



INFORME SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO 790-2016.

TRANS – ORGANIZACIÓN FEMINISTA POR LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS TRANS

FEBRERO 2021

Producción Intelectual: Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez

El objetivo de este informe es brindar, conforme a lo solicitado, una opinión legal relacionada con la importancia del Proyecto de Ley N° 790/2016-CR “Ley de Identidad de Género” (el “Proyecto”), en base a ciertas opiniones emitidas con respecto a dicho proyecto normativo que nos han sido puestas a disposición, así como al Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans¹ en el Perú elaborado por la Comisión Nacional contra la Discriminación (CONACOD).

1. Base legal y antecedentes

Para la elaboración del presente informe se han utilizado principalmente las siguientes fuentes normativas:

- a) Constitución Política del Perú de 1993 (“CPP”).
- b) Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”).
- c) Decreto Legislativo N° 295, Código Civil (“CC”).
- d) Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional (“CPC”).
- e) Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (“Ley RENIEC”).
- f) Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes (“Código de los Niños”).
- g) Decreto Supremo N° 15-98-PCM, que aprueba el Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (“Reglamento RENIEC”).

¹ A efectos del presente informe, recogemos la definición de persona trans como “una categoría que busca representar a aquellas personas que poseen una identidad de género contraria al sexo asignado al nacer, ya sea porque se identifican con el género contrario o porque su identidad no encaja en el binomio hombre/mujer. Descartamos el empleo del uso de la categoría “transsexual”, pues la misma provoca una diferenciación entre las personas que han tenido la oportunidad y voluntad de acceder a una intervención quirúrgica y quienes no (transgénero)”. En: LENGUA, A. (2018). La transformación del derecho: la protección del derecho a la identidad de las personas trans desde el derecho internacional de los derechos humanos. Lima. p. 6.

2. Sobre el derecho a la identidad

2.1 Derecho a la identidad en el ordenamiento peruano

El derecho a la identidad es uno de los primeros derechos en ser ejercidos por la persona. Su naturaleza proviene del derecho a la dignidad establecido en el artículo 1 de la CPP. En ese sentido se ha pronunciado la Defensoría del Pueblo, al sostener que *“concebimos la identidad como un derecho fundamental que deriva del derecho a la dignidad de las personas, constituido por un conjunto de elementos con rasgos propios y originales que identifican y diferencian a las personas frente a los demás. Es esta individualidad –con rasgos y particularidades cuantitativas y cualitativas, estáticas y dinámicas- la que conforma la realidad de lo que cada uno es.”*².

El derecho a la identidad se encuentra reconocido en el numeral 1 del artículo 2 de la CPP, y es reiterado en otros capítulos³, manifestando la firme garantía por parte del Estado, del goce y ejercicio de este derecho para los ciudadanos.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el contenido del derecho a la identidad. Uno de los casos más emblemáticos sobre la naturaleza del derecho a la identidad y que sigue sirviendo como base de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, es el Expediente N° 2273-2005-PH/TC de una persona transexual identificada como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas (*“Caso Mañuca Cabanillas”*).

Al desarrollar el derecho a la identidad, el Tribunal señala la distinción que existe entre el carácter objetivo del derecho a la identidad (nombres, registros, herencia genética, etc.) y el carácter subjetivo, que se deriva del propio desarrollo y comportamiento personal. Ambas esferas, subjetiva y objetiva, deben entenderse de manera integral y no aislada. Así, el supremo intérprete de la Constitución señala:

“La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.”

² En RENIEC. Plan Nacional Perú contra la indocumentación 2011-2015. Lima: RENIEC, 2012, p.31. El Plan Nacional además señala que “[l]a Constitución Política del Perú – 1993, expresa en su artículo 2º, veinticuatro incisos referidos a los derechos fundamentales que guardan relación inmediata con la construcción de la identidad de las personas. Para el cumplimiento cabal de estos derechos, es vital el reconocimiento jurídico de las personas, sólo a partir de este reconocimiento formal, las personas tendrán la posibilidad de hacerse de los otros derechos. Es posible asumir un nombre, pero si éste no está reconocido por el Estado, se crean barreras que limitan el ejercicio de los demás derechos y sin ellos el proceso de ciudadanía se atrofia” (p. 40).

³ Así, tenemos que el numeral 19 del artículo 2 garantiza la identidad étnica y cultural, y el artículo 15, el derecho del educando a que se respete su identidad durante su formación.

En la sentencia citada, además de desarrollar el contenido del derecho a la identidad, el Tribunal analiza la importancia del Documento Nacional de Identidad (“DNI”) para el ejercicio de otros derechos. De esta forma, el DNI no sirve únicamente para la identificación precisa del titular, sino que también *“constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados en la Constitución vigente. Además, (...) es requerido para el desarrollo de actividades comerciales, trámites judiciales y otros trámites de carácter personal, con lo que la carencia del mismo supone una limitación de otros derechos ciudadanos (...)”* (subrayado agregado).

Es evidente entonces que el Tribunal no reconoce únicamente la esfera externa u objetiva del derecho a la identidad, sino que el análisis de este derecho deberá comprender también las características subjetivas propias de cada individuo. Un documento, emitido por el Estado para la identificación de una persona, que no integre ambas dimensiones del derecho a la identidad sería, por lo tanto, incompleto, y podría implicar una afectación de derechos por no identificar adecuadamente a una persona y por representar una barrera para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Ahora bien, uno de los componentes del ámbito subjetivo del derecho a la identidad es el derecho a la identidad de género. Si bien no se encuentra expresamente recogido en la CPC ni en las leyes y reglamentos vinculados a la identificación civil, es una institución reconocida y garantizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha abordado el derecho a la identidad de género, principalmente, en tres sentencias emitidas entre el 2005 y el 2015, como son (i) el Caso Mañuca Cabanillas antes referido (AÑO); (ii) la sentencia recaída en el Expediente N° 139-2013-PA/TC (“Caso Ynga Zevallos”) (2013); y (iii) la sentencia recaída en el Expediente N° 6040-2015-PA/TC (“Caso Romero Saldarriaga”) (2015).

El caso Ynga Zevallos fue resuelto tomando en consideración una perspectiva patologizante de las personas trans, se consideró únicamente la dimensión objetiva del derecho a la identidad y, más concretamente, la prevalencia del sexo biológico. La sentencia sostiene, además, que una decisión estimatoria para permitir que el demandante pueda modificar los datos de su DNI generaría que muchas otras personas trans lo hagan, como si ello representara una afectación al interés público o a los derechos fundamentales de otras personas. La sentencia planteó por ejemplo el problema de las supuestas defraudaciones a terceros, en los casos en los que se permitiese a un transexual el matrimonio según su nuevo sexo, y la contraparte no tenga cómo saber de la modificación del sexo biológico, haciendo *“cómplice al registro civil de un posible engaño”*. Sin embargo, no consideró como señalaron los magistrados Eto Cruz y Mesía Ramírez en sus votos singulares, que no se pretende amparar todas las cuestiones que se derivarían de la aceptación del cambio de sexo registral. Señalan los magistrados, sobre el ejemplo anterior, que *“resulta inadecuado pronunciarse sobre si cabría el matrimonio de la recurrente con una persona de un sexo registral distinto (aunque cromosómicamente igual), sobre si este matrimonio puede constituir un fraude a un tercero, sobre si cabe el cambio de sexo registral de una persona casada y con hijos, etc.”*, debido a que la pretensión no era encontrar la fórmula legal que regule la rectificación de DNI (que corresponde al

legislador o a los jueces), sino únicamente la tutela subjetiva y concreta del amparo⁴. Esta sentencia generó – por un tiempo- que los casos de cambio de sexo en el DNI sean rechazados en casi todos los juzgados a nivel nacional, afectando los derechos de las personas trans.

Esta situación fue parcialmente remediada con la sentencia del Caso Romero Saldarriaga. Con una perspectiva más garantista, el Tribunal dejó sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en el Caso Ynga Zevallos y desterró la visión patológica de las personas trans, y recogiendo la noción de identidad de género en su análisis. En concreto, la sentencia señala:

“Por lo demás, este Tribunal advierte que existe una fuerte tendencia a 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.”

Bajo esta perspectiva, la sentencia enfatiza en la posibilidad real y efectiva de que los jueces conozcan las solicitudes de cambio de sexo, a fin de tutelar los derechos de las personas trans. Debemos considerar, los mandatos de igualdad y no discriminación contemplados en nuestro ordenamiento constitucional. Así pues, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 2 de la CPP, todas las personas tienen derecho a la igualdad ante la ley, y “[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.” (Subrayado agregado). Ello, como señala Ledezma⁵, implica la prohibición también de discriminar por motivo de identidad de género⁶.

Por lo tanto, para un ejercicio adecuado del derecho a la identidad, se deberá considerar la dimensión objetiva del mismo, pero también la subjetiva. Cualquier consideración parcial será insuficiente y podría representar una afectación de derechos. El DNI debe recoger entonces ambas dimensiones, en tanto es una exteriorización del derecho a la identidad y porque sirve como herramienta indispensable para el ejercicio de otros derechos. El derecho a la identidad comprende

⁴ Somos de la opinión, además, que la argumentación utilizada para la decisión de la sentencia no solo tiene conexidad con el tema de fondo (protección del derecho a la identidad) sino también resultó inadecuada desde una perspectiva hermenéutica de los derechos, pues no se contempló que los derechos fundamentales se restringen con las medidas que resulten menos gravosas para estos, respetando siempre el núcleo esencial del mismo. En tal sentido, el Tribunal, luego de justificar la legitimidad de la limitación a los derechos comprometidos, tuvo que evaluar cuál de las medidas resultaba menos lesiva y aplicarla.

Por otro lado, las comparaciones del proceso de cambio de género con los fraudes patrimoniales y estafas no deberían ser un argumento válido, en tanto nuestro ordenamiento sí permite que una persona pueda cambiar sus nombres.

⁵ Párrafo 14 del fundamento de voto de la magistrada Ledesma Narvaez sobre los derechos de las personas trans, contenido en la sentencia del Caso Romero Saldarriaga: “La expresión “cualquier otra índole” no es inocua. Ella permite actualizar el programa normativo de la Constitución a las necesidades actuales. (...) la referida disposición permite la tutela de aquellos colectivos que, si bien no fueron mencionados expresamente en el artículo 2.2, sí merecen una protección reforzada o especial por parte del Estado por la situación de constante denegación de sus derechos que se ha advertido tanto en el pasado como en el presente, y que los coloca en una situación de manifiesta desigualdad con el resto de la población.”

⁶ En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al considerar que “the concept of [private life] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity [...]. Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]”.

T.E.D.H., Caso Pretty Vs. Reino Unido (No. 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julio de 2002, párr. 61.

la identidad de género y cualquier distinción en razón de esta debe ser considerada como discriminatoria y por lo tanto, proscrita de nuestro ordenamiento.

2.2 Derecho a la identidad de género en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos

El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (“SUDH”) y el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (“SIDH”) contienen muchas mayores herramientas para el análisis del derecho a la identidad de género.

De manera previa, debemos señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) se refirió al derecho a la identidad como *“uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos (...)”* y que *“la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”*⁷

En el año 2017, se actualizaron los Principios de Yogyakarta, elaborados por el Panel internacional de especialistas en legislación internacional de derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género. Si bien el documento no genera efectos vinculantes a los Estados, sirve como fundamento para muchas resoluciones y documentos emitidos por los tribunales y órganos de derechos humanos en el mundo⁸ en la materia. En esa línea, Lengua sostiene que:

“Uno de los principales aportes de este instrumento es el establecimiento de una definición de identidad género. Se definió como una característica personalísima que representa “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”. Es decir que mientras la identidad de género de las personas cisgénero se corresponde con las expectativas social y culturalmente construidas que se le asignaron al momento de nacer, en las personas trans no hay coincidencia entre la identidad de género que construyen y el sexo que se les impuso al nacer. Asimismo, el Principio N° 2 establece que todas las personas gozan de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, e indica una serie de deberes que tienen los Estados para garantizar dicho derecho. Así, este instrumento internacional se constituye como el primero que reconoce la identidad de género como un motivo prohibido de discriminación.”

⁷ Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2014). Serie C No. 282, párrafo. 267.
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf

⁸ LENGUA, A. (2018). La trans-formación del derecho: la protección del derecho a la identidad de las personas trans desde el derecho internacional de los derechos humanos. Lima. p. 35.

A nivel regional, son dos las sentencias relevantes que analizan la identidad de género. Sin embargo, ninguna de ellas versa sobre el derecho a la identidad de personas trans, ni al reconocimiento de su derecho a que el documento de identidad refleje su verdadera identidad.

En primer lugar, está el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, en el cual se determinó la responsabilidad internacional del Estado chileno por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual. En el caso, el padre de las hijas de Karen Atala reclama y consigue judicialmente la tenencia de sus hijas por considerar que la relación homosexual de la madre podría afectar su desarrollo.

En la sentencia, la Corte IDH reconoce los avances del reconocimiento al derecho a la identidad de género en el SUDH⁹, y señala que:

“Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.” (Subrayado agregado).

En segundo lugar, el caso Duque vs. Colombia, en el que se discute el derecho de una persona homosexual a obtener la pensión de sobrevivencia tras la muerte de su pareja, supuestamente con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo. Esta sentencia recoge el reconocimiento de la identidad de género como categoría protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos del caso Atala Riffo. Además, reconoce a la identidad de género como motivo prohibido de discriminación¹⁰ y hace referencia a los Principios de Yogyakarta para señalar que todas las

⁹ Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 4 de febrero de 2012). Serie C No. 239, párrafo 90.

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

“El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”. La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas.”

¹⁰ Caso Duque vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de febrero de 2016). Serie C No. 310, párrafo 109.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

personas tienen derecho a la seguridad social y otros derechos, “sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”¹¹.

Queda claro entonces que tanto el SUDH como el SIDH han reconocido a la identidad de género como una categoría protegida por los mecanismos internacionales y que debe ser reconocida por los Estados, a fin de garantizar el derecho de las personas. Si bien la jurisprudencia aun no hace mención al derecho de las personas trans para modificar los datos de los documentos de identificación, debemos considerar que la interpretación contenida en las sentencias contienen un mandato genérico transversal a la interpretación de los derechos y en especial al de igualdad y no discriminación, y debe ser considerada por el ordenamiento interno de conformidad con el artículo 3 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la CPP, y con el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 28237, CPC¹².

2.3 Sobre la importancia y necesidad de una ley de identidad de género en el Perú

Una vez definido el ámbito constitucional y convencional de la protección de los derechos a la identidad y la no discriminación de las personas trans, debemos analizar la importancia de que el Estado garantice el pleno ejercicio de estos derechos a los ciudadanos.

En concreto, el problema se presenta porque el DNI de las personas trans contiene información que, según sostienen, no corresponde a su verdadera identidad. El DNI contiene el nombre asignado al nacer y el sexo biológico con el que las personas nacieron y fueron inscritas en los registros civiles. Esa información corresponde a la parte objetiva del derecho a la identidad, que no se mantiene estática sino que es dinámica.

De acuerdo con la Ley RENIEC, el DNI debe contener el sexo del titular. Además, el Reglamento RENIEC establece que el sexo deberá constar en la inscripción del nacimiento, de la defunción, del acta de naturalización y en el DNI. Tanto el legislador, como todos los documentos oficiales de las entidades del Estado, han entendido que el sexo consignado en el DNI corresponde al sexo biológico.

Como consecuencia, cuando las personas trans crecen, y sienten que la información de sus documentos no corresponde a su identidad, se presentan problemas en la modificación de dicha información, principalmente porque aún hoy los mecanismos para estos cambios no son

¹⁰⁹. (...) Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación”.

¹¹ Caso Duque vs. Colombia, *op. cit.* párrafo 110:

“110. Por otra parte, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. (...)”

¹² “Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

suficientemente claros, e incluso podrían depender de la voluntad de un tercero en un engorroso proceso judicial.

Toda esta situación genera que las personas trans no puedan acceder al reconocimiento de su derecho a la identidad, en su dimensión subjetiva, y que tengan que convivir con una categoría de género que no las representa. Pero la afectación de derechos no solo es a ni vel interno, sino que se exterioriza en la constante limitación al acceso a servicios y derechos a los que tiene derecho cualquier cisgénero. Es de público conocimiento que las personas trans se han visto restringidas de acceder a ciertos espacios, por considerar que no corresponden a su sexo biológico.

A modo de ejemplo, tenemos el caso seguido ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), por discriminación en las instalaciones del gimnasio Gold's Gym Jesús María, en el cual una persona trans no podría acceder a los servicios que correspondían a su identidad de género¹³. Sin embargo, no solo se evidencia una limitación en la identidad, sino que las personas trans son constantemente agredidas y violentadas por una sociedad que no reconoce la identidad de género. Esta problemática es aún más grave si se considera que la violencia también proviene de instituciones estatales que deberían ser las que garanticen los derechos.

Recientemente hemos sido testigos del abuso que cometieron efectivos policiales, al sancionar físicamente a personas trans por incumplir medidas sanitarias emitidas por el gobierno, y obligarlas a repetir la frase "quiero ser un hombre" mientras se burlaban del hecho¹⁴. Esto ha generado incluso que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronuncie, condenando el hecho y exigiendo el respeto por los derechos humanos de las personas trans¹⁵.

Por tanto, es importante contar con mecanismos que aseguren la protección de los derechos humanos de las personas trans, a través de la exteriorización de su derecho a la identidad en sus dimensiones objetiva y subjetiva. Ello permitirá que las personas accedan de manera más adecuada a sus derechos y puedan desarrollarse en un entorno que respete su identidad y evite violencia en base a esta.

3. Sobre el procedimiento de rectificación de nombre y sexo

3.1 Sobre las recomendaciones generales para el procedimiento y su regulación en el derecho comparado

¹³ Resolución Final N° 2264-2010/PC (Comisión de Protección al Consumidor de Lima Sur 24 de setiembre de 2010).

¹⁴ Diario Perú 21. (6 de abril de 2020). *Indignante: A mujeres trans las hacen gritar "Quiero ser un hombre" y las obligan a hacer ranas en comisaría de Bellavista*. Obtenido de <https://peru21.pe/lima/coronavirus-peru-i-lgtb-i-indignante-a-mujeres-trans-las-hacen-gritar-quiero-ser-un-hombre-y-las-obligan-a-hacer-ranas-en-comisaria-de-bellavista-noticia/>

¹⁵ Organización de los Estados Americanos. (20 de abril de 2020). *Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH)*. Obtenido de Comunicado de Prensa: La CIDH llama a los Estados a garantizar los derechos de las personas LGBTI en la respuesta a la pandemia del COVID-19: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/081.asp>

La Corte IDH, a través de la Observación General N° 24/17 [*] presenta un apartado sobre el procedimiento de adecuación de datos de conformidad con la identidad de género auto-percibida, el cual, a su criterio, debería seguir los siguientes parámetros:

- Deben estar enfocados de forma integral de los componentes que conformen la identidad de género auto-percibida de las personas (tales como el nombre, fotografía, género o sexo).
- Deben basarse en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificados médicos y/o psicológicos u otros irrazonables o patologizantes.
- Deben ser confidenciales y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de la identidad de género.
- Deben ser expeditos y deben tender a la gratuidad por ser procedimientos exclusivos a personas cisgénero y por la vulnerabilidad y pobreza asociada a las personas que no pudieron acceder al reconocimiento de su identidad de género.
- No debe requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, porque podría resultar contrario a la integridad personal.
- Debe permitir el acceso a niños y adolescentes, tomando en cuenta su edad y madurez.
- Deben ser preferentemente administrativos o notariales y no jurisdiccionales.

De manera comparada, algunos países de la región ya regulan la posibilidad de adecuar los documentos de identidad al género auto-percibido. A continuación, analizaremos las principales disposiciones y la forma en cómo se regulan en los países de Chile (Ley 21.120), Uruguay (Ley 19684) y Bolivia (Ley 807).

Para el acceso al procedimiento, Bolivia establece una lista de requisitos que incluyen exámenes psicológicos, certificados de libertad civil, de descendencia y de registro judicial de antecedentes penales. Por otro lado, Uruguay requiere únicamente la presentación de un formulario y se fijará el día y la hora de una entrevista con la persona interesada. Chile, en cambio, requiere presentar testigos a una audiencia especial que declaran que el solicitante conoce los efectos jurídicos que implica la rectificación.

El procedimiento para mayores de edad es en los tres casos, por la vía administrativa. Respecto a los menores de edad, Bolivia no contempla la posibilidad de que estos puedan solicitar la adecuación, pues su ámbito de aplicación se extiende a los mayores de dieciocho años de edad. La ley uruguaya establece que “[c]uando se tratare de persona menor de edad, la solicitud deberá ser firmada por los representantes legales, bastando para ello la anuencia de uno de los mismos. En caso de no contar con la anuencia de los mismos, deberá cumplirse con lo dispuesto en el artículo

6° inciso último. En el caso de las personas menores de 13 años, que cuenten con la a nuencia de sus representantes legales, se deberá acreditar la existencia de un proceso acompañado por profesionales idóneos”¹⁶. En Chile, podrán solicitarlo los mayores de catorce y mayores de 18 a través de un procedimiento judicial, ante un tribunal de familia.

En el caso uruguayo, la resolución que acepte la petición será comunicada a las secciones de la Dirección General de Registro y Estado Civil. Además, se remitirá el testimonio de partida con el cambio registral. La evaluación de si procede o no el cambio la realiza una “Comisión Asesora Honoraria de Cambio de Identidad de Género”.

La norma boliviana establece que las entidades públicas y privadas deberán adecuar sus registros con el solo requerimiento del solicitante y la presentación del certificado de nacimiento o cédula de identidad resultante. Faculta al solicitante a ejercer todos los derechos y obligaciones inherentes a la identidad de género asumida y que la titularidad del solicitante persiste en todas las resoluciones emitidas por cualquier órgano del Estado. Finalmente, Chile establece que los datos que figuren en registros públicos y privados deberán ser coincidentes con la identidad de género del solicitante, y no afectará las obligaciones patrimoniales, garantías, derechos ni prestaciones de salud que le corresponden a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio.

Como se observa, la regulación en los países es variable, de acuerdo con puntos específicos como el tratamiento de las solicitudes de menores de edad. Sin embargo, todos coinciden en la despatologización de la solicitud y en los efectos de reconocimiento en los registros públicos y privados después de inscrito el cambio.

3.2 Sobre la regulación propuesta del Proyecto de Ley

Respecto al contenido del proyecto de ley, de manera general consideramos que la seguridad jurídica no puede ser un argumento para limitar deliberadamente los derechos de las personas. Sin embargo, este principio no puede tampoco ser descartado por completo, sino que deberá relativizarse en aras de garantizar el goce y ejercicio de los derechos antes mencionados.

Sobre la rectificación registral

El artículo 6 del Proyecto es probablemente uno de los más importantes para efectivizar las disposiciones contenidas en dicho documento. Consideramos que la decisión de que el trámite se realiza en vía administrativa es adecuada; sin embargo, debemos realizar algunas observaciones:

- La norma no establece una cantidad máxima de veces en las que una persona puede rectificar sus documentos de identidad. El texto del Proyecto podría indicar que una persona tiene derecho a modificar vía procedimiento administrativo sus documentos, cada vez que lo crea conveniente. Si la razón subyacente a esta norma es que las personas que no se sienten identificadas con su sexo biológico o su nombre asignado al nacer puedan exteriorizar su identidad a través del DNI

¹⁶ Artículo 2 del Decreto N° 104/019 – Reglamento de la Ley N° 19684, Ley Integral para Personas Trans.

u otros documentos análogos, no resulta razonable permitir que pueda hacerlo reiteradas veces. Es evidente que la cantidad de personas que cambien su identidad varias veces sería reducida, pero sí existe la posibilidad y es algo que debe tomarse en cuenta para legislar. A modo de ejemplo, Chile permite únicamente el cambio de sexo en dos ocasiones¹⁷, mientras que la ley boliviana limita el cambio de nombre, sexo e imagen a una vez¹⁸.

Ante ello, sugerimos modificar la disposición para permitir la rectificación de documentos por vía administrativa en un procedimiento ante la RENIEC que podrá ser llevado por única vez. En caso la persona quiera retornar a su identidad original, tendría que solicitarlo por vía judicial con los medios de prueba pertinentes.

Como señalamos previamente, la seguridad jurídica también es un principio relevante en nuestro sistema jurídico¹⁹, por lo que las personas naturales y jurídicas, entidades estatales y otros, deben poder tener un grado de certeza de que la persona con quien se relacionan no va a cambiar de identidad constantemente. Una regulación deficiente plasmada en, los cambios de identidad por vías demasiado sencillas podrían generar problemas en la identificación de delincuentes, estafadores, entre otros, y también podría generar que las personas que aún no se identifican con un género u otro, accedan a estos mecanismos sin la seriedad debida, generando costos irrazonables en el aparato estatal y una relativización desproporcionada de la seguridad jurídica. Sin duda, es fundamental garantizar los derechos de las personas trans, sin que ello implique un abuso del derecho, que podría ser incentivado con una regulación deficiente.

- Consideramos que carece de razonabilidad que la norma establezca la gratuidad del servicio. Si bien el Reglamento RENIEC establece en su artículo 98 que las rectificaciones o cancelaciones de las inscripciones son gratuitas, estas solo corresponden a errores u omisiones del propio registro, y este no es el caso.

La lógica del Reglamento RENIEC es que el costo de la modificación debe ser asumido por el Estado siempre que se haya producido un error atribuible a este. Sin embargo, la prestación de un servicio tendría que ser asumido por el administrado, salvo existan condiciones particulares que no permitan el acceso al derecho por motivos económicos. Esa evaluación tendría que ser caso por caso, a fin de evitar que el registro incumpla con la Norma II del Título Preliminar del Código

¹⁷ Artículo 9 de la Ley Núm. 21.120:

“Artículo 9°.- DE LA SOLICITUD DE RECTIFICACIÓN DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO. Toda persona mayor de edad podrá, hasta por dos veces, y a través de los procedimientos que contempla esta ley, obtener la rectificación del sexo y nombre con que aparezca individualizada en su partida de nacimiento para que sean coincidentes con su identidad de género. (...)” (subrayado agregado).

¹⁸ Numeral II del artículo 4 de la Ley :

“Artículo 4. (...)”

II. El cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen será reversible por una sola vez, luego de lo cual no podrán modificarse nuevamente estos datos. (...)”

¹⁹ El Tribunal Constitucional ha reconocido, en la sentencia recaída en el Expediente N° 16-2002-A/TC que “[e]l principio de seguridad jurídica forma parte substancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como lo estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone “la expectativa razonable fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STCE 36/1991, FJ 5).”

Tributario, la cual define a la tasa como el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente. Es importante considerar que el procedimiento de rectificación es incluso más complejo que el cambio de domicilio.

Por otro lado, desde el año 2003 RENIEC sigue una política de gratuidad para la obtención del documento nacional de identidad para aquellos grupos vulnerables que se encuentren en situación de pobreza y pobreza extrema, adultos mayores, pueblos indígenas, personas con discapacidad, niños y adolescentes, entre otros. Así, por ejemplo, la Resolución Jefatural N° 164-2018-JNAC-RENIEC dispuso la gratuidad en la tramitación de procedimientos en el Registro Único de Identificación de las personas naturales y la consecuente expedición del DNI para menores y mayores de edad bajo determinados criterios vinculados con el grado de pobreza en los distritos.

Consideramos que no existe un criterio objetivo bajo el cual determinar que todos los trámites de rectificación de datos del DNI deben ser gratuitos, independientemente de la zona o de la situación de la persona que lo solicita. Las personas trans que soliciten la rectificación podrán acceder al beneficio siempre y cuando se encuentren comprendidas en el ámbito de esas resoluciones jefaturales, pues es la manera más objetiva de acreditar la condición de pobreza y pobreza extrema.

En todo caso, el reglamento deberá establecer que la gratuidad se extiende a las personas que se encuentren en extrema pobreza.

Sobre los efectos de la rectificación

En primer lugar, el artículo 9 establece algunos de los efectos jurídicos que tendrá la rectificación registral. Sobre el particular, debemos señalar lo siguiente:

- La partida o acta de nacimiento, de acuerdo con el texto del Proyecto, sería modificada con la expedición de la rectificación registral. Nos parece que esta disposición es válida considerando que este documento es usado en pocas ocasiones, pues es el DNI el que acredita la identidad de manera cotidiana, y la indicación del sexo carece de relevancia jurídica y práctica. El hecho de que conste en un documento oficial, un sexo distinto al que la persona se identifica podrá generar una afectación a dicha persona. De manera comparada, la rectificación de partida de nacimiento ha sido recogida por otros ordenamientos, como en el caso chileno.
- Respecto a la adecuación a la que se encuentran obligadas las entidades públicas o privadas, el Proyecto no puede ser tan categórico en señalar que el procedimiento es a simple requerimiento del interesado y sin mediar formalidad alguna, pues en un sentido literal, la entidad no podría siquiera solicitar el nuevo DNI emitido. Sugerimos eliminar la frase “*sin formalidad alguna*”, pues existen instituciones que, por motivos de seguridad, requerirán mayor certeza y seguridad jurídica de que la modificación se llevó a cabo (i.e. instituciones financieras).

En segundo lugar, el artículo 10 establece que *“no se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos”*. Esta lectura, junto con la disposición sobre la adecuación de entidades públicas y privadas, daría a entender que las entidades tomarán conocimiento de la rectificación únicamente cuando el solicitante lo comunique. El Proyecto no considera aquellos supuestos en los que el solicitante, por motivos distintos a los de su identidad, no desee que se conozca su cambio de identidad registral, afectando incluso derechos de terceros.

Así, por ejemplo, sería muy complicado que una persona natural o jurídica pueda ejecutar una deuda a una persona si algunos de sus datos ya no figuran en los registros de acceso público. El mismo caso se presenta respecto del registro de la persona en centrales de riesgo como el de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) o las centrales privadas. Consideramos que debe existir un mecanismo de protección también para los terceros vinculados a la persona, que puedan verse afectados de alguna forma con la modificación. Como símil, el procedimiento de cambio de nombre requiere de la publicación de los edictos en el Diario Oficial “El Peruano” y otro de mayor circulación.

Entendiendo que la publicación en un diario podría generar estigmatización por parte de la sociedad a la persona trans, y a efectos de evitar situaciones de vulneración de derechos, consideramos que el reglamento de la norma podría establecer que el solicitante de la rectificación presente una declaración jurada de haber comunicado el inicio del procedimiento de rectificación a toda persona natural o jurídica con la que tenga deudas u obligaciones registrales o elevadas a escritura pública, a efectos de evitar que esta afecte a terceros. Consideramos que el procedimiento no podría llevarse a cabo en total reserva, pues podría afectar intereses y derechos de otras personas.

En tercer lugar, no se contempla dentro de las disposiciones del Proyecto, a los supuestos en los que una persona solicite la rectificación registral estando casada. En ese supuesto, el matrimonio deberá ser declarado nulo por el juez competente con la emisión de la resolución, debido a que el ordenamiento vigente permite únicamente el matrimonio de dos personas de sexo opuesto²⁰.

Independientemente del análisis de la constitucionalidad o convencionalidad del matrimonio homosexual, las normas vigentes no prevén esta forma de unión, por lo que, si el Proyecto no contempla una modificación en el CC respecto a los alcances del matrimonio, no podría sostenerse que el vínculo matrimonial existe entre parejas del mismo sexo.

Sobre la rectificación en menores de edad

La exigencia de mayoría de edad puede ser agobiante para una persona, por lo que consideramos adecuado que se incluya la posibilidad de que menores de edad accedan a la rectificación registral. Sin embargo, esta no puede efectuarse con la misma celeridad y exigencias que la de una persona adulta, por varios factores que desarrollaremos a continuación.

²⁰ El ordenamiento peruano no contempla la posibilidad del matrimonio homosexual. En tal sentido, de manera similar a la regulación chilena, sugerimos que se incorpore una causal de nulidad matrimonial del artículo 274 del Código Civil. Nótese que ello no generaría desprotección para terceros pues resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 284 y 285 del Código Civil.

El primer lugar, consideramos que no debe ser considerado como suficiente el asentimiento de uno de los representantes legales del menor de edad, cuando el menor cuente con los dos padres. Si bien el menor de edad tiene derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad, entre otros, los padres (ambos, cuando corresponda) también tienen deberes y derechos vinculados con el desarrollo de su hijo. De manera específica, el artículo 74 del Código de los Niños establece como deber y derecho de los padres que ejercen la Patria Potestad el velar por el desarrollo integral del menor. Por lo tanto, salvo ocurra alguno de los supuestos de suspensión de la Patria Potestad del artículo 75, o su extinción regulada en el artículo 77, no podrá privarse a un padre del derecho de velar por la integridad del menor, y optar por las medidas que considere pertinente para tal fin. Tan es así que, de acuerdo con el artículo 76, ni siquiera el divorcio suspende la Patria Potestad de ninguno de los padres. Por lo tanto, consideramos que no podrá obviarse de la decisión de rectificación de un menor de edad a cualquier persona que ostente su Patria Potestad.

En tal sentido, si uno de los padres considera que la rectificación registral del niño podría afectar su desarrollo integral (por considerar por ejemplo que no responde a la voluntad del menor sino exclusivamente a la del otro representante), debería poder acudir a un tercero imparcial (juez) para que este sea quien determine la procedencia o no de la rectificación. Esto toma mayor importancia si se considera que el Proyecto de Ley no contempla una edad mínima para la rectificación. Por ello, la solicitud deberá hacerse con el asentimiento de ambos padres o, ante el silencio del padre que no participe en el procedimiento, debiendo notificar notarialmente a ese cuando corresponda.

En segundo lugar, el Proyecto presenta un problema al no establecer edades mínimas para la rectificación registral, lo que no solo genera incertidumbre sino contradicción con otras normas legales. De acuerdo con el artículo 43 del CC, los menores de dieciséis años son absolutamente incapaces, mientras que los mayores de dieciséis pero menores de dieciocho serán relativamente incapaces. En tal sentido, los Principios de Yogyakarta exhortan que los Estados:

“Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que el cuerpo de ningún criatura sea alterado irreversiblemente por medio de procedimientos médicos que procuren imponerle una identidad de género sin su consentimiento pleno, libre e informado, de acuerdo a su edad y madurez y guiándose por el principio de que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración su interés superior (...)”²¹ (subrayado agregado).

El Proyecto dispone que los menores de edad podrían acudir a un tribunal “*si resulta imposible obtener el asentimiento de los representantes legales*”. En este punto debemos enfatizar en que la ambigüedad de la misma puede generar gran confusión al momento de interpretar y aplicar la norma. En principio, no es claro si la noción de imposibilidad es una imposibilidad física (por

²¹ Panel Internacional de Especialistas en Legislación Internacional de Derechos Humanos y en Orientación Sexual e Identidad de Género, 2017. Principios de Yogyakarta. Principio 18 “Protección contra abusos médicos”. https://www.ehu.es/es/web/zuzenbide/igtbi-un/-/asset_publisher/D3ltYkoVyNU/content/principios-yogyakarta?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.ehu.es%3A443%2Fes%2Fweb%2Fzuzenbide%2Figtbi-un%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_D3ltYkoVyNU%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_D3ltYkoVyNU_struts_action%3D%252Fasset_publisher%252Fview

distancia, por ejemplo) o de voluntad (si ambos padres no quieren asentir el procedimiento). Por otro lado, el Proyecto señala que si se presenta la imposibilidad, “*se recurrirá al proceso sumarísimo*”, pero no define quien acudirá. Debemos saber que la capacidad procesal de los menores de edad se encuentra limitada en nuestro ordenamiento, sancionando con la nulidad todos los actos que no se encuentren dentro de las excepciones a la capacidad procesal de los menores de edad²².

Aspectos formales

Recomendamos seguir las indicaciones establecidas en el Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República, a fin de dar coherencia, claridad y precisión a la norma. Hemos notado que existen algunos errores que podrían parecer menores, pero que generarán muchas contingencias en la práctica. A continuación, algunos de ellos:

- El artículo 6 establece que la adecuación registral de documentos es, de manera conjunta, la imagen, el pronombre y el sexo. Sin embargo, el artículo 9 establece que el nuevo documento reflejará los datos rectificadas de nombre y el sexo únicamente. Debemos señalar, sobre el particular, que la Corte IDH se ha pronunciado específicamente sobre la fotografía en los documentos de identidad²³, por lo que es importante ser muy precisos en la regulación.
- Sugerimos tener un numeral específico para definiciones, y que estas no se encuentren repartidas a lo largo de Proyecto. A modo de ejemplo, las definiciones de discriminación, transfobia o identidad de género podrían estar en un solo artículo destinado a definir los términos empleados (tales como sexo biológico, identidad de género, expresión de género, entre otros). Esto, además, generará que una norma reconozca estas instituciones en nuestro ordenamiento legal.
- Evitar términos abstractos e indeterminables en la redacción, tales como “sencillo”. Estas disposiciones podrían generar controversia por corresponder al criterio de cada funcionario con capacidad de decisión en el caso.

²² Piori, G (2012). “*La capacidad en el proceso civil*”. En: Derecho y Sociedad, No. 38, p. 51: “*En ese sentido, entonces, en el Perú, tendrían capacidad procesal, según las normas del Código Civil: (i) los mayores de 18 años, (ii) los mayores de 14 años para la tutela de los derechos de sus hijos; (iii) los mayores de 16 años que hayan adquirido un título profesional; (iv) los menores de edad que hubieran adquirido capacidad por matrimonio, y (v) los menores de edad en los casos de la tutela de los derechos de los que pueden disponer, conforme a lo dispuesto en el artículo 1358 del Código Civil. Los demás sujetos no tienen capacidad procesal, por lo que requieren actuar mediante representante para que su actuación procesal sea válida, como es el caso de las personas jurídicas, patrimonios autónomos, el Estado, los organismos constitucionales autónomos, las comunidades campesinas y las organizaciones no inscritas.* La ausencia de capacidad procesal genera la nulidad relativa de las actuaciones procesales; ello quiere decir que el defecto del que adolecen esos actos procesales puede ser convalidado”.

²³ Opinión Consultiva OC-24/17 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2017). Párrafo 122.


