

LA IDENTIDAD DE GENERO EN EL PERU: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL

THE GENDER IDENTITY AT PERU: EVOLUTION AND CURRENT SITUATION

Américo Leandro Herrera Vera¹

(1) Universidad Católica de Santa María, Arequipa - Perú.

RESUMEN: El concepto "identidad" ha tenido un desarrollo interesante desde que se fueron disgregando, para su elaboración, los ámbitos del desarrollo personal, así desde la segunda parte del siglo XX se puede apreciar definiciones que separan el concepto en identidad personal e identidad social.

El desarrollo más tolerante de algunas culturas ha permitido que a la fecha se aprecie la existencia del concepto Identidad de género, pensado como la percepción y manifestación personal del propio género independientemente de su sexo biológico, situación que ha logrado respaldo jurídico por diversas instituciones supranacionales y que emiten pronunciamientos vinculantes para el Estado Peruano.

En el presente artículo se analiza el desarrollo del concepto identidad de género y se analiza la situación de percepción de este concepto por parte del Estado Peruano.

Palabras clave: Derecho a la Identidad, Identidad de Género, Género, Identidad.

ABSTRACT: The notion "identity" has had an interesting development since the areas of personal development were disintegrating for its elaboration, since the second part of the 20th century, definitions that separate the concept into personal identity and social identity can be appreciated.

The more tolerant development of some cultures has allowed the existence of the concept of gender identity to be appreciated, thought of as the perception and personal manifestation of one's own gender regardless of their biological sex, a situation that has been legally supported by various supranational institutions and that issue binding pronouncements for the Peruvian State.

This article analyzes the development of the concept of gender identity and analyzes the situation of perception of this concept by the Peruvian State.

Keywords: Right to identity, Right to Gender Identity, Gender Identity, Gender, Identity.

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente documento es obtener, mediante el método explicativo, respuesta a la siguiente interrogante: *¿Cuál es el estado jurídico del reconocimiento de la identidad género en el Perú?* Para tal fin se realiza una exploración de la evolución de las normas relacionadas a los derechos de los homosexuales en los pronunciamientos constitucionales generados en el Perú.

1. REALIDAD HISTÓRICA INTERNACIONAL

Durante la existencia humana en sociedad se ha tenido conocimiento de prácticas sexuales entre personas del mismo sexo, así es posible encontrar reseñas de dichas prácticas en todos los continentes, sin embargo a consideración de John Boswell sostuvo que la actitud de desprecio hacia las personas homosexuales se hizo presente recién en los siglos XII y XIII, apareciendo en el léxico el término "homosexualidad" fue acuñado recién a fines del siglo XIX por psicólogos alemanes y traducido al inglés algunos años después, por ende no podría encontrarse en los textos históricos, ello por cuanto en la

antigüedad y el medioevo, no se creía que la homosexualidad fuera un rasgo característico estructural o constitutivo de su personalidad de algunas personas sino un acto que cualquier ser humano podía incurrir. (Heras-Sevilla: 2021) (Meske: 2021)

En "Sex Before Sexuality: Pederasty, Politics, and Power in Classical Athens" (1989), David Halperin afirma que la introducción en la lengua inglesa, implicó una separación de los conceptos la *sexualidad* y el *género*, siendo la identidad sexual un punto independiente de cómo esa persona exprese su género y dependiente, en cambio, del género de su objeto de deseo.

Esta separación conceptual de la sexualidad respecto a los grados relativos de masculinidad y feminidad originó una nueva clasificación de comportamientos y psicologías sexuales basadas *pura y exclusivamente* en el sexo anatómico de las personas involucradas, lo que en el corto plazo determinó la apropiación del término por parte de los médicos como una enfermedad del instinto sexual, una perversión que debían resolver los facultativos.

Con dicha concepción se incluyó en la primera versión del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM), publicado en el año 1952, la homosexualidad como criterio diagnóstico de enfermedad mental, basándose en teorías sin evidencia científica que proponían una conexión entre homosexualidad y desajustes psicológicos, lo que la incluía en la sección de "Desviaciones Sexuales". (Meske: 2021)

Correspondencia:

Américo Leandro Herrera Vera

E-mail: aherreracaa@gmail.com

americo.herrera@ucsm.edu.pe

ORCID ID: 0000-0003-4700-1433

En otro ámbito, el término género es utilizado por primera vez en 1968 por Robert Stoller en su obra "Sex and Gender", que se basa en la investigación de casos de niños y niñas que habían sido asignadas al sexo opuesto al que genéticamente le correspondía por diversas situaciones acontecidas a su nacimiento, como casos de bebés genéticamente femeninos pero con genitales masculinos, que fueron socializados como niños o en otros casos como niñas, de lo que se pudo observar que generalmente asumieron la identidad sexual asignada por la socialización determinada. (Peidro: 2021)

Por estas investigaciones, Stoller distingue el género del sexo, señalado que lo determinante para la construcción de la identidad sexual no es la carga genética, hormonal o biológica sino la asignación de un rol social, una conducta, sentimientos, pensamientos, en suma, aquello que se conoce como género. (Heras-Sevilla: 2021) (Meske: 2021)

2. IDENTIDAD Y OTROS DERECHOS RELACIONADOS

La Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos desarrolló una serie de principios legales denominados Principios de Yogyakarta (2006) sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, los cuales fueron presentados en la sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra en marzo de 2007.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado en referencia al Derecho a la Identidad que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. (Sentencia Corte IDH caso Gelman Vs. Uruguay, párr. 122)

En tal corriente, desde el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2014), la Corte IDH ha explicado que, el hecho que la orientación sexual y la identidad de género sean consideradas categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, implica que toda diferencia de trato basada en tales criterios "se presume incompatible con la Convención Americana". Esta pauta, fue reiterada por la Corte Interamericana en los pronunciamientos emitidos en los procesos Flor Freire vs. Ecuador y Duque vs. Colombia, en los cuales se reafirmó que la orientación sexual es un criterio prohibido de discriminación bajo el artículo 1.1 de la Convención.

La Corte Interamericana indica de manera categórica que: "La orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género 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, su identidad de género y/o su expresión de género" (Opinión Consultiva Corte IDH OC-24/17)

Siguiendo dicha línea jurisprudencial se emitió la sentencia C-507/99 del Tribunal Constitucional de Colombia en la que se indica "En realidad, los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y al buen nombre forman parte esencial del ser humano, pues permiten su reconocimiento e individualización social, por lo que cualquier limitación de los mismos debe obedecer a verdaderos intereses constitucionales que, en ningún caso, podrían llegar a afectar a su núcleo esencial entendido por tal "aquellas decisiones que una persona tome durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona."

3. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Ya en el año 2008, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos había expresado que las personas del colectivo homosexual se encontraban sujetas a diversas formas de violencia y discriminación basadas en la percepción de su orientación sexual e identidad o expresión de género, y resolvió condenar los actos de violencia, las violaciones a los derechos humanos y todas las formas de discriminación, a causa o por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género.

En su opinión consultiva 024/17 respecto del derecho de igualdad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace mención que, en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos ha manifestado su "grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, que se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género".

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que "la garantía de igualdad y no discriminación que ofrecen las normas internacionales de derechos humanos se aplica a todas las personas, independientemente de su orientación sexual y su identidad de género u "otra condición"; esto significa que es ilegítimo hacer cualquier distinción en materia de derechos de las personas por el hecho de que sean lesbianas, gay, bisexuales, trans o intersex, como lo es también por motivo del color de la piel, la raza, el sexo, la religión o cualquier otra condición.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también destaca que la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada en el año 2013 y que la propia Asamblea General de la OEA ha exhortado a sus Estados miembros a ratificar, es un instrumento que persuade a las naciones a adoptar en su legislación normas que definan y prohíban claramente la discriminación y la intolerancia, aplicable a todas las autoridades públicas, así como a todas las personas naturales o físicas, y jurídicas, tanto en el sector público como privado, en especial en las áreas de empleo, participación en organizaciones profesionales, educación, capacitación, vivienda, salud, protección social, actividad económica, acceso a los servicios públicos, entre otros.

4. LA IDENTIDAD GENERO EN EL PERU

Es innegable la participación de las personas del colectivo LGBTI en la actividad judicial, desde la STC 2273-2005-PHC/TC, caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, en el que se autorizó el cambio de prenombre del interesado de masculino a femenino.

Sin embargo, desde el inicio de la segunda década del presente siglo las demandas presentadas por el colectivo tuvieron distinta suerte a la del caso mencionado, así el primer caso resaltante para esta comunidad se puede hallar resuelto con la STC 00139-2013-PA/TC, de fecha 18 de agosto de 2014. En dicho proceso, al Tribunal Constitucional le tocó pronunciarse en un proceso de amparo promovido por una persona que pidió al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) se cambie el sexo de masculino a femenino en su Documento Nacional de Identidad (DNI), en razón del fundamento siguiente:

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

En instancia final, mediante Sentencia STC 00139-2013-PA/TC, por mayoría, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda al no haberse acreditado la afectación del derecho a la identidad; considerando que para el Derecho peruano el sexo se encuentra determinado por el sexo biológico, y que la diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en "la naturaleza de las cosas" conforme se establece en el artículo 103 de la Constitución, y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo.

De esta manera, se había retomado una clasificación que ya había sido superada por la medicina más de dos décadas atrás y se negó el reconocimiento del derecho a la identidad de género; provocando, en el sistema jurídico peruano, un desconocimiento de la plena vigencia y ejercicio de los derechos de las personas LGBTI, cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo. (Rodríguez-Pizarro: 2020)

La perspectiva mencionada se modificó, mediante la STC 06040-2015-PA/TC del 21 de octubre de 2016, pronunciamiento en que el Tribunal Constitucional dictaminó como procedente una demanda de proceso de amparo promovido por una persona que requería al RENIEC se cambie el nombre y sexo en su Partida de Nacimiento y en su DNI, señalando que desde su infancia, siempre se había identificado como una mujer, por lo que la imposibilidad de efectuar dichas modificaciones en los registros afectan los derechos a su libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la salud; agregando que se había sometido a un tratamiento que implicó cirugía de cambio de sexo, ingesta de hormonas, implante de siliconas y vaginoplastia, proceso acompañado de un tratamiento psicológico como soporte emocional.

En instancia final, por mayoría, se dejó sin efecto los lineamientos de la doctrina jurisprudencial establecida por la STC 0139-2013-PA/TC, se declaró fundada en parte la demanda por la vulneración del derecho de acceso a la justicia de las personas transexuales que soliciten el cambio de sexo en el documento de Identidad, considerando:

El transexualismo es una disforia de género, mas no una patología o enfermedad. En efecto, como enfatiza American Psychological Association (APA), entidad de prestigio mundial en este campo de la ciencia, este enfoque ya se encuentra superado. Es también importante resaltar que la propia Organización Mundial de la Salud está en camino a superar su tipificación como una enfermedad o trastorno. Así, el Grupo de Trabajo sobre la Clasificación de Trastornos Sexuales y Salud Sexual de la misma OMS apunta a abandonar el modelo psicopatológico del transgenerismo en la nueva CIE-1 1, a publicarse por dicha entidad en el año 2018.

A estos antecedentes se debe añadir que, en el año 2013, ante el Estado Peruano fue notificado de una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por los hechos acontecidos en la Comisaría de Casa Grande en febrero del año 2008, en donde tres agentes policiales retuvieron ilegalmente a la ciudadana Azul Rojas Marín (mujer transgénero), para insultarle con ofensas en clara alusión a su orientación sexual y violentarla sexualmente. Finalmente, tras un largo proceso; en marzo del año 2020, la Corte IDH declaró internacionalmente responsable al Estado Peruano por la violación de los derechos de la libertad personal, a la integridad personal, a la vida privada, a no ser sometida a tortura, a las garantías judiciales y a la protección judicial.

5. EL RECONOCIMIENTO DE LAS RELACIONES HOMOSEXUALES

La primera semana del mes de junio de 2022, el Tribunal Constitucional peruano emitió las sentencias, correspondientes a los procesos 2653-2021-PA/TC y 2743-2021-PA/TC que sobre reconocimiento de uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo habían llegado a conocimiento del máximo ente constitucional, las mismas que luego de un largo proceso de deliberación fueron declaradas improcedentes.

La argumentación esencial de los magistrados, que en mayoría aprobaron la sentencia, indica que conforme el artículo 2050 del Código Civil vigente, la eficacia de los derechos adquiridos al amparo de un ordenamiento extranjero depende de la compatibilidad de ese derecho con el orden público internacional, las buenas costumbres y limitación del mismo código civil para autorizar la unión matrimonial de personas del mismo sexo.

El método de interpretación evolutiva resulta de especial importancia al analizar esta sentencia, así pues, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fundamento

114 de la Opinión Consultiva 16/99 de fecha 1 de octubre de 1999, al interpretar la Convención, ha señalado "que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales."

De otro lado, desconociendo lo determinado por colegiados internacionales distintos, indica que el concepto "familia" es estático, olvidando que en hace más de tres lustros, en la sentencia dictada en el expediente N° 09332-2006-AA, se indicó: "que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales (...) entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias."

En el Derecho comparado, como enumera Ragone (2014) se encuentra acreditado que el «paradigma heterosexual no es absoluto», constituyendo éste sólo como una de las posibles variables de la vida matrimonial y/o familiar, en tal sentido resalta un argumento interesante, correspondiente a la «homogeneidad», usado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como criterio para aplicar a las parejas homosexuales algunas tutelas del ordenamiento, en la medida en que su situación de unión familiar estable es asimilable a la de las heterosexuales y que en caso de aplicarse de forma restrictiva, se estaría reactivando la doctrina "separados, pero iguales". (Ibarra Padilla: 2021)

Respecto del amparo de la decisión en el concepto "buenas costumbres" debe considerarse que éste es un concepto gaseoso y cuya aplicación no debería ser admitida en el derecho en tanto las conductas sancionables, materia del derecho penal, requieren de una tipicidad objetiva que permita determinar con claridad que es acción resulta contraria a la ley, lo que no ha sido debidamente fundamentado en las sentencias mencionadas.

De igual manera, la mayoría del Tribunal Constitucional olvidó que es deber de la judicatura efectuar una interpretación evolutiva o progresista de las normas, en tal sentido la judicatura debió efectuar un análisis del texto legal o la norma constitucional conforme el desarrollo jurídico y el Control de Convencionalidad permiten. (Bassa Mercado: 2020)

Sin embargo, cabe efectuar hincapié en la materia de los procesos que han llegado al Tribunal Constitucional que se refieren al reconocimiento de uniones matrimoniales realizadas conforme el ordenamiento de otra nación, en la que no se obliga a que se reconozca el matrimonio igualitario, la Unión Europea se reconoce que, si un tercer Estado ha optado por incorporar esta clase de vínculo, este debería ser respetado en el territorio de otro país que también integra dicha entidad supranacional. Esto implica que, en ese modelo, es viable que los Estados decidan si reconocen o no el matrimonio igualitario en su derecho interno. Sin embargo, lo que no están facultados de hacer es desconocer una unión matrimonial que se hubiera celebrado según el derecho de otro Estado miembro de la Unión Europea.

6. CONCLUSIONES

Efectuada la exploración de todos los puntos que se han considerado relevantes, a efecto de responder la interrogante ¿cuál es el estado jurídico del reconocimiento de la identidad género en el Perú? es posible afirmar:

- a. En la STC 06040-2015-PA/TC el Tribunal Constitucional ha establecido, acorde con lo indicado por la *American Psychological Association* (APA) que el transexualismo es una disforia de género, mas no una patología o enfermedad, en tanto la propia Organización Mundial de la Salud apunta a abandonar el modelo psicopatológico del transgenerismo en la nueva CIE-11.
- b. El método de interpretación evolutiva resulta de especial importancia cuando lo que se discuten son derechos de las personas, así la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- c. En las sentencias expedidas en los procesos 2653-2021-PA/TC y 2743-2021-PA/TC referidas al reconocimiento de matrimonio homosexuales contraídos en el extranjero, se aprecia un retroceso en la metodología de interpretación constitucional, en tanto se vincula el reconocimiento a un concepto gaseoso como es "buenas costumbre".
- d. La Unión Europea reconoce que, si un tercer Estado ha optado por incorporar esta clase de vínculo, este debería ser respetado en el territorio de otro país que también integra dicha entidad supranacional, criterio que se corresponde a los principios del derecho internacional público, lo que no ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional Peruano en los procesos 2653-2021-PA/TC y 2743-2021-PA/TC.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- [1]. BASSA MERCADO, J., & GONZÁLEZ PÉREZ, E. (2020). La diferencia como complemento de la igualdad en la protección de los derechos fundamentales. Elementos teóricos para su consideración. *Revista Derecho del Estado*, (47), 113-143. <https://doi.org/10.18601/01229893.n47.04>
- [2]. HERAS-SEVILLA, Davinia., ORTEGA-SÁNCHEZ, Delfín., & RUBIA-AVI, Mariano. (2021). Conceptualización y reflexión sobre el género y la diversidad sexual: Hacia un modelo coeducativo por y para la diversidad. *Perfiles Educativos*, 43(173). <https://doi.org/10.22201/iisue.24486167e.2021.173.59808>
- [3]. IBARRAPADILLA, Adelaida María, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Gloria Cristina, & SÁNCHEZ TAMAYO, Robinson. (2021). Avances en materia de igualdad desde una perspectiva de género en el derecho constitucional colombiano. *Análisis Político*, 34(101), 5-22. *Epub July 13, 2021*. <https://doi.org/10.15446/anpol.v34n101.96556>
- [4]. MESKE, Verónica & ANTONIUCCI, Melina. (2021) El sexo en disputa: regulación y materialización corporal del género en un contexto de despatologización de la identidad. *Historia y Sociedad*, no. 40 (2021): 198-223. <http://dx.doi.org/10.15446/hys.n40.86873>.
- [5]. PEIDRO, Santiago. (2021). La patologización de la homosexualidad en los manuales diagnósticos y clasificaciones psiquiátricas. *Revista de Bioética y Derecho*, (52), 221-235. *Epub 25 de octubre de 2021*. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.52.31202>

- [6]. RAGONE, S. (2014). El matrimonio homosexual en Europa entre Derecho Político y Derecho Jurisprudencial. Reflexiones a raíz de la reciente Jurisprudencia comparada. FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, 16 (1), 241 - 261. <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/44472>
- [7]. RODRÍGUEZ-PIZARRO, Alba Nubia, y RIVERA-CRESPO, Janet del Carmen (2020) «Diversidades sexuales e identidades de género: entre la aceptación y el reconocimiento. instituciones de educación superior (IES)». Revista CS, n.º 31 (mayo), 327 - 58. <https://doi.org/10.18046/recs.i31.3261>.

Recibido el 26 de mayo del 2024 y aceptado para su publicación el 02 de junio del 2024.