos con que el sexo se ha convertido en una realidad múltiple configurada por varios factores: El componente genético o cromosomático, (XX para la mujer, XY para el hombre); el componente morfológico, (los órganos genitales que el niño y la niña muestran al nacer); y por último el componente psico-social (el género: masculino o femenino)” (Campos, 2001, pág. 23)

4. El Derecho a la identidad

El derecho a la identidad tutela y protege a la persona para que se le reconozca y se le diferencie de otra, para que no se la confunda por otra y para que no se le atribuyan datos o algún pasado o historia de vida que no le corresponda. Se protege a la persona como es hoy en día, que se le valore y respete por lo que es hoy en día, no por lo que fue. Que se le respete por lo que es y quién es hoy en día.

Marcial Rubio citado por Díaz Castillo señala que “el Derecho a la identidad es entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc). (Díaz Castillo , 2017, pág. 25)

La identidad personal es un derecho de connotaciones binarias consistentes en la autoconciencia que el individuo tiene de sí mismo como un ser único y distinto de sus congéneres. En efecto, cada persona tiene signos distintivos formales y sustanciales (jurídicos, ideológicos y conductuales) que lo hacen esencialmente disímil a los demás, al margen por cierto de características naturales que son comunes a toda la especie humana. (Marcial Rubio Correa, 2013) (Díaz Castillo , 2017, pág. 21)

El derecho a la identidad según Fernández Sessarego, es entendida como “todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y “no otro”. (Cárdenas Krenz, 2015)

Juan Espinoza Espinoza precisa: que “el derecho a la identidad personal tutela el respeto de la “verdad histórica” del individuo. Sin embargo, sobre el ser humano incide tanto en una verdad objetiva como una verdad subjetiva. ¿Qué tipo de verdad tutela el derecho? Se responde que “es sin embargo evidente que la tutela, en términos jurídicos, de la identidad personal no puede extenderse hasta comprender la tutela de la verdad subjetiva, y por consiguiente la verdad de la cual se puede exigir respeto es una verdad “media”, constituida por la media de representaciones subjetivas de una determinada sociedad, de una determinada persona, cuales resultantes de hechos, situaciones y comportamientos a ella referibles (Espinoza Espinoza , 2012, pág. 413)

Paolo Zatti, citado por Juan Espinoza Espinoza señala “a cuál identidad debe hacer referencia: si – por ejemplo- a la identidad de hoy o aquella de ayer; si a la identidad consolidada resultante de antiguas militancias o a aquella que nace de una reciente evolución, con el cual el desenvolvimiento de la personalidad se haya dirigido hacia una nueva conciencia y una nueva imagen del sujeto, realizando, en definitiva a no ser siempre lo que se ha sido y a perseguir la novedad de la propia persona” (Espinoza Espinoza , 2012)

En efecto, en aras de una aprehensión dinámica del derecho a la identidad, dentro de los parámetros establecidos, cabe hablar de una suerte de derecho al olvido: ello quiere decir que si la proyección actual de la persona no corresponde a aquella que tuvo en el pasado y esta última es irrelevante socialmente, se justifica que ya no sea tenida en cuenta y no se dé a conocer. (Espinoza Espinoza , 2012, pág. 416)

Asimismo, la identidad es un derecho de distinguirse frente a otros y no solo por los rasgos objetivos (color de piel, facciones, huellas digitales, detección cibernética del iris, nombre, etc), sino también por los elementos subjetivos que conforman la naturaleza espiritual de la persona: sus principios, sus creencias, su manera de ser, su cultura y cosmovisión en general. (Marcial Rubio Correa, 2013) Es por ello que se ha dicho que el derecho a la identidad es el derecho a ser quien es, es decir a ser percibido y reconocido por los demás por ser quien es, ya que el ser humano a lo largo de su vida está llamado a autoconstruirse, a ir configurando su identidad, con sus propias características y acciones que lo diferencian de los demás. (Díaz Castillo , 2017, pág. 22)

4.1. Dimensiones del Derecho a la Identidad

El derecho a la identidad presenta dos dimensiones, una dimensión estática y una dimensión dinámica. La dimensión estática hace referencia a los datos y generales de ley de toda persona que en principio no cambia con el transcurso del tiempo.

“La identidad estática o primaria, comúnmente conocida como “identificación”, se refiere básicamente a la identificación física, biológica o registral de un sujeto - tales como el nombre, el seudónimo, la imagen, el sexo, el lugar y fecha de nacimiento, las huellas digitales, la filiación, la nacionalidad, entre otros”. (Delgado Menéndez, 2016, pág. 16)

La identidad dinámica se refiere a aquella conducta, comportamiento que tiene una persona con el transcurso del tiempo, su proyección social, es decir, uno con el tiempo y con el paso de los años va cambiando de manera de pensar, maneras de sentir, de creer, uno cambia su manera de comportarse en sociedad, su manera de opinar y su simpatía política por tal o cual tendencia, por ejemplo.

La pregunta que surge es: a quién se protege, a la persona que fue o a la persona que será. Sin duda, el derecho a la identidad dinámica protege a la persona de hoy, de hoy en día, que no se le juzgue por su pasado ni se le atribuyan hechos o datos de su pasado, sino que se le respete y valore por lo que es hoy en día.

“Es por ello que podemos afirmar que la identidad dinámica, puesta de manifiesto a través del “proyecto de vida” de cada ser humano, comprende, entre otros, el derecho de cada persona a que se le reconozca como titular de sus actividades reales y potenciales y de sus principales activos, que para las mayorías en el mundo son sus tierras, viviendas y pequeños negocios, así como el derecho a que se les brinde los instrumentos jurídicos y mecanismos institucionales necesarios para realizar sus actividades y defender sus derechos dentro un sistema legal moderno e inclusivo” (Delgado Menéndez, 2016, pág. 16)

4.2. El Derecho a la Identidad en nuestro ordenamiento jurídico nacional

El derecho a la identidad constituye un Derecho Fundamental de toda persona. Como todo derecho fundamental tiene mayor jerarquía de rango, mayor valor jurídico y mayor protección de objeto, así como se presta a la indeterminación. Como todo derecho fundamental es inherente al ser humano, es inviolable, imprescriptible, inalienable y absoluto.

Se encuentra reconocido y establecido en la Constitución Política del Perú, tal como se señala en su artículo 2° inciso 1): “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.”

Asimismo, en el artículo 19° de la Constitución Política del Perú, hace referencia al derecho a la identidad de la persona: “Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural.”

De igual forma, en el Código del Niño y Adolescente, se encuentra un desarrollo más extenso del derecho a la identidad, el cual en su artículo 6° prescribe lo siguiente: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también el derecho al desarrollo integral de su personalidad.”

Al respecto es importante reconocer que dentro del Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH) 2018-2021 se incluye a las personas LGTBI. El Director General de Derechos Humanos, Pedro P. Grández Castro, precisa que “el Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH) 2018-2021, constituye la principal herramienta de política pública con la que cuenta en la actualidad el Estado peruano para el seguimiento de indicadores relacionados con la vigencia y eficacia de los derechos humanos (Humanos, 2018)

Es así que el lineamiento estratégico Nro. 3 se refiere al diseño y ejecución de políticas a favor de los grupos de especial protección. Se consideran así a: un “colectivo de personas que no necesariamente han establecido relaciones directas entre sí, pero que están vinculadas por una situación de potencial o real afectación a sus derechos, lo que puede conllevar: i) su sometimiento a un estado de vulnerabilidad temporal o permanente, ii) la necesidad de que se asegure su existencia o la preservación inmediata de su integridad física y mental a través de medidas institucionales, y iii) la sujeción a condiciones de trato desigual y discriminatorio que es resultado del ejercicio de un fenómeno de abuso de poder que puede llegar a considerarse “normalizado” socialmente”. (Humanos, 2018, pág. 77)

De los trece grupos identificados, entre ellos se ubica a las personas LGTBI. “Por sus características y la situación de vulnerabilidad que enfrentan, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas dirigidas a garantizar el goce y ejercicio de sus derechos. Esto supone, por ejemplo, combatir la violencia y la discriminación que pesa sobre ellas; eliminar las barreras administrativas o legales que limitan el ejercicio de sus derechos; adoptar acciones afirmativas que permitan compensar las desventajas históricas y sociales que les impiden actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades que los demás” (Humanos, 2018, pág. 77)

Según este manifiesto “las personas LGTBI (siglas con las que se designa a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex) enfrentan una marcada situación de violencia y discriminación en la sociedad, agravada por su normalización e invisibilización (Humanos, 2018, pág. 135)

En este contexto, “el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 incorpora a la población LGTBI como grupo de especial protección, con el objeto de proponer acciones estratégicas que coadyuven al cumplimiento de las políticas públicas diseñadas por el Estado e incluidas en diversos instrumentos normativos creados para la protección de este grupo poblacional”. (Humanos, 2018, pág. 136)

4.3. El Derecho a la Identidad sexual

Así como se hace mención al derecho a la identidad personal también existe el derecho a la identidad sexual.

También podemos encontrar dos dimensiones de la identidad sexual. Una, estática que se refiere al sexo con lo que uno nace, lo que se ve, a lo externo y que en principio no se modifica (sexo femenino o masculino) salvo situaciones especiales de hermafroditas por ejemplo.

La otra, a la identidad sexual dinámica que se encuentra constituida por la sexualidad, por la forma como uno se comporta, como uno sienta y piensa. Esta identidad si puede cambiar con el tiempo. Es decir, uno nace varón pero se comporta o siente como mujer. Tanto es así que decide

dejarse crecer el pelo, implantarse seno y someterse a operaciones de cambio de sexo. Se trata de personas que se sienten encerradas en un cuerpo que no les pertenece.

El sexo “estático (determinado por la morfología externa, cromosomas, gónadas) junto al cual se encuentra otro dinámico (manifestaciones psicológicas, sociales, en suma, el rol o la identidad sexual). De sólito el sexo estático corresponde a aquel dinámico, pero hay veces que ocurren desarmonías y, por consiguiente, nos encontramos con una diversa gama de tipos sexuales (homosexuales, hermafroditas, travestis y transexuales) (Espinoza Espinoza , 2012, pág. 436)

La respuesta a esta realidad consiste en que el Derecho regule y proteja a estas personas para de ese modo no se sientan discriminadas y sean tratadas con igualdad.

Sin duda, el derecho a la identidad sexual, como lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional hace referencia a las personas transexuales que deciden modificar su identidad cambiándose de nombre, así como de sexo, sometiéndose a operaciones quirúrgicas. Ellas deciden someterse a operaciones de cambio de sexo y para que su apariencia coincida con su nombre solicitan el cambio de sexo que aparece en su documento nacional de identidad.

“El derecho a la identidad sexual es el derecho a ser reconocido social y legalmente por el sexo sentido y deseado, aunque sea contrario al sexo natural”. (Poole, 2017, pág. 195)

Esto quiere decir que “el factor determinante del sexo de una persona ya no será el componente genético (XX para la mujer, y XY para el varón), que en la inmensa mayoría de los casos se hace visible por los órganos genitales, sino el componente psicológico. La autoridad de Louis Gooren (a quien se debe la existencia de la primera cátedra de transexualidad en la Universidad Libre de Amsterdam) ha contribuido a difundir la idea de que entre los tres principales elementos constitutivos del sexo (el cromosomático, el genital y el psicológico), los dos primeros sólo tienen un carácter “presuntivo” en el diagnóstico del sexo, y que lo determinante es el psicológico. (Poole, 2017, pág. 195)

Desde una perspectiva jurídica la necesidad de reconocer lo que se ha denominado el “derecho a la identidad sexual”, tiene su origen en la necesidad de redefinir el “sexo”, pero no desde los supuestos y planteamientos de las ciencias sociales o desde las aportaciones de las teorías sobre el sistema de sexo-género de las sociedades patriarcales, sino más bien desde la medicina y la sexología que se replantean el concepto y la diagnosis del sexo”. (Campos, 2001, pág. 19)

“Los elementos constitutivos del “sexo” (de los dos sexos) son por lo menos tres: el cromosomático, el genital y el psicológico, cuando este afirma que el sexo de los órganos sexuales externos e incluso el cromosomático sólo tiene un carácter “presuntivo” en el diagnóstico del sexo. Es decir, esos dos elementos presuponen que el individuo desarrollará un sexo psicológico acorde con el que indican sus otros dos elementos constitutivos del sexo. [...] De todo ello, se concluye en sede jurídica que el Derecho debe de prever mediante disposiciones el cambio de la mención registral de sexo para todos aquellos individuos donde el pronóstico ha fallado, en el sentido de que son individuos que no han seguido la línea pronosticada en la evolución de su identidad sexual. (Puro naturalismo)”. (Campos, 2001, pág. 24)

“Bien nos encontramos con que la medicina está proponiendo a la justicia lo que se conoce como la “teoría del sexo psicosocial”. El fundamento básico de esta teoría consiste en considerar la “subjetividad” del sexo como un dato del mismo rango científico que los datos biológicos. ¿Qué deben entender los juristas de esta teoría? Pues sencillamente que, si el sexo morfológico no coincide con el psicológico y como consecuencia de ello, no coincide con el legalmente asignado, entonces prevalece (debe prevalecer) el sexo psicológico”. (Campos, 2001, pág. 25)

Siendo esto así, “el derecho a la identidad de género es eficaz en la medida que se alcance el propósito para el cual fue creada, dar plena identidad a las personas transgénero ante la sociedad, en tal sentido, su eficacia jurídica (efectos de las normas, la aplicación de su contenido y al cumplimiento de las mismas) cumple su cometido”. (Díaz Castillo , 2017, pág. 4)

“De lo expuesto anteriormente, se puede concluir que la “identidad de género es la autoconstrucción del género con el cual el ser humano se siente identificado, el cual puede estar de acuerdo o no con el sexo con el que nace y que va asumiendo y viviendo a lo largo de su vida, de acuerdo a sus vivencias, experiencias y sentimientos, lo que lo hace único y lo diferencia de las demás personas” (Díaz Castillo , 2017, pág. 30)

“Cabe indicar que la orientación sexual es independiente del sexo biológico o de la identidad de género; se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con personas”. (Díaz Castillo , 2017, pág. 31)

5. Conclusiones

- La expresión transexual se usa cuando te consideras opuesto al sexo con el que has nacido y quieres cambiarlo. La expresión transgénero significa nacer como mujer pero no comulgar con lo femenino sino con lo masculino, pero no cambias tu anatomía. No hace falta, ni biológica ni socialmente.

- El transgénero es un término más amplio y general que describe a las personas cuyo sexo mental o identidad de género, el sentido interno de ser hombre o mujer es diferente del sexo asignado por el médico al nacer.

-La Organización Mundial de la Salud, el 18 de junio de 2018, ha movido de los trastornos mentales en el ICD a condiciones de salud sexual. El fundamento es que, si bien la evidencia ahora es clara de que no es un trastorno mental, y de hecho clasificarlo en esto puede causar un enorme estigma para las personas transgénero.

-Lo cierto es que desde hace un buen tiempo se vienen realizando operaciones de cambio de sexo. Si una persona decide cambiarse de nombre y operarse como del sexo opuesto, es lógico y racional que desee que en su partida de nacimiento y documento nacional de identidad su sexo coincida con su aspecto físico y con su nombre.

-El Derecho no puede ser renuente a aceptar dicha realidad, es decir, “el derecho se debe enfrentar ante lo que la medicina y sexología oficial califica

-El Derecho a la Identidad sexual tiene dos dimensiones: Una, estática que se refiere al sexo con lo que uno nace, lo que se ve, a lo externo y que en principio no se modifica (sexo femenino o masculino) salvo situaciones especiales de hermafroditas por ejemplo. La otra, a la identidad sexual dinámica que se encuentra constituida por la sexualidad, por la forma como uno se comporta, como uno siente y piensa. Esta identidad si puede cambiar con el tiempo.

-El derecho a la identidad sexual, como lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional hace referencia a las personas transexuales que deciden modificar su identidad cambiándose de nombre así como de sexo, sometiéndose a operaciones quirúrgicas. Ellas deciden someterse a operaciones de cambio de sexo y para que su apariencia coincida con su nombre solicitan el cambio de sexo que aparece en su documento nacional de identidad.

6. Referencias Bibliográficas

- Blume, E. (24 de Noviembre de 2016). Derecho a la identidad: ser lo que se es.
- Campos, A. (2001). La transexualidad y el derecho a la identidad sexual. Universidad del País Vasco . Recuperado el 30 de Noviembre de 2018, de <http://www.felgtb.org/rs/1027/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868/ece/filename/la-transexualidad-y-el-derecho-a-la-identidad-sexual.pdf>
- Cárdenas Krenz, R. (2015). El Derecho a la identidad biológica de las personas . *PERSONA Y FAMILIA N° 04* (1) 2015, 47-65.
- Delgado Menéndez, M. (2016). *El derecho a la identidad: una visión dinámica*. Lima : Tesis PUCP.
- Díaz Castillo , A. (2017). *La protección del Derecho a la identidad de género en las personas transgénero*. Trujillo: Tesis. *Difiere*. (s.f.). Obtenido de <https://difiere.com/diferencia-transgenero-transexual/>
- Espinoza Espinoza , J. (2012). *Derecho de las Personas. Concebido y Personas Naturales* (Sexta ed., Vol. I). Lima: Grijley. Humanos, M. d. (2018). *Plan Nacional de Derechos Humanos 2018 - 2021*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- *Organización Mundial de la Salud*. (Junio de 2018). Recuperado el 04 de Diciembre de 2018, de <http://www.who.int/health-topics/international-classification-of-diseases>
- Poole, D. (2017). *El derecho a la identidad sexual*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2018, de Vlex España: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/derecho-identidad-sexual-643518237>
- Sánchez Fernández, E. (22 de Junio de 2017). ¿Sabemos diferenciar transexual de transgénero? *El País*

Fecha de recepción: 14 de setiembre de 2018

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2018