

Hacia una verdadera comprensión de la tutela del derecho a la identidad de las personas trans en el Perú

Por Pamela Andrés Del Castillo¹

INTRODUCCIÓN

Según el Informe “Violencia contra las Personas LGTBI” publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) , las personas trans, en especial las mujeres, se ven expuestas a un mayor riesgo de sufrir violencia y un alto grado de criminalización debido a la confluencia de diversos factores entre los que se encuentra *la falta de reconocimiento de su identidad de género* (pág.26). En ese mismo sentido, la Defensoría del Pueblo (2016) de nuestro país ha establecido que, para que este colectivo pueda ejercer su plena ciudadanía y acceder de manera efectiva a todos sus derechos, es necesario que el Estado peruano tenga en cuenta que el cambio de nombre y/o sexo de las personas trans es una manifestación válida de su derecho a la identidad (pág.142).

Sin embargo, y tal como es alertado por el Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2017), numerosos Estados obligan a las personas trans a someterse a una intervención quirúrgica de reafirmación de género, o a otros procedimientos médicos, como la evaluación psicológica, la terapia de conversión, la esterilización y también el divorcio como requisitos para otorgarles el cambio de nombre y sexo en sus documentos de identidad (pág.19). Así, por ejemplo, las personas trans en nuestro país se enfrentan a la exigencia de diversos requisitos o pericias que, en algunos casos, resultan invasivas y vulneratorias a otros derechos (Defensoría del Pueblo, 2016, pág. 119).

Al respecto cabe alertar que detrás de la situación expuesta se encuentra una deficiente comprensión de lo que significa el tutelar el derecho a la identidad de dicho colectivo. De esa manera, el disponer los requisitos anteriormente mencionados significa ignorar que la identidad de una persona trans es una continua autoconstrucción en la cual confluyen diversos elementos, siendo uno de los principales el cómo ellas hacen suyo y determinan su propio género desafiando los patrones culturales asociados a su corporalidad.

Dichas exigencias también soslayan que si bien el derecho a la identidad es caracterizado como un derecho civil por excelencia, debido a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, su vulneración genera consecuencias gravosas para el ejercicio de importantes derechos “sociales” tales como el derecho a la salud, educación y trabajo, lo cual determina la situación de exclusión social en la que se encuentran, en su mayoría, el colectivo trans.

En razón de lo anterior, el presente ensayo busca posicionar dos cuestiones centrales que el Estado Peruano se encuentra obligado a atender al tutelar el derecho a la identidad de las personas trans: (i) las complejas relaciones entre el sexo, identidad de género y nombre que su identidad desafía y (ii) la gravedad y el carácter pluriofensivo del daño que conlleva el obligarlas a verse reconocidas e identificadas con un nombre y sexo diferente al suyo.

Para ello será necesario, en primer lugar, desarrollar el modelo médico bajo el cual se ha entendido a la identidad de género de las personas trans como una enfermedad,

¹ Estudiante del Sexto Año de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinadora General del Círculo de Derechos Humanos – UNMSM. Practicante del Área Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

para luego presentar el paradigma de derechos humanos que nos servirá de marco teórico para sustentar nuestras ideas, lo cual nos permitirá sustentar la necesidad de que se reinterprete el principio de igualdad y no discriminación como una igualdad de reconocimiento y de redistribución económica, y con ello, se revalore las vulneraciones originadas a sus derechos derivadas de la falta de reconocimiento de su identidad de género.

Como corolario de esta pequeña introducción es menester reproducir la lúcida reflexión hecha por la profesora Laura Saldivia (2017) al abordar la temática trans:

“(…) la situación de vulnerabilidad en la que se hallan las personas trans no implica que sean consideradas como víctimas pasivas de tal situación, sino que, por el contrario, debe partirse por la idea de que las personas transgéneros *son sujetos de derecho a quienes se les está impidiendo poder ejercerlos* y que el Estado es el principal responsable de esta violación ya que sobre él recae la obligación de hacer cumplir los derechos de las personas en situaciones más desventajadas. “ (pág.105) (cursiva nuestra)

I. MÁS ALLA DE LA MEDICINA: EL PARADIGMA DE DERECHOS HUMANOS

¿La “transexualidad” es un error?

Lamentablemente, aún hoy las personas trans se ven estigmatizadas al ser consideradas como “enfermas mentales”, debido a la creencia de que su diferencia es producto de un error que justifica calificar a su identidad de género diversa como una “desviación” ubicada por fuera de los parámetros de una sexualidad normal.

Lo anterior responde a la existencia de una “*perspectiva biomédica y de las ciencias psi dominantes*” (Martinez y Montenegro, 2011) donde la diversidad trans encuentra su explicación en la categoría médica denominada “disforia de género”, la cual es definida como aquella incongruencia marcada entre el sexo que le ha sido asignado a una persona (normalmente en el nacimiento, lo que se refiere como “sexo natal”) y el sexo que ella siente o expresa lo cual le causa un malestar (APA, 2013, pág. 451). Esta categoría se encuentra incluida dentro de la quinta versión del Manual de Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación de Psiquiatría Americana (DSM V).

Esta perspectiva reproduce aquella práctica denunciada por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental(2017):” (...) los diagnósticos de salud mental se han utilizado indebidamente para considerar como patologías determinadas identidades y otros tipos de diversidad (...)” (pág.13) . Así las personas trans no son las únicas dentro de la comunidad LGBTI que estuvieron sometidas a dicha práctica, como muestra de ello, la orientación sexual fue considerada una “patología” de manera oficial hasta 1973 según la Asociación Psiquiátrica Americana y hasta 1990 según la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud. (Cáceres, Talavera y Reynoso, 2013, pág. 699)

Bajo una perspectiva médica la atención en salud hacia las personas trans se ve supeditada a que exista un diagnóstico de disforia de género, lo cual las obliga a verse sometidas a distintas evaluaciones psicológicas donde el personal médico se encuentra facultado a escudriñar en la vivencia de su sexualidad a fin de “comprobar que no dice mentiras respecto de su sexo”, realizando preguntas que contribuyen a perpetuar los prejuicios asociados a los géneros femenino y masculino.

Sumado a lo expuesto, bajo ella se considera que las personas trans son merecedoras que su identidad de género sea “tratada” mediante un proceso triádico donde primero

deben pasar necesariamente por un tratamiento psiquiátrico, luego un tratamiento hormonal feminizante o masculinizante y finalmente deben someterse a una cirugía de reafirmación de género (STP, 2012, pág. 18). Mediante dicha imposición se privilegia la “adaptación” de la identidad de género de la persona a una de los extremos “aceptados” de nuestro sistema binario del sexo/género (femenino/masculino), ignorando sus deseos, decisiones y vivencias diversas y desconociendo el derecho que les asiste a un consentimiento libre e informado respecto de todo procedimiento médico.

Afortunadamente, debido a los nuevos avances científicos y al activismo ejercido por la propia comunidad trans, cada vez es menos valedero el considerar a la “transexualidad” como una enfermedad. Es por ello que dentro de los trabajos de elaboración de la 11 edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, el Grupo de Trabajo sobre Trastornos sexuales y la salud sexual ha recomendado el cambio de nombre de los llamados “trastornos de la identidad de género” por “incongruencias de género” y su reubicación de su actual ubicación: el capítulo de “Desórdenes mentales y conductuales” ,al capítulo de “Condiciones relacionadas a la Salud Sexual”(Adrián, 2013, pág. 64)

Si bien lo anteriormente descrito representa un gran avance para la lucha por la despatologización trans, todavía no es suficiente. Desafortunadamente, la creencia de que la identidad de género diversa de las personas trans es producto de una patología se encuentra inserta dentro de los profundos principios de heteronormatividad, cisonormatividad y binarios de sexo y género que comparten las sociedades occidentales como la nuestra (CIDH, 2015 , pág. 291).

Como muestra de lo anterior, en el año 2014 el colegiado que presidía el Tribunal Constitucional de nuestro país emitió la infame sentencia “PEMM” donde calificó a la “transexualidad” como “un trastorno mental, en el que no hay ninguna patología anatómica o genética” denegando el pedido de cambio de sexo registral que exigía la recurrente a fin de remediar las vulneraciones que dicha omisión generaba a su derecho a la identidad. Sin encontrarse satisfechos con ello, establecieron dicho criterio como “*doctrina constitucional vinculante*”, es decir, como una interpretación que debía ser atendida por la judicatura nacional en virtud del artículo VI del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Constitucional. De esa manera se institucionalizó discursos transfóbicos dentro de nuestro medio jurídico, lo cual tuvo oportunidad de ser remediado años después , tras la llegada de un nuevo colegiado, en el Caso “Ana María Romero Saldarriaga” el cual será tratado en párrafos posteriores.

Sin embargo, el caso “PEMM” no es la única muestra del arraigo del discurso patologizador dentro de las resoluciones emitidas por los Tribunales de Justicia. Así si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el órgano de supervisión de derechos humanos que ha resuelto el mayor número de casos sobre los derechos de las personas trans, su razonamiento en ellos se encontró guiado por consideraciones propias del discurso médico. Como ejemplo de lo anterior, dicho Tribunal estableció como un argumento a favor de otorgarle el cambio de sus datos registrales a Christine Goodwin, en el famoso *leading case* Goodwin vs Reino Unido, la idea de que “la *situación insatisfactoria* en la que los transexuales postoperatorios viven al encontrarse en una zona intermedia donde es un género o el otro, ya no es sostenible” asumiendo de esa manera que el *sufrimiento* de las personas trans por no lograr adaptarse a un determinado género es el factor que determina su reconocimiento legal.

En efecto, la perspectiva médica, a través del mencionado “malestar” o “sufrimiento”, ha sido utilizada como un recurso para lograr que las personas trans puedan acceder al ejercicio de diversos derechos, siendo uno de ellos la inclusión de tratamientos

hormonales y cirugías de reafirmación de género dentro de los sistemas de sanidad pública. Es por lo anterior que se hace necesario que el discurso sobre la despatologización trans proponga una nueva fórmula para que las personas trans no pierdan el derecho a una atención sanitaria, algo que se interpreta que es más factible si se apela a un supuesto carácter patológico de la transexualidad, aunque sólo sea de forma estratégica. (Coll-Planas y Missé, 2010, pág. 52).

Un ejemplo de la confrontación entre el discurso médico y el discurso despatologizador se pudo ver en la Acción de Tutela T-918 del año 2012 conocida por la Corte Constitucional Colombiana. En ella se discutía si la negativa de una Empresa Prestadora de Salud de otorgarle una cirugía de reafirmación de género a una mujer trans era atentatoria a su dignidad, identidad sexual, libre desarrollo de la personalidad, entre otros derechos, si la misma se encontraba justificada bajo el argumento de que “el Síndrome de Harry Benjamín (nombre con el que también se conoce a la disforia de género) no se cataloga como una enfermedad sino como una condición del sexo”. Como respuesta a ese planteamiento, el Tribunal colombiano desarrolló, si bien de forma aún incipiente, algunas ideas básicas que sustentan el discurso de derechos humanos al establecer que:

“(...) de ninguna manera la Corte considera que el transgenerismo constituye una enfermedad o una categoría psiquiátrica, o que se requiera el diagnóstico de disforia de género para acceder a los servicios de salud relacionados con su identidad. Por el contrario, se reitera que el tránsito del género asignado socialmente a otro género puede impedirle vivir en un estado de bienestar general. Adicionalmente, el impacto social que le puede generar la no realización de la reasignación de sexo podría acarrear consecuencias de índole mental, física y emocional.” (cursiva nuestra)

De esa manera, dicho colegiado reconoció que las personas trans cuentan con necesidades específicas en materia sanitaria que deben ser atendidas por los Estados, toda vez que, el no hacerlo compromete los derechos de la comunidad trans a la igualdad y no discriminación, identidad, salud, y en última instancia, desconoce la dignidad y autonomía que como seres humanos ellas poseen.

¿Y sus derechos humanos?

Con el fin de hacerle frente a la patologización de las identidades trans, dentro del ámbito académico y activista se ha venido desarrollando un nuevo paradigma que aborde de mejor manera la complejidad de la vivencia de las personas trans. Es así que el *paradigma de derechos humanos* es un nuevo discurso que hoy viene siendo utilizado por diversas plataformas, el cual no busca únicamente la desclasificación del trastorno de los manuales de enfermedades, sino que reivindica el mensaje de que las personas trans son sujetos activos, con capacidad para decidir por sí mismas, devolviéndoles así su autonomía y la responsabilidad sobre sus propios cuerpos que el discurso médico les había arrebatado. (Coll-Planas y Missé , 2010, pág. 46).

De ese modo, las ideas que este nuevo paradigma propugna se pueden resumir en 3 planteamientos centrales: (i) el sexo de una persona no se puede entender únicamente desde el plano biológico, (ii) todos poseemos la libertad de poder auto determinarnos más allá de los patrones culturales asociados a nuestro sexo y/o género y (iii) no es admisible el discriminar a una persona en base a la identidad de género que ella posee.

En relación al primer punto, la idea de que el sexo se sustenta únicamente en un sustrato biológico es de larga data. En efecto, tradicionalmente se ha considerado que esta categoría hace referencia únicamente a los cuerpos sexuados de las personas; esto es a las características biológicas (genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas), a partir de las cuales las personas son clasificadas como machos o

hembras al nacer (SCJN, 2014, pág.12), contraponiéndose así al significado de la categoría género la cual es definida como las características socialmente construidas de las mujeres y los hombres, tales como las normas, los roles y las relaciones que existen entre ellos (WHO, 2015). De esa manera, si bien esa distinción fue elaborada por el ámbito médico, el género fue usado como una herramienta por el feminismo con el fin de articular la lucha en contra de la noción de la biología como destino y causa —natural de la división del trabajo y roles sociales. (Soley- Beltrán, 2013, pág 46)

A pesar de su gran utilidad teórica, la distinción sexo/género trajo consigo un sistema bipolar que dejó como “natural” la división entre dos extremos normativos: el par hombre / mujer. (Saldivia, 2017, pág. 43) Con ello se dejó establecido que solamente “es normal y natural” la existencia de dos modelos a los cuales nuestra sexualidad se encuentra obligada a responder, excluyéndose así numerosas experiencias de personas trans o intersex que justamente con su corporalidad y vivir diario desafían la existencia de un solo modo de ser “mujer”, “hombre” o la del mismo sistema binario al no identificarse con ninguna de esas categorías.

Como ejemplo de dicha “naturalización binaria”, es menester resaltar que la asignación hecha al nacer del sexo denominado “biológico” en verdad responde a la verificación de si la corporalidad del individuo se aproxima a aquellos patrones aceptados culturalmente que deben poseer los cuerpos del “hombre” y “mujer”. En otras palabras, el sistema de clasificación de los cuerpos en medicina no hace más que retomar un acto cotidiano, cuya reiteración lo instituye como obvio: mirar entre las piernas del recién nacido para buscar la presencia o ausencia de pene. (Eva Alcantara).

En base a las ideas anteriormente expuestas es que se puede concluir que lo considerado como “natural”, “normal” o “ambiguo” dependerá necesariamente de la concepción que prevalezca sobre el género y el sexo en un lugar determinado y en una época específica (Saldivia, 2017, pág.46), en otras palabras, que a fin de entender el sexo es necesario tomar en cuenta el género y viceversa.

De ese modo, al encontrarse la persona inmersa en un sistema cultural de expectativas, conductas y deseos asociadas a una de las dos “posibles” categorías sexuales presentes en su partida de nacimiento, será bajo dicho marco donde desarrollará su subjetividad, es decir, su propia identidad. Es en esta formación identitaria donde las personas no sólo tomamos en cuenta los datos biológicos con los que nacimos, sino también contamos con nuestras propias experiencias y vivencias en torno a ellas, las cuales pueden diferir y no reproducir de lo “culturalmente” esperado de nuestro sustrato biológico.

En virtud al reconocimiento de que a pesar de un sistema cultural poderoso relacionado a nuestra sexualidad, aún poseemos una capacidad de agencia respecto a ella, es que se desarrolló el significado actual del concepto de “identidad de género”, el cual es definido como la propia vivencia interna del género, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento (Principios de Yogyakarta, 2006). Con ello se dejó sentado la idea de que no necesariamente a unos atributos anatómicos/fisiológicos les pertenece una identidad particular (Martinez y Montenegro, 2011), siendo necesario entonces considerar que el individuo es libre de autodeterminarse y desarrollarse sexualmente más allá de lo que le pueda dictar un “determinismo biológico” que mal entendido siempre se ha relacionado con el sexo.

Establecido lo anterior y en relación al segundo punto, es importante resaltar que si bien toda persona cuenta con una propia identidad de género dentro su construcción identitaria, serán las personas trans las que poseerán como denominador común el que su sexo asignado al nacer no concuerda con su identidad de género (Principios de Yogyakarta). Es aquí donde justamente donde radica su diferencia, la cual hace nos

exige repensar toda nuestra matriz cultural binaria ya que esta nos determina en función de la asignación del sexo “biológico” realizado al nacer.

En efecto, existen muchos acuerdos sociales explícitos e implícitos sobre aspectos, arreglos e instituciones básicas de nuestra vida y de nuestra sociedad que van desde que color y prendas de vestir le corresponden a cada sexo - género, qué fila formar en la escuela o en la mesa electoral, qué baño público utilizar, etc (Saldivia, 2017, pág. 51) las cuales se encuentran desafiadas por la existencia de las identidades trans ya que estas develan la maleabilidad, la porosidad y la artificialidad de las categorías identitarias naturalizadas (Martinez y Montenegro, 2011).Es así que dicha matriz binaria se ve forzada a adaptarse - y con ello implícitamente cuestionar sus bases- a fin de no excluir más a las personas trans del sistema social.

De esa manera, es cada vez mayor el reconocimiento de que las personas trans son quienes tienen la autonomía de poder establecer diversas decisiones en base a su identidad de género, tal como lo es por ejemplo, el optar por un cambio de nombre y sexo registral. Es por lo anterior que no es posible aceptar que exista una sola manera de “vivir” ni “expresar” un determinado género, siendo las posibilidades y decisiones que las personas puedan tomar respecto a ello infinitas, lo cual respalda la idea de que no es la decisión de modificar el nombre, el adoptar una determinada indumentaria, el someterse a una cirugía de reasignación de género, o el diagnóstico de disforia de género lo que determina la identidad sexual de una persona trans, sino el criterio preponderante se encuentra en su propia *auto identificación*, es decir, la respuesta está en su subjetividad.

Comprendiendo lo expuesto es que se hace necesario defender el tercer punto: no es admisible el discriminar a una persona en base a la identidad de género que ella posee. Así si aceptamos el hecho de que la diferencia trans no responde a una enfermedad , sino más bien, a la transgresión de normas naturalizadas sobre cómo debe responder un determinado género y sexo es que se cae el argumento de que exista una justificación válida para realizar una distinción entre las personas trans y quienes no lo son. En efecto, y tal como lo expuse anteriormente, si somos conscientes de que existe un marco cultural binario que, a lo largo del tiempo, ha expulsado del circuito social a determinadas identidades, es nuestro deber utilizar herramientas tales como el principio de igualdad y no discriminación las cuales han sido diseñadas justamente para remediar desigualdades culturalmente creadas y permitir el acceso de las minorías a los derechos que tradicionalmente les fueron negados.

La importancia de lo anterior ha hecho que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como Atala Riffo y niñas vs. Chile y Duque vs. Colombia haya ratificado que la “identidad de género” es una *categoría protegida* por la Convención Americana de Derechos Humanos lo cual obliga a los Estados a garantizar que 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 cómo viva su género.

Sin embargo, y tal como será visto en el siguiente título, es necesario el repensar también el significado de dicho principio a fin de que se convierta en un recurso teórico que pueda combatir situaciones que existen en la práctica donde no se encuentra afectada una sola persona, sino toda una colectividad y no sólo de una determinada manera, sino de múltiples formas que responden justamente a un sistema cultural profundamente enraizado en nuestras sociedades.

II. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS TRANS: ALGO MÁS QUE UN DERECHO CIVIL

Rediseñando el principio de igualdad y no discriminación

Comúnmente el principio de igualdad y no discriminación ha sido definido como aquella obligación estatal de tratar igual a los iguales y tratar desigual a los diferentes. Así, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00018-2003-AI/TC ha establecido que el resguardo de la igualdad implica:

- a) “Paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes;
- b) Paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva, para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones”

Sin embargo, es preciso hacer eco de lo expuesto por los autores Laura Clérico y Martín Aldao (2011):

“Una interpretación meramente formal de la igualdad o incluso como igualdad jurídico-material tiene el defecto de *esconder*, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia, pero que a la vez, tampoco pueden ser resueltos dentro del estrecho marco de los derechos individuales.” (pág. 166) (cursiva nuestra)

Es importante reconocer que si bien una visión peca de insuficiente y parcial si solo enfoca la vulneración de derechos como un evento aislado y agota su análisis en la afectación de un solo individuo, ese ha sido el derrotero que las interpretaciones tradicionales sobre la igualdad han seguido. Es en virtud a la visibilidad de situaciones altamente discriminatorias, que se ha vuelto una exigencia el tomar como factor de análisis las estructuras sociales y culturales sobre las cuales descansan dichas prácticas y ocurre la discriminación con el fin de redimensionar y reconceptualizar las obligaciones que tienen los Estados frente a ellas y tratar de revertirlas.

De esa manera, los autores anteriormente citados proponen el tomar en cuenta las demandas de reconocimiento y redistribución de los colectivos sociales rediseñando la igualdad al establecer una doble visión sobre ella: una igualdad como *reconocimiento* y una igualdad como *redistribución*. En ese sentido, la *igualdad como reconocimiento* busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas, mientras que la *igualdad como redistribución* hace mención a la transformación de las relaciones de producción lo cual constituye el remedio fundamental para la solución de las desigualdades. (Clérico y Aldao, 2011, págs. 166 y 167).

Así las demandas de las personas trans se encuentran marcadas por reivindicaciones que responden tanto a obtener un *reconocimiento* al propugnar por el desmantelamiento de jerarquías de estatus a fin de que cese el desprecio institucionalizado hacia ellas y también ser partícipes de la *redistribución económica* ya que se necesita transformar las condiciones paupérrimas en las que viven, es decir, las estructuras económicas que les niegan los medios necesarios para su interacción con las demás personas como iguales. (Saldivia, 2017, pág.106)

En efecto, la lucha por la igualdad de las personas trans implica buscar su reconocimiento ya que el bregar por la despatologización de su identidad de género a fin de que sea reconocida como parte de la diversidad humana y no como “producto de un error” significa el contradecir su calificación como “personas enfermas” y el tratamiento diferenciado que les fue dado respecto a las personas cisgénero al haberseles impuesto requisitos irrazonables y arbitrarios a fin de poder ver reconocido sus derechos, algunos tan básicos como lo es el ejercicio de su identidad.

Por otro lado, es importante notar que la lucha de la personas trans no se agota en lo anteriormente descrito sino también abarca el cuestionamiento hacia su papel en el medio económico ya que ellas, y en especial las mujeres trans, se encuentran relegadas casi obligatoriamente al trabajo sexual” y a las precarias condiciones asociadas a éste, mientras que les son vedados otros espacios laborales (Morán Faundez, 2015, pág. 274). Con ello se hace necesario notar que la división sexual del trabajo existente en nuestras sociedades repercute de manera desproporcionada sobre ellas, siendo destinadas a condiciones de vida de donde difícilmente podrán salir por sus propios medios impidiendo así la satisfacción de sus necesidades básicas.

Cabe resaltar que con lo expuesto no se trata de uniformizar las experiencias trans y establecer desde el exterior cual es el camino que deben seguir sus luchas y reivindicaciones, sino por el contrario, se trata de exponer un marco teórico valioso que permitirá el entender la necesidad de que se reconozca la autonomía de este colectivo ya que contribuirá a la construcción de una democracia deliberativa en nuestro país donde se pueda abrir la esfera pública a la participación de todos y todas como iguales.

Transformando el derecho a la identidad

Esta situación de marginalización social en la que, en su mayoría, se encuentran las personas trans hace necesario que se desarrollen respuestas estatales destinadas a integrar estos dos tipos demandas, lo cual exige abordar su lucha por lograr un cambio de nombre y sexo no sólo como una reivindicación destinada a defender su derecho a la identidad en el ámbito social sino también como una lucha destinada a que se les brinde el debido respeto a su diferencia en ámbitos sanitarios, educativos, laborales, entre otros, los cuales justamente les permiten obtener herramientas a fin de superar la desigualdad económica en la que se encuentran.

En efecto el derecho a la identidad, consagrado en el inciso 1) del art. 2 de nuestra Constitución Política, ha sido definido por nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2273-2005- PHC/TC, como “*el derecho de toda persona a ser reconocida estrictamente por lo que es y por el modo cómo es*”. Así se puede inferir que la identidad es una realidad extra legal que amerita ser respetada al nacer de la subjetividad del propio individuo, lo cual hace necesario el diseño de mecanismos legales a fin de resguardar esta proyección de la persona en el ámbito social.

En ese sentido, es menester comprender la diferencia existente entre la identidad y la identificación de una persona ya que con ella se podrá vislumbrar la magnitud de la invisibilización de la identidad trans dentro de los circuitos de identificación oficiales. Para dichos efectos se hace necesario recoger el planteamiento realizado por la autora argentina Paula Siverino (2014) :

“La identificación es posterior a la identidad, necesariamente posterior, *ya que no puede identificarse lo que no existe*. Dicho de otra manera, no debe confundirse el derecho fundamental a la identidad con los signos visibles tenidos en cuenta a fin de establecer una identificación. El asiento documental donde constan los datos personales plasmados para identificar no confiere una identidad, sino que, simplemente, en un momento dado, frente a los datos que se le ofrecen y según criterios establecidos, delimita y plasma los rasgos que como evidentes, se le presentan. *El proceso de identificación reconoce lo que es.*” (pág. 8) (cursiva nuestra)

Dicho proceso de identificación se lleva a cabo a través de la expedición de ciertos documentos básicos a la persona tales como lo son su certificado de nacimiento, su documento nacional de identidad, entre otros. Son los datos recogidos en estos lo

cuales conforman su identidad legal, es decir, la manera en la que el Estado aprehende su subjetividad y las da a conocer en el ámbito público.

Sin embargo, al encontrarse expuestas a ser identificadas bajo datos (sexo y nombre) registrados tomando como base la genitalidad con la que nacieron, es necesario que se brinde a las personas trans mecanismos que faciliten su cambio registral a fin de no vulnerar su subjetividad. Así todo cuestionamiento realizado a la posibilidad de realizar dicha modificación genera una serie de dificultades como la persistencia de personas indocumentadas o la imposibilidad de modificar el nombre y sexo de las personas trans en los registros civiles y, por ende, en el DNI, siendo obligadas a mantener una identificación oficial que no corresponde con su verdadera identidad. (Defensoría del Pueblo, 2016, pág. 64).

Aunado a lo anterior es importante resaltar que el suplir dicha deficiencia ayuda también a combatir la aparición de situaciones discriminatorias que pueden sufrir las personas trans al quedar develada su identidad de género cada vez que ellas deseen identificarse. Es en razón a ello que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) ha establecido que dentro de la obligación de prevenir y combatir la violencia hacia las personas LGTBI se encuentra la necesidad de establecer un marco jurídico que las proteja de la discriminación donde se encuentra la adopción de leyes de identidad de género (pág. 243) tal como ha sido realizado por países como Argentina o Bolivia.

Es preciso resaltar que la diversidad de experiencia comparada no puede ser interpretada como la existencia de una facultad discrecional que asiste a los Estados sobre el cómo deben disponer los mecanismos que permitan el cambio registral ya que ello implicaría desconocer la prohibición de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto dada por la Convención Americana de Derechos Humanos. Es por ello que toda medida destinada a remediar la situación de indocumentación de las personas trans debe producir los resultados para los cuales fue diseñada, no pudiéndose apartar del paradigma de derechos humanos explicado anteriormente ya que el desconocerlo implica la vulneración de otros derechos tal como lo son su integridad personal o vida privada.

Sin embargo el análisis realizado no puede agotarse meramente en lo expuesto, sino que es preciso visibilizar que la discordancia identitaria entre la realidad de una persona trans y sus documentos es el primer obstáculo que enfrentan a la hora de insertarse en el mercado laboral, continuar sus estudios, acceder a la salud, en definitiva, para ser consideradas como ciudadanas plenas. (Saldivia, 2017, pág. 116). Así si bien el modificar registralmente el nombre y el sexo no debe ser considerado como un requisito para el acceso a determinados derechos, el no contar con documentación que contenga los datos con los cuales se identifica una personas trans *dificulta* enormemente la atención y trato igualitario que ella se encuentra en el derecho de recibir.

Un ejemplo de lo anterior se pudo ver en la Acción de Tutela T-363/16 resuelta por la Corte Constitucional Colombiana donde una institución educativa se negó a brindar a un estudiante un trato acorde a su identidad de género diversa bajo el argumento de que no había iniciado un procedimiento registral a fin de modificar sus datos, imponiéndole de ese modo una carga desproporcionada a fin de respetar su subjetividad en condiciones de igualdad ya que la decisión de modificar o no su nombre registral es parte de su fuero íntimo y vida privada por lo que no cabe obligación alguna por parte de terceros.

Similar situación se pudo ver en nuestro país donde a raíz de la aprobación de la iniciativa “Reforma Trans” la cual buscaba que los estudiantes trans de la Pontificia Universidad Católica del Perú pudiesen tener, entre otras cosas, el acceso a una documentación interna en la cual se reconozca su identidad de género diversa, numerosas voces, entre ellas la de Marcial Rubio, rector de la institución educativa, se opusieron a la misma al considerar que la Universidad no puede colocar en la tarjeta de identidad de sus alumnos un nombre distinto al que figura en su DNI, negando con ello la posibilidad de una educación universitaria en totales condiciones de igualdad a dicho colectivo.

Es por lo expuesto que cabe concluir que solamente analizando la repercusión e impacto de la negativa del reconocimiento legal de la identidad de género de las personas trans es que se hace visible la necesidad y urgencia de una respuesta eficaz por parte de los estados, una que no implique un retroceso ni regresión sino que, por el contrario, comprenda la diversidad trans en su totalidad.

III. LO QUE EL CASO “ANA MARÍA ROMERO SALDARRIAGA” NOS DEJÓ

A manera de finalizar este presente ensayo, es preciso analizar la reciente jurisprudencia dada por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 06040-2015-PA/TC, más conocida como el caso “Ana María Romero Saldarriaga”, mediante la cual se deja sin efectos los criterios establecidos en el caso anteriormente comentado “PEMM”.

En su demanda la recurrente, una mujer trans, solicita un cambio registral de nombre y sexo en sus documentos nacionales de identificación debido a que la no existencia de un recurso en el ordenamiento peruano la obliga a interponer un recurso de amparo a fin de ver tutelados sus derechos a la identidad, libre desarrollo de la personalidad y salud.

Así en primera instancia, el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín declaró fundado su recurso al apartarse de la doctrina vinculante establecida en el caso “PEMM”, ya que ésta contraviene las obligaciones establecidas en los tratados internacionales a cargo del estado peruano. Establecido lo anterior, y tras un recuento de los pronunciamientos de los órganos internacionales y las diversas sentencias aisladas dadas en nuestro ordenamiento jurídico, declara que existe una omisión estatal de legislar sobre las pretensiones de cambio de sexo registral por las personas trans por lo que la jurisdicción constitucional es quien debe suplir dicha ausencia normativa. En ese sentido, y tras un análisis de los medios probatorios presentados por la recurrente, determina que el negarle el cambio de nombre y sexo registral vulnera los derechos alegados.

Sin embargo, esta decisión sería revocada en segunda instancia por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín quien declaró su improcedencia bajo el argumento de que existen otras vías igualmente satisfactorias para dilucidar las pretensiones de la recurrente.

Ese argumento sería replicado en la decisión de la mayoría del colegiado del Tribunal Constitucional al desestimar el recurso de agravio constitucional presentado por la recurrente. Así tras modificar los criterios establecidos en el caso PEMM referidos a la concepción de la transexualidad como una enfermedad, habilitaron el procedimiento sumarísimo como una vía por la cual los jueces pueden tutelar las solicitudes de cambio de nombre y sexo de las personas trans en atención a que *existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal.*

A pesar de que esta sentencia representa un avance en el reconocimiento legal de la identidad de género, lamentablemente aún no se adecua totalmente a los parámetros establecidos por el paradigma de derechos humanos. Ello es así toda vez que se posiciona de manera confusa acerca de considerar a la “transexualidad” como una enfermedad, utilizando en sus argumentos la categoría de “disforia de género” la cual, como vimos anteriormente, responde a una concepción médica sobre la diversidad trans:

“9. En consecuencia, el transexualismo *debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología*; así las cosas, y en consonancia con estas evidencias, respaldas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por organismos internacionales, corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC 0139-2013-PA.” (cursiva nuestra)

De esa manera, la mayoría continua equiparando a la diversidad trans con “aquella molestia generada por la falta de correspondencia entre la identidad de género de la persona y su sexo biológico”, lo cual lleva a concluir que todavía se asocia la identidad trans con una suerte de sufrimiento inherente a él.

Sumado a lo anterior, la sentencia tiene el defecto de no considerar el problema de la identidad de las personas trans en nuestro país de manera global, esto es, entendiendo que el caso “PEMM” no sólo había sido ocasionado la negación a un derecho civil, si no que las ideas allí expuestas habían proscrito el acceso al circuito social de este colectivo ya que perpetuaron su estigmatización al enviar el mensaje colectivo que las personas trans merecen ser calificadas de “enfermas”. De haberlo hecho, la decisión de la mayoría habría dado cuenta que la situación de vulnerabilidad de las personas trans debido a la falta de reconocimiento legal de su identidad de género no se soluciona únicamente habilitando un recurso judicial, sino que hace necesario instar a órganos estatales tales como el Poder Judicial, la RENIEC, entre otros, a tener en consideración las profundas repercusiones que significa el denegar sus derechos a una persona en razón de su identidad de género.

Por último la decisión de haber declarado improcedente la demanda de amparo, utilizando para ello el precedente establecido en el expediente 02383-2013-PA/TC (“Caso Elgo Ríos”), no toma la vivencia de la persona trans como factor de análisis. Así bajo este precedente se establece que la vía alternativa al amparo debe ser válida desde una perspectiva *subjetiva* -la vía ordinaria no torna irreparable la afectación alegada- como *objetiva*- la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir.

En efecto, si bien el establecimiento de una vía judicial deja a salvo la posibilidad de que las personas trans puedan obtener, al menos de manera teórica, la debida tutela a su derecho a la identidad, desconoce que son las vías judiciales las que precisamente se convierten en espacios de violación a sus derechos humanos ya que la discrecionalidad de los jueces y la discriminación existente en nuestras sociedades determinan que se les exija medios probatorios tales como certificados de “disforia de género”, constancias de haberse sometido a “operaciones de reafirmación de género”, o recaudos que acrediten el deseo de “adecuarse” a las categorías de hombre y mujer, las cuales, de igual manera, desconocen su derecho a la vida privada y que no han sido expresamente proscritas en la decisión de la mayoría.

Sumado a lo anterior, y ya en el análisis del caso concreto de Ana María Romero Saldarriaga, es inevitable hacer eco de las profundas vulneraciones a sus derechos ya originadas y relatadas en su demanda de amparo debido a la imposibilidad de obtener un cambio registral de cambio de nombre y sexo. Así era preciso valorar las profundas afectaciones a su salud mental derivadas de todas las situaciones discriminatorias que tuvo que sufrir debido a poseer un nombre y un sexo diferente a los consignados en

sus documentos de identidad a fin de concluir que no era necesario el obligarla a atravesar nuevamente el largo recorrido de un proceso ante el Poder Judicial, sino en aras de la celeridad y economía procesal, el Tribunal Constitucional debió conocer el fondo de su caso.

Finalmente, cabe resaltar que esta decisión abre las puertas a una discusión que deberá afrontar el Tribunal Constitucional en futuras decisiones: *¿en qué casos la jurisdicción constitucional si es competente para conocer pretensiones de cambio de nombre y de sexo de las personas trans?*

IV. CONCLUSIONES

La intención principal de este ensayo ha sido el visibilizar algunas cuestiones centrales que se deben tener en cuenta al tutelar el derecho a la identidad de las personas trans. En efecto, es necesario tener presente que toda reivindicación de derechos se enmarca dentro de un discurso el mismo que deber ser coherente y debe abordar de mejor manera la vivencia de la persona, a fin de no dañar su autonomía ni su dignidad.

En ese sentido, las principales conclusiones de las ideas expuestas son:

- (a) La identidad de género de las personas trans es una manifestación válida de su autonomía, libre desarrollo de la personalidad e identidad.
- (b) Las personas trans poseen el derecho de poder auto determinarse más allá de lo culturalmente asociado a su corporalidad, lo cual implica la posibilidad de elegir un nombre y sexo acorde a su identidad de género.
- (c) El no reconocimiento de su identidad las expone a la vulneración de otros derechos, y contribuye a la situación de discriminación y falta de oportunidades que ellas sufren.
- (d) Nuestro país, a pesar de tener la obligación de brindar un mecanismo que permita a las personas trans el cambiar registralmente su nombre y sexo, ha avanzado al respecto. Así, a pesar de haberse habilitado una vía judicial a fin de dilucidar dichas pretensiones, todavía no es posible hablar de una verdadera tutela al derecho a la identidad de las personas trans.

V. BIBLIOGRAFIA

LIBROS, ARTÍCULOS E INFORMES

Adrian, Tamara (2013) "Cuadrando el círculo: despatologización vs derecho a la salud de personas trans en DSM- 5 y CIE 11". En : *Comunidad y Salud*, 11 (Enero- Junio) . Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=375740252008>.

APA (2013) *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-V-TR): www.psych.org.

Cáceres CF, Talavera VA, Mazín Reynoso R. (2013) ."Diversidad sexual, salud y ciudadanía." En : *Rev Peru Med Exp Salud Publica*.

Clérico, Laura y Aldao, Martín. (2011). "La Igualdad como Redistribución y como Reconocimiento: Derechos de los Pueblos Indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *Revista Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 9, Núm. 1.

CIDH (2015). *Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*.

Comisión Internacional de Juristas (2006). *Principios de Yogyakarta*.

Defensoría del Pueblo (2016). *Informe Defensorial N° 175 "Derechos Humanos de las Personas LGBTI"*. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/new/wp-content/uploads/2016/09/Informe-175- Derechos-humanos- de-personas- LGBTI.pdf>.

Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. (2017). *Informe "Diversidad en la humanidad, humanidad en la diversidad"*.

Martínez y Montenegro (2011) "El desafío trans. Consideraciones para un abordaje situado de las identidades de sexo/género". Disponible en: <http://www.sye.uchile.cl/index.php/RSE/article/view/14659/14981>".

Missé Miquel y Coll-Planas, Gerard. (2010). "La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas." Norte de salud mental, vol. VIII, nº 38, págs.44-55.

Morán Faundes, Jose Manuel (2015). "Géneros, transgéneros : Hacia una noción bidimensional de justicia" En : *Revista Andamios* , volumen 12, número 27, enero- abril.

Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. (2017). *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*.

Saldivia, Laura (2017). *Subordinaciones invertidas: sobre el derecho a la identidad de género*. 1 era edición. Universidad Nacional de General Sarmiento.

Siverino Bavio Paula. (2014). "Diversidad Sexual y Derechos Humanos: Hacia el pleno reconocimiento de las personas sexualmente diversas "En: *Revista General de Derecho Constitucional* 19.

Soley-Beltran, Patricia (2013). ¿Buen sexo o sexo de verdad? Perspectivas sobre la regulación del género. En: *Quaderns de Psicologia* | 2013, Vol. 15, No 1, 45-56.

STP (2012). *Guía De Buenas Prácticas Para La Atención Sanitaria A Personas Trans En El Marco Del Sistema Nacional De Salud*. Disponible en : <http://www.stp2012.info/STP-propuesta-sanidad.pdf>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género*.

WHO (2015). Fact sheet N°403 "Gender". Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs403/en/>.

SENTENCIAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. Christina Goodwin v. U.K, Sentencia de 11 de Julio del 2002.

Tribunal Constitucional del Perú

STC 00018-2003-AI/TC

STC 0139-2013-PA/TC

STC 06040-2015-PA/TC

Corte Constitucional Colombiana

Corte Constitucional Colombiana , T 363 /16, Sentencia del 11 de julio del 2016.

Corte Constitucional Colombiana, T-918/12. Sentencia del 8 de noviembre del 2012.