

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO**



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado

**Informe sobre la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente
N° 06040-2015-PA/TC**

Andrea Parra Estela

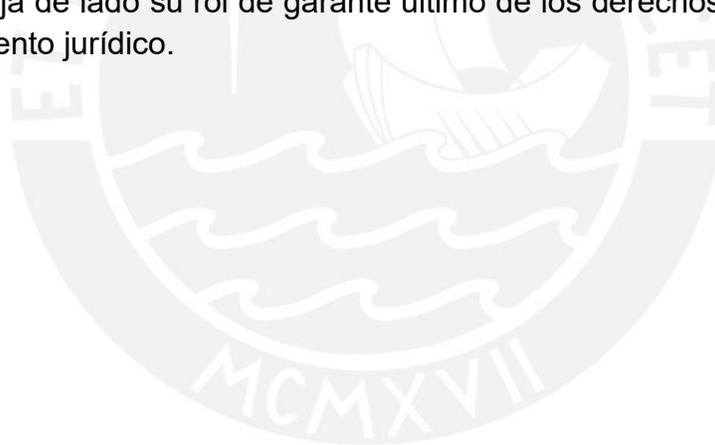
Código: 20101802

Revisor/a: Magno Abraham García Chávarri

Lima, 2021

RESUMEN

El presente informe jurídico analiza la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente STC N° 06040-2015-PA/TC, referida al caso de Ana Romero Saldarriaga, una mujer transgénero que solicita a través de una demanda de amparo que Reniec modifique su nombre y sexo en sus documentos nacionales de identificación. Este fallo es emblemático puesto que deja sin efecto la doctrina jurisprudencial que concebía al sexo como una categoría biológica o cromosómica. En este trabajo se desarrolla el contenido del derecho a la identidad de género, a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano y los estándares internacionales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, se procede a analizar si el proceso sumarísimo es una vía específica e igualmente satisfactoria para tutelar el derecho a la identidad de género. Finalmente, el informe concluye que el Tribunal Constitucional omitió tutelar adecuadamente el derecho a la identidad de género de Ana Romero, al rechazar su demanda argumentando que debió tramitar su solicitud a través del proceso sumarísimo. Esta sentencia revela cómo el Supremo intérprete de la Constitución deja de lado su rol de garante último de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.



ÍNDICE

| | |
|---|----|
| Introducción..... | 5 |
| Justificación de la elección de la resolución..... | 7 |
| 1. Hechos | 8 |
| 1.1. Antecedentes del caso | 8 |
| 1.2. Decisión del Tribunal Constitucional..... | 9 |
| 1.3. Fundamento de voto y voto singular..... | 10 |
| 2. Problemas jurídicos..... | 12 |
| 3. Análisis | 13 |
| 3.1 Alcances de la identidad de género | 13 |
| 3.2. La tutela del derecho a la identidad de género de las personas trans en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos..... | 16 |
| 3.2.1. La identidad de género como categoría protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos..... | 17 |
| 3.2.2. La Opinión Consultiva N° 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos | 19 |
| 3.2.3. El impacto de la Opinión Consultiva N° 24/17 en el ordenamiento jurídico peruano | 23 |
| 3.3. La protección del derecho a la identidad de género a partir de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC N° 0139-2013-PA/TC | 25 |
| 3.3.1 Antecedente: El caso de Karen Mañuca (sentencia STC N° 02273-2005-HC/TC) | 25 |

| | |
|--|----|
| 3.3.2 La doctrina jurisprudencial fijada en el caso de P.E.M.M. (STC N° 00139-2013-PA/TC)..... | 28 |
| 3.4 La protección del derecho a la identidad de género determinada por el Tribunal Constitucional en el caso de Ana Romero Saldarriaga..... | 32 |
| 4. Postura de la graduanda: Propuesta de delimitación conceptual de la identidad de género | 35 |
| 5. Postura de la graduanda: Evaluación de la decisión del Tribunal Constitucional en el caso de Ana Romero | 37 |
| 5.1. Sobre la existencia de una vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo..... | 37 |
| 5.2. Análisis comparativo entre el proceso de amparo y el proceso sumarísimo..... | 38 |
| 6. Postura de la graduanda: Determinación de la vía adecuada para garantizar el derecho a la identidad de las personas trans en el Perú | 42 |
| 6.1. Estándares de la Corte IDH para la configuración de la vía adecuada que salvaguarda el derecho a la identidad de género de las personas trans | 42 |
| 6.2. Deficiencias del proceso de amparo y el proceso sumarísimo | 43 |
| 6.3 Análisis comparativo del proceso no contencioso y el procedimiento administrativo ante Reniec | 45 |
| 7. Conclusiones | 51 |
| 8. Bibliografía | 54 |

INTRODUCCIÓN

El presente informe jurídico analiza el expediente N° 06040-2015-PA/TC, correspondiente al proceso de amparo iniciado por Ana Romero Saldarriaga contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) y el Ministerio Público, con la finalidad de que se modifique el nombre y sexo en sus documentos nacionales de identificación.

Así, el problema jurídico planteado y que se examinará en este informe jurídico es cómo debe garantizarse la adecuada protección del derecho a la identidad de género de las personas trans en el Perú.

Para dicho propósito, primero se desarrollará el alcance de la identidad de género, a fin de tener una aproximación a su noción jurídica partiendo de las diversas categorías indispensables para su delimitación. Luego, se analizarán los casos emblemáticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que han sentado los cimientos para el reconocimiento del derecho a la identidad de género de las personas trans.

Tras ello, se analizará la Opinión Consultiva N° 24/17 de la Corte IDH y su impacto en el ordenamiento jurídico peruano. Así, en tanto parámetro de interpretación de las obligaciones convencionales del Estado peruano, era necesario tomarla en cuenta para el desarrollo de este informe, puesto que nos permite identificar los lineamientos básicos de la protección del derecho a la identidad de género y nos permite trazar nuestra propia delimitación conceptual, así como valorar cuál es la vía más apropiada para su tutela en nuestro país.

Aunado a ello, se examinarán las sentencias del Tribunal Constitucional referidas al derecho a la identidad de las personas trans, con especial énfasis en la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia recaída en el expediente N° 0139-2013-PA/TC. Posteriormente, se desarrollarán los aspectos centrales de la sentencia del caso de Ana Romero Saldarriaga. Este análisis jurisprudencial sirve para determinar la manera cómo han sido atendidas las solicitudes de cambio de nombre y cambio de sexo y, en qué medida, han demostrado ser pronunciamientos insuficientes y lesivos del derecho a la identidad de género del colectivo trans.

Precisamente, el análisis de estos estándares internacionales nos lleva a definir nuestra posición personal sobre el concepto de identidad de género y su protección constitucional. Así, en relación con la vía idónea para garantizar el derecho a la identidad de género de las personas trans, se han evaluado las fortalezas y deficiencias del

proceso de amparo, vía empleada por Ana Romero, y el proceso civil sumarísimo, vía establecida por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, en línea con lo señalado por la Opinión Consultiva N° 24/17, considero que la vía adecuada para garantizar el derecho de este colectivo, de forma más célere y efectiva, es el procedimiento administrativo ante Reniec. Esta garantía tendrá un impacto positivo directo e innegable en el colectivo trans, el cual ha visto históricamente negado sus derechos.



JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente STC N° 06040-2015-PA/TC constituye el más reciente e importante hito nacional sobre el derecho a la identidad de género de las personas trans. Ahora bien, aun cuando esta decisión supone un avance en relación con la protección de este grupo de personas, considero que la decisión emitida resulta insuficiente.

Es importante precisar que el colectivo trans es un grupo en especial situación de vulnerabilidad, cuya lucha por el reconocimiento de sus derechos ha sido históricamente invisibilizada e incluso negada. Incluso en algunos sectores de la academia persiste la discusión y las posiciones polarizadas sobre el reconocimiento y protección de un derecho a la identidad de género.

A la fecha, el Tribunal Constitucional no ha garantizado de forma adecuada el derecho a la identidad de género de las personas trans en el Perú. Si bien han existido oportunidades para que nuestro máximo intérprete de la Constitución se pronuncie favorablemente, los casos que han llegado a este Colegiado no han sido debidamente atendidos. Incluso, el Tribunal ha sentado doctrina jurisprudencial, la sentencia recaída en el expediente N° 139-2013-PA/TC, que es lesiva del derecho a la identidad de género del colectivo trans.

Por lo expuesto, considero pertinente trazar un concepto más claro que rescate los estándares internacionales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reconocimiento y protección del derecho a la identidad de género derecho a la identidad de las personas transgénero. Además, planteo que el procedimiento administrativo ante Reniec es la vía adecuada para garantizar el derecho del colectivo trans de manera más célere, oportuna y efectiva.

1. HECHOS

Para comprender por qué el Tribunal Constitucional peruano no ha garantizado adecuadamente el derecho a la identidad de género de las personas trans, es necesario presentar los siguientes hechos relevantes del caso:

1.1 Antecedentes del caso

El 15 de junio de 2012, Ana Romero Saldarriaga interpuso una demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) y el Ministerio Público. Su pretensión era el cambio de nombre y sexo que figuran en sus documentos nacionales de identificación (partida de nacimiento y documento nacional de identidad), los cuales consignan que su nombre es Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga y su sexo es masculino.

Es importante mencionar que si bien la demandante nació con sexo biológico masculino, desde su infancia se identifica con el género femenino. De acuerdo a lo expuesto a su demanda, ello llevó a que sea discriminada desde temprana edad, a través de las burlas de sus compañeros de clase, así como el maltrato físico y psicológico por parte de sus padres.

Tras culminar su educación escolar, Ana decidió viajar a España para someterse a una cirugía de adecuación de sexo. Este proceso fue acompañado de la ingesta de hormonas y un tratamiento psicológico que le brinda soporte emocional.

No obstante, la señora Romero Saldarriaga alegó que los episodios discriminatorios no cesaron. Al respecto, señaló que vio restringidos sus derechos al habersele impedido presentar una denuncia policial y habersele negado un préstamo en una entidad bancaria, debido a la incongruencia entre los datos consignados en su DNI y su apariencia física. Precisamente por ello solicitó en el proceso de amparo la modificación de dichos documentos.

Ahora bien, conforme a lo indicado en el fallo del Tribunal Constitucional, la demandante no solicitó previamente ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) el cambio de nombre y sexo en sus documentos nacionales de identificación.

Así los hechos, el 12 de agosto de 2014, el Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín declaró fundada la demanda al considerar que se habían vulnerado los derechos a la identidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de la demandante.

Este juzgado señaló que el nombre y sexo registrados en los documentos de identificación son mutables debido a la relación directa que guardan con la identidad. Por ende, el juez consideró que la demandante podía exigir el cambio de sus datos. Asimismo, al no existir vías previamente establecidas, estableció el proceso de amparo como la vía idónea y adecuada para dilucidar la pretensión.

Frente a ello, el 25 de septiembre de 2014, Reniec interpuso recurso de apelación alegando la existencia de una vía igualmente satisfactoria para atender la pretensión de cambio de nombre de Ana Romero Saldarriaga. Sin embargo, en lo que corresponde al pedido de cambio de sexo en su documento de identificación, la entidad argumentó que existe doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Constitucional que señala que no es viable solicitarlo.

El caso llegó a la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 7 de agosto de 2015, la cual revocó la sentencia apelada y declaró la improcedencia de la pretensión de cambio de nombre. Sobre este punto, señaló que existen otras vías igualmente satisfactorias al proceso de amparo. Por otro lado, sobre la pretensión de cambio de sexo, precisó que el juez competente para conceder la modificación sería el Juez de Paz Letrado.

Seguidamente, la demandante interpuso recurso de agravio constitucional contra la resolución emitida en segunda instancia, de modo que el caso sea elevado ante el Tribunal Constitucional. Como argumento para cuestionar la improcedencia de su demanda, Romero Saldarriaga señaló que no existe una vía procesal para solicitar el cambio de nombre y de sexo a favor de las personas transexuales y que dicha materia no debería reconducirse por la vía ordinaria.

1.2 Decisión del Tribunal Constitucional

Así, con fecha 21 de octubre del 2016, el referido Tribunal declaró, en mayoría, fundada en parte la demanda de amparo, al haberse acreditado la afectación del derecho de acceso a la justicia de Ana Romero Saldarriaga. Asimismo, ordenó dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia N° 0139-2013-PA/TC.

Sin embargo, este Tribunal declaró improcedente la demanda en lo que corresponde al pedido de cambio de nombre y cambio de sexo, precisando que deja a salvo el derecho de Ana Romero para que recurra a la vía judicial ordinaria.

1.3 Fundamento de voto y voto singular

La magistrada Ledesma Narváez emitió un fundamento de voto en el que precisó la importancia de la interpretación dinámica de las disposiciones constitucionales. Es decir, a partir de una interpretación evolutiva que ve a la Constitución como un instrumento vivo, corresponde que los operadores jurisdiccionales actualicen y den contenido al referido programa normativo, específicamente al derecho a la identidad personal.

A partir de ello, considera que la identidad de género encuentra sustento directo en la propia Constitución y existe una obligación estatal de proteger a las personas trans, más aún cuando se trata de un grupo minoritario cuyos derechos han sido históricamente postergados.

Por otro lado, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, quien también estuvo a favor del mencionado fallo, indicó que era correcto dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA/TC debido a que configuraba una doctrina doblemente transgresora de derechos. De un extremo, impedía que el Tribunal Constitucional y la judicatura ordinaria atiendan pretensiones como las de Romero Saldarriaga; y, a su vez, perpetuaba la vulneración del derecho a la identidad de las personas trans.

Asimismo, sostiene que el ejercicio del derecho a la identidad de una persona no se agota en la posibilidad de cambiar el nombre. En ese sentido, el magistrado señala que sería conveniente que el cambio de nombre y cambio de sexo, de modo parcial o total, como ocurre en algunos países de la región, sea producto de una decisión en sede administrativa.

Respecto de la pretensión de cambio de nombre y sexo a través del proceso de amparo, lamentó que no hubiera un consenso para atender la solicitud de Ana Romero. No obstante, precisó que con la sentencia se ha recuperado el pleno acceso a la justicia para atender este tipo de pretensiones y ello no imposibilita la atención de solicitudes que carezcan de una vía igualmente satisfactoria a través de un amparo.

Ante dichos argumentos, los magistrados Urviola Hani, Blume Fortini y Sardón de Taboada suscribieron un voto singular conjunto, señalando que, a su juicio, la sentencia debió ser declarada improcedente en todos sus extremos dado que la solicitud de cambio de sexo del demandante está sustentada en razones exclusivamente de orden psicológico. De modo similar, señalaron que en nuestro ordenamiento jurídico existe una vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo a efectos de tramitar el cambio de

nombre en los documentos nacionales de identidad, motivo por el cual instó a que el pedido de Romero Saldarriaga sea atendido por la vía ordinaria.

Por otro lado, resaltaron que la solicitud materia de análisis por el Colegiado es sustancialmente igual al caso resuelto de manera desestimatoria en la sentencia STC N° 0139-2013-PA/TC. Por ende, recalcaron la necesidad de mantener la doctrina jurisprudencial fijada en la referida sentencia.



2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Sobre la base de los hechos del caso, las preguntas que nos hemos propuesto responder en el presente informe jurídico son las siguientes:

Problema central

¿Cómo debe garantizarse la adecuada protección del derecho a la identidad de género de las personas trans en el Perú?

Problemas secundarios

1. ¿Cuál es el contenido de la identidad de género?
2. ¿Qué impacto tienen los estándares internacionales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reconocimiento y protección del derecho a la identidad de género?
3. ¿La doctrina jurisprudencial fijada en el expediente N° 0139-2013-PA/TC constituía una interpretación adecuada del derecho a la identidad personal?
4. ¿Cuál es la protección que otorga el Tribunal Constitucional al derecho a la identidad personal en el caso de Ana Romero Saldarriaga?
5. ¿Cuál es la delimitación conceptual del derecho a la identidad de género que se propone?
6. ¿Cuál es la vía adecuada para garantizar el procedimiento de cambio de nombre y sexo en los documentos nacionales de identidad, como contenido del derecho a la identidad de las personas transgénero?

3. Análisis

3.1 Alcances de la identidad de género

El reconocimiento del derecho a la identidad de género ha sido una batalla cuesta arriba cuyo origen se remonta a la doctrina y la jurisprudencia a nivel internacional. De hecho, para desarrollar el concepto de este derecho es indispensable explicar sumariamente en qué consiste el derecho a la identidad personal, así como las categorías de nombre, sexo, género, persona trans, transexualismo y persona transexual.

El derecho fundamental a la identidad personal se encuentra recogido en el inciso 1 del artículo 2 de nuestra Carta Constitucional. Sin embargo, su positivización no ha sido suficiente para dotarlo de contenido y garantizar su concretización en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, si se recurre a la doctrina, Siverino (2010) lo ha definido como “el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás por quien se es” (p.52). Es decir, es la expresión clara y manifiesta de la libertad del sujeto para autodeterminarse, también entendido como el dominio para autodefinirse. En esa línea, autores como Fernandez (2015) consideran que es trascendental que la persona construya su propio proyecto de vida, fiel a sí mismo, acorde a sus convicciones o creencias sin la interferencia de terceros (p. 680).

Visto así, el derecho a la identidad personal es concebido como la capacidad de autoconstruirse y generar una propia identidad. Si se toma en consideración que la persona es un ser libre y facultado para hacer sus propias valoraciones, entonces puede concluirse que tiene el derecho a crear su identidad del modo que mejor le parezca sin enfrentar oposición debido a ello. Por otro lado, negar a una persona el reconocimiento de su identidad personal es, como lo expresa Siverino (2010), decirle categóricamente “para mí no existes” (p.52).

Ahora bien, existen tres elementos imprescindibles para la construcción de la identidad de la persona: el nombre, el sexo y el género.

En primer lugar, el elemento nombre ha estado presente en cada ocasión dónde se ha pretendido individualizar y dotar de personalidad a un sujeto. Canales Torres (2014) sostiene que “el nombre no es sino la manifestación o concreción del derecho a la identidad en su dimensión formal o registral. Es decir, el nombre no puede ser visto como un derecho autónomo e independiente del derecho a la identidad personal, sino como una categoría que desarrolla y concretiza este derecho” (p. 26). En efecto, el nombre

está compuesto por el nombre y el apellido, de tal modo que ambas piezas constituyen el 'signo' que identifica y distingue a la persona de sus semejantes. La apropiación del nombre y su subsecuente concretización responde a la necesidad de individualizarse como sujeto, un nombre que sea cognoscible frente a los demás; pero, que también sirve para distinguir y reconocer a la persona como sujeto de derechos y obligaciones.

Luego, conviene hablar de la categoría sexo y género debido a su histórica relevancia para delimitar el concepto de identidad personal. El sexo es un elemento que tradicionalmente ha permitido la identificación de la persona; no obstante, hoy es posible argumentar que, gracias al desarrollo en la doctrina y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esta categoría se ha complejizado¹ e inclusive, producto de ello, ha dado origen a las discusiones en torno al género.

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), en sentido estricto el sexo ha sido entendido como un elemento estático referido a las diferencias biológicas y físicas entre el hombre y la mujer, también descrito como el conjunto de características genéticas, hormonales y anatómicas percibidas al momento de nacer (2012, p. 3).

Por otro lado, en la doctrina Negro Alvarado (2010) ha definido el género como “la construcción social de feminidad o masculinidad que varía según el tiempo y el lugar, y se construye a través de conductas aprendidas más que innatas” (p. 157). Esta definición pone énfasis en todos aquellos elementos psicológicos, sociales y culturales, en otras palabras, en aquellos componentes de naturaleza variable que conforman la edificación de feminidad o masculinidad del sujeto. Esto ha sido también sostenido por la Comisión al momento de definirla como una construcción social, de carácter dinámico y propenso a la mutabilidad por su propia naturaleza.

Sin embargo, de forma posterior, la Comisión (2015) ha tomado nota que el sexo ha sido desarrollado en la literatura académica queer e intersex como una construcción social (p. 30). Dicho de otro modo, esta categoría sería poseedora de un carácter biológico o cromosómico, así como de un aspecto social y psicológico. Más aún, la CIDH (2012) reconoce que algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría “género”, interpretaban que la categoría “sexo” también debía ser comprendida como “género” (p. 3). Dado lo expuesto, esta evolución en el plano académico e internacional ha permitido interpretar que el sexo

¹ Por ejemplo, la distinción de dos dimensiones o vertientes del sexo, estático y dinámico, pertenece al jurista Carlos Fernández Sessarego. El autor señala que el sexo, desde el punto de vista estático, es reconocido como un elemento inmutable, el cual hace alusión a lo genético o cromosómico; mientras que, cuando se alude a un sexo dinámico, se hace referencia a la personalidad, comportamiento psicosocial, la manera de sentir y vivir de la persona.

y el género son términos intercambiables, siendo que el primero está comprendido en el segundo.

Mención aparte merece el abordaje de la identidad de género en sí. Este concepto se ha gestado gracias al estudio de los expertos, el desarrollo en la doctrina y la jurisprudencia del ámbito internacional. Así, en noviembre del 2006, un grupo de expertos en derechos humanos se reunió para elaborar una serie de directrices, denominadas los Principios de Yogyakarta, que sirvan de guía para la implementación de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género en los distintos sistemas jurídicos. En su preámbulo, este instrumento define la identidad de género de la siguiente manera:

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, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. (Principios de Yogyakarta, 2006, p. 8)

Años más tarde, este concepto fue bien recibido en el panorama internacional, siendo prueba de ello su adopción en los informes presentados por la CIDH² y habiendo sido utilizado como referente en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). En suma, es la autopercepción basada en la construcción de feminidad o masculinidad que ha adoptado la persona, una edificación que la define independientemente de las características anatómicas con las que haya nacido. Bajo ninguna circunstancia debe ser confundida con la atracción que puede sentir el sujeto hacia el mismo sexo, el sexo opuesto o ambos.

Tras haber delimitado estas categorías, es momento de aproximarse al concepto de persona trans y definir quién es una persona transexual.

La CIDH (2015) ha señalado en diversos documentos que persona trans es el “término paraguas que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones” (p.32), en otras palabras, es una denominación que agrupa a todas aquellas identidades de género, incluso trascendiendo el binarismo masculino-femenino, ya que tienen en común “la no conformidad entre el sexo biológico y la identidad de género que ha sido tradicionalmente

² En este caso nos referimos al estudio denominado “orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes” (2012) y el informe “Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América” (2015).

asignada” a la persona (p. 32). No obstante ello, indica que una persona transgénero o trans puede construir su identidad de género independientemente de las intervenciones quirúrgicas, transformaciones corporales o tratamientos médicos. Bajo esta definición, una persona que se define como trans, sea hombre o mujer, no necesariamente se ha sometido a un procedimiento o tratamiento médico para la construcción de su identidad.

Sin perjuicio de lo anterior, una persona transexual es aquella que, adicionalmente a la disconformidad que experimenta entre su sexo biológico y su identidad de género, forzosamente recurre a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo para lograr su cometido. Como lo explica Fernandez (2015), la persona transexual se encuentra en una “intolerable situación existencial que compromete de manera radical ‘su manera de ser’ (...) el transexual vive plenamente a la manera del sexo opuesto al suyo y esta es la percepción social que de él se tiene”(p. 689). Es decir, la persona transexual se encontraría viviendo una situación de profundo malestar ya que quiere vivir y verse de acuerdo a la identidad que siente suya. No obstante, esta persona descubre que la sociedad, el marco jurídico vigente y las políticas públicas no han variado de tal manera que le permita materializar sus derechos plenamente.

Más allá de la intercambiabilidad de los términos sexo y género, considero pertinente tratarlos de manera diferenciada aunque estrechamente vinculados. El término género se circunscribe a los aspectos sociales y psicológicos del derecho a autodefinirse como uno quiere, es decir, como la máxima expresión de la autonomía de la persona. Asimismo, es necesario usar la categoría género para referirnos a los aspectos fuerte e indefectiblemente asociados al derecho a la identidad de las personas transgénero. Ello sirve para resaltar los avances y terreno ganado en este ámbito, en aras de visibilizar la lucha de este grupo vulnerable en nuestro país, un colectivo que ha visto tradicional e históricamente relegado el reconocimiento y garantía de sus derechos fundamentales, comenzando por su derecho a la identidad de género.

3.2. La tutela del derecho a la identidad de género de las personas trans en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH o la Corte) emite opiniones consultivas y sentencias que forman parte del canon interamericano, en la medida que son vinculantes y tienen el efecto de ‘cosa interpretada’(Zúñiga, 2013, p. 13)³. La adhesión a la tesis de la vinculación de los fallos se ve reflejado por la misma Corte cuando ésta señala que, para el control de convencionalidad, “el Poder Judicial

³ Ver en Torres Zúñiga, Natalia. 2013. El Control de Convencionalidad: Alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional Peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima: Cuaderno de Trabajo del CICAJ (6), pág.13.

debe tener en cuenta, no solamente el tratado, sino también la interpretación que de este ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención”⁴.

Visto así, el ordenamiento jurídico peruano, y específicamente los jueces, tienen la obligación de observar y emitir sus fallos a la luz de lo establecido por la Corte. En esa línea, el Código Procesal Constitucional peruano ha previsto, en el artículo V de su Título Preliminar, que la interpretación del alcance y contenido de los derechos constitucionales debe ser conforme a 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.

Dado lo expuesto, es imperativo detenerse en aquellos casos emblemáticos a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referidos al reconocimiento del derecho a la identidad de género de las personas trans.

3.2.1. La identidad de género como categoría protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos

Los casos emblemáticos a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El fallo de la Corte Interamericana en el caso Karen Atala Riffo e hijas vs. Chile marca un antes y un después en materia del reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas por la Convención Americana.

La señora Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo López Allendes en el año 2002. Fruto del matrimonio, tuvieron tres hijas: M, V y R. Como parte del acuerdo de separación de hecho, establecieron que la señora Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica en Chile. No obstante, debido a que la señora Emma de Ramón, pareja de Karen Atala, se mudó con ella y sus hijas, el señor López decidió interponer una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica. Una vez que el caso llegó a la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, la Sala decidió acoger el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva en favor suyo. Por tal motivo, la señora Atala decidió recurrir a la Corte IDH, para que examine en sede supranacional el presunto trato discriminatorio que sufrió en el mencionado proceso de tuición.

⁴ Ver el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006), párrafo 124.

Al respecto, la Corte IDH (2012) señaló⁵ expresamente que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención (p.34, fundamento 91). De esta manera, se reconoce una obligación para los Estados, derivada de un tratado internacional, de proteger la identidad de género de las personas trans.

Asimismo, en el párrafo siguiente, la Corte establece un criterio que refuerza el respeto y resguardo de los derechos de las minorías. Señala que el hecho de que falte consenso acerca de qué derechos deben ser respetados y el alcance de los mismos, no es “un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido” (Corte IDH, 2012, p. 34, fundamento 92).

Es decir, la ausencia de consenso no es un argumento para negar o limitar los derechos de un grupo, como el colectivo trans, quienes histórica y estructuralmente han sufrido discriminación. Conviene anotar también que a este grupo le ha costado inclusive más ganar la visibilidad y la superación de barreras en otros espacios, tales como el ámbito político o de medios de comunicación.

Seguidamente, la Corte menciona que, en el marco de las sociedades contemporáneas, “el derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos” (2012, p.42, fundamento 120).

En otras palabras, es imperativo que los Estados y sus ordenamientos jurídicos amplíen los márgenes de entendimiento y reconocimiento de los derechos. Esta tarea no se reduce a su positivización en las Cartas Fundamentales, sino que la Corte busca el modo de que los Estados plasmen y concreten estos derechos para las minorías.

Años más tarde, la Corte IDH se pronunció en los siguientes casos: Duque vs. Colombia (2016) y Flor Freire vs. Ecuador (2016). En estas sentencias, la Corte reiteró el reconocimiento de la identidad de género como una categoría protegida por la Convención⁶. No obstante, los casos examinados por la Corte básicamente analizaron situaciones de discriminación, de jure o de facto⁷, enfocando su análisis en la categoría de orientación sexual, sea ésta real o percibida⁸.

⁵ La fecha de remisión del caso a la Corte IDH fue el 17 de diciembre de 2010; mientras que, la sentencia fue emitida el 24 de febrero de 2012.

⁶ La Corte IDH lo señala en el fundamento 104 del fallo. Ver en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

⁷ Caso Duque vs. Colombia fj.92: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

⁸ Caso Flor Freire vs. Ecuador fj. 120. Ver en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf

Pese a los esfuerzos jurisprudenciales realizados por la Corte IDH, estos resultan insuficientes para garantizar el derecho a la identidad de género de las personas. Más aún, si era necesario materializar el contenido y la protección de este derecho. Ello implica no sólo mencionarlo como un elemento accesorio para dilucidar los problemas vinculados a la orientación sexual de la persona. En este escenario, es primordial que la Corte aplique y desarrolle la categoría identidad de género, su relación con la salvaguarda los derechos de las minorías, particularmente de la comunidad trans, un grupo que demanda la plena efectividad de sus derechos.

3.2.2. La Opinión Consultiva N° 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos exige a los Estados garantizar el derecho a la identidad de género

En mayo de 2016, la República de Costa Rica presentó una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.24, 18.5 y 24.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vinculada con el artículo 1 del mismo instrumento, referida a la identidad de género y la igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo. El 9 de enero de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos publicó la Opinión Consultiva OC-24/17 referida a estas materias.

Ahora bien, antes de desarrollar los criterios expresados en la Opinión Consultiva OC-24/17, es importante anotar la evolución de la posición de la Corte IDH respecto de la vinculatoriedad de sus opiniones consultivas para los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sobre el particular, inicialmente la Corte IDH señalaba que sus opiniones **“no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención”**. (Opinión Consultiva, OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte, artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 51).

Posteriormente, la misma Corte complementó la anterior opinión, llegando a afirmar que **“aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”**. (Opinión Consultiva, OC-15/97, del 14 de noviembre de 1997, informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos, el subrayado es nuestro, párr. 26).

Más tarde, en el año 2014, la Corte IDH declaró que, al momento de realizar un control de convencionalidad, los Estados parte de la Convención deben tener en cuenta tanto

las decisiones contenciosas como las no contenciosas, es decir, las opiniones consultivas:

(...) la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. **Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cuál es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.**

(OC- 21/14⁹, 2014, el subrayado es nuestro, párr. 31.)

Visto así, como lo expresa Zelada (2020), la Corte IDH extiende el alcance del control de convencionalidad a la competencia no contenciosa, atribuyéndole así una fuerza vinculante de facto (en los hechos) a las opiniones consultivas (p. 110).

A partir de lo expuesto, se puede concluir que las opiniones consultivas de la Corte IDH son vinculantes para todos los Estados parte de la Convención Americana al momento en que sus órganos internos realicen el control de convencionalidad de sus decisiones, ya sean jurisdiccionales o legislativas.

En su opinión Consultiva OC-24/17, la Corte recoge conceptos clave tales como género, identidad de género y persona trans. Al respecto, ha señalado que el género se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre, así como al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas (párr. 32, pág.16).

Respecto de la identidad de género, la Corte sostiene que es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género” (Corte IDH, 2018, párr. 32, pág. 16, párr. 94, pág. 94). Siendo así, corresponde exclusivamente a la persona determinar cómo vive y siente su género, el cual ha sido definido como una construcción social.

⁹ Opinión Consultiva, OC-21/14, del 19 de agosto de 2014 “Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

En lo que se refiere a las personas trans, reafirma que éstas construyen su identidad independientemente de someterse a un tratamiento médico o intervención quirúrgica. Asimismo, precisa que el término trans agrupa a todas aquellas variantes de la identidad de género cuyo punto en común es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a la persona (Corte IDH, 2018, párr. 32, pág. 17).

Respecto a las cuestiones planteadas por el Estado de Costa Rica, la Corte realiza una serie de precisiones en torno a la identidad de género de las personas. Primero, reafirma que es una categoría protegida por la Convención Americana, puesto que la falta de su reconocimiento puede conllevar a que la persona no cuente con la constancia legal de su existencia, hecho trascendental para el goce pleno de los demás derechos humanos (Corte IDH, 2018, párr. 98 y 114). El impacto en las personas transgénero es considerable ya que este colectivo suele encontrarse en una posición de vulnerabilidad (Corte IDH, 2018, párr. 33 a 51).

Visto así, este Tribunal reconoce que, tanto el cambio de nombre como la adecuación del género que aparecen en los documentos de identidad, son elementos esenciales para la configuración de la identidad de género, se encuentra protegido por la Convención Americana y debe ser garantizado por los Estados:

El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género autopercebida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), **los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados** para tales fines. (OC-24/17, pág. 54, el subrayado es nuestro, párr. 116)

Asimismo, la Corte reconoce que toda persona tiene derecho a que el elemento consignado en los registros nacionales de identificación concuerde con la identidad de género vivida y asumida. Esto demostraría un ejercicio de adscripción identitaria autónoma por parte del sujeto, el cual deviene efectivo cuando el Estado reconoce y respeta su actuación sin que medie la intervención de las autoridades estatales, no

pudiendo intervenir o modificar, con carácter constitutivo, el ejercicio del derecho. (2018, pág. 69, párr. 158)

Siendo así, los procedimientos de adecuación o de cambio de los datos consignados en los documentos nacionales de identificación deben recoger la identidad de género autopercibida, sin que ello vulnere el principio de seguridad jurídica. No deberá afectarse los derechos y obligaciones contraídos de manera previa a la inscripción de la modificación, incluso aquellos que provienen de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados. Es decir, los derechos y obligaciones frente a terceros deberán ser tutelados sin que ello obstaculice la garantía del derecho a la identidad de género de la persona. Ello significa que los actos celebrados mantienen sus efectos jurídicos y siguen siendo exigibles, salvo que la legislación de cada país disponga la extinción o modificación de los mismos (OC-24/17, 2018, párr. 118 a 120).

En ese orden de ideas, la Corte ha determinado que el procedimiento deberá estar enfocado en la adecuación integral de la identidad de género autodeterminada, no debiendo ser necesario incurrir en diversos trámites ante las autoridades (2018, párr. 124). Debe basarse solamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, no pudiendo exigirle requisitos tales como las certificaciones médicas o psicológicas que resulten abusivas, irrazonables o patologizantes (2018, párr. 127 a 130).

Exigir este tipo de documentación como requisito desvirtúa su naturaleza meramente declarativa, configurando un trato que contraviene los principios de igualdad y no discriminación al establecer un trato diferenciado entre las personas cisgénero y transgénero que deseen modificar sus datos en los registros nacionales y los documentos de identidad (2018, párr. 131 al 133).

La Corte establece que los procedimientos de adecuación o cambio en los registros y documentos de identidad deben ser confidenciales, en salvaguarda del derecho a la intimidad y la vida privada del solicitante, no debiendo ser de acceso público ni reflejar los cambios realizados. Sin embargo, esta información podrá ser accesible y puesta a disposición cuando las autoridades competentes de cada Estado lo requieran (2018, párr. 135).

A propósito del tiempo y costo de los procedimientos de cambio de nombre y adecuación a la identidad de género autopercibida, la Corte ha determinado que estos deben ser expeditos y tender hacia la gratuidad debido al grado de afectación sobre la situación jurídica del sujeto, así como la eliminación de los obstáculos, particularmente aquellos de carácter financiero, que pudieran evitar el reconocimiento de la identidad tal como la siente y vive la persona (2018, párr. 142 a 144).

Debe prescindirse de la exigencia de acreditación de las operaciones quirúrgicas y/o hormonales, puesto que no puede obligarse a una persona a someterse a cirugías u operaciones para el reconocimiento legal de su identidad autopercebida. Su exigencia vulnera el derecho a la integridad personal y el principio de igualdad y no discriminación consagrado en la Convención (2018, párr. 146 a 148).

Finalmente, la Corte IDH precisa que la materialización efectiva de este derecho se dará a través de un procedimiento administrativo, sea en sede judicial o sede administrativa, en un escenario donde la autoridad encargada del trámite podrá oponerse cuando constate algún vicio en la manifestación del consentimiento libre e informado del solicitante. Sobre este punto, la Corte observa que los trámites administrativos o notariales son los que mejor se adecúan a estos requisitos. Por ello, recomienda a los Estados proveer de manera paralela una vía administrativa para atender las solicitudes de las personas (2018, párr. 160).

A partir de estas consideraciones, se concluye que la Corte ha pretendido adecuarse a la realidad y características propias de cada Estado, por lo que propone que se materialice este derecho en sede judicial o sede administrativa, debiendo cumplir con los requisitos destacados líneas arriba.

Si bien manifiesta una preferencia por la vía administrativa para la atención de las solicitudes de cambio de nombre y adecuación a la identidad de género autopercebida, ello no la convierte en una exigencia de obligatorio cumplimiento. Por consiguiente, será imprescindible, para el caso bajo análisis y en atención al contexto peruano, desarrollar por qué la vía administrativa es la más adecuada para atender de manera célere y más garantista el derecho a la identidad de género de las personas trans.

3.2.3. El impacto de la Opinión Consultiva N° 24 en el ordenamiento jurídico peruano

Recientemente, el 30 de julio del 2020, el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió un fallo que acoge lo expresado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-24/17 en el extremo referido a la implementación de los procedimientos adecuados que garanticen el reconocimiento del derecho a la identidad de género de las personas.

Visto así, la Corte resolvió el proceso de amparo recaído en el expediente N° 8097-2018. En este proceso, el demandante solicitó que se ordene a Reniec y a la Municipalidad Distrital de Sillapata-Huánuco la realización del cambio de los componentes nombre y

sexo consignados en los documentos nacionales de identidad, tales como el acta de nacimiento y el documento nacional de identidad¹⁰.

De acuerdo al Juzgado, ha quedado verificado a nivel nacional que no existe un procedimiento de cambio de nombre y cambio de sexo orientado a las personas LGBTI conforme a los parámetros trazados por la Opinión Consultiva OC N° 24/17 de la Corte IDH. Peor aún, el juzgado considera que hay evidencia para que se acredite la vulneración sistemática y estructural de derechos fundamentales de este colectivo.

Al respecto, indica que existe evidencia que demuestra que la inexistencia de un procedimiento que cumpla con los parámetros esbozados en la referida Opinión Consultiva resulta ser lesivo al derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, considera que la vulneración es sistemática puesto que, hasta la actualidad, los procedimientos seguidos por los solicitantes se vienen tramitando ante la vía judicial y no siguen las prácticas convencionales. Por último, el juzgado reconoce que la comunidad LGBTI es un sector reducido pero significativo de la sociedad peruana, cuyos derechos merecen reconocimiento y atención oportuna y efectiva.

Visto así, esta judicatura estima que resulta procedente declarar un Estado de Cosas Inconstitucional respecto a la ausencia de un procedimiento que permita el cambio de nombre y el cambio de sexo en los documentos nacionales de identificación de las personas trans e intersex.

La resolución halla que Reniec es la entidad competente, conforme al artículo 7a de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, para normar todos los procedimientos referidos a la inscripción de datos de identidad de todos los ciudadanos. Por ello, está obligado a implementar un procedimiento de adecuación de datos contenidos en los registros y documentos nacionales de identificación conforme a la identidad autopercebida.

De esta manera, el juzgado exige a RENIEC, conforme a los estándares fijados en la Opinión Consultiva N° 24/17 de la Corte IDH, que en el plazo máximo de un año, cumpla con la implementación de un procedimiento administrativo que permita a las personas trans e intersex el cambio de nombre, sexo e imagen en su respectivo DNI. Este trámite debe ser rápido, si fuera posible gratuito, de carácter reservado, basándose en el consentimiento libre e informado del solicitante, no exigiendo la presentación de los antecedentes penales, policiales o judiciales, no requiriendo el sometimiento a intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales, así como tampoco deberá exigirse

¹⁰ En el caso concreto, el demandante solicita que figure como nombre “Eidan Kaletb” y que el componente sexo consigne masculino.

la presentación de certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos. Más aún, señala que Reniec deberá informar trimestralmente sobre los avances de la implementación del referido procedimiento, pudiendo tomar en cuenta las recomendaciones planteadas por esa judicatura.

Si bien es un fallo de primera instancia, esta sentencia pretende aterrizar en el fuero interno lo que ha sido trazado por la opinión consultiva de la Corte IDH. En efecto, esta es una manifestación del ejercicio del control de convencionalidad que cualquier juez o jueza puede efectuar, para garantizar el respeto y protección de los derechos recogidos en la Convención Americana y la interpretación que se haga por su órgano competente, la Corte IDH.

Debido a que la Corte IDH ha señalado que corresponde también efectuar el control de convencionalidad sobre la base de lo que ella señale en el pleno ejercicio de su competencia consultiva, entonces es correcto que cualquier juez y jueza peruana, como en el caso concreto, observe lo estipulado en la Opinión Consultiva 24/17 y aplique estas directrices en los casos en los que se discutan temas asociados a las materias esgrimidas en dicha opinión de la Corte IDH. Esta decisión judicial pone en evidencia el nivel de desvinculación que puede existir entre los avances logrados en sede supranacional y el patente atraso en materia de reconocimiento y garantía de derechos en el ámbito nacional.

3.3. La protección del derecho a la identidad de género a partir de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC N° 0139-2013-PA/TC

Es importante señalar la trascendencia de las sentencias escogidas para el análisis en materia de derecho a la identidad de género de las personas trans. Nuestro ordenamiento jurídico se ha pronunciado en pocos casos, de manera inconsistente y temerosa. Por ello, a través de un análisis concienzudo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pretende lograr una lectura panorámica de la forma cómo se ha protegido el derecho a la identidad de género de las personas trans y comprobar, de ser posible, si se ha tutelado adecuadamente dicho derecho.

3.3.1 Antecedente: El caso de Karen Mañuca (sentencia STC N° 02273-2005-HC/TC)

En 2006, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la demanda de hábeas corpus interpuesta por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra Reniec. En dicha demanda solicitaba el otorgamiento de un duplicado de su Documento Nacional de Identidad (en

adelante, DNI) donde se constate la modificación de sus prenombrados de acuerdo a una sentencia judicial que declaró fundada su solicitud de cambio de nombre.

Al respecto, la demandante alegó que, con la denegación del duplicado de su DNI, se estarían vulnerando sus derechos fundamentales a la vida, a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar, y a la libertad personal.

El TC se pronunció tan solo sobre los siguientes puntos: la dignidad humana, el derecho a la identidad asociado a la importancia del Documento Nacional de Identidad y el componente sexo.

Los magistrados señalaron que la identidad constituye un “elemento esencial para garantizar una vida, no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, garantizar una vida digna” (STC N° 02273-2005-HC/TC, 2005, f.j. 7). Por tal motivo, para el Colegiado, la dignidad dota de contenido al derecho a la identidad personal, puesto que es el cimiento para esta última, postulando la existencia de la innegable interrelación entre ambas.

Además, el TC sostuvo que “la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio” (STC N° 02273-2005-HC/TC, 2005, f.j. 8). Se trata de un compromiso que asume el Estado y solo de esa manera podrá comprenderse que la dignidad humana es un concepto vinculante que deberá irradiar a todos los bienes constitucionales.

Seguidamente, el Tribunal se pronunció respecto del derecho a la identidad; específicamente sobre el papel importante que juega la partida de nacimiento como elemento de acreditación de la existencia de la persona. La partida de nacimiento es el documento que constata la existencia del recién nacido. Por tanto, los elementos que contiene sirven para la identificación del sujeto de derecho recién nacido. La gama de signos o elementos que la componen es variada: nombre, apellido, sexo, lugar de nacimiento, la hora de vida reconocida y comprobada, entre otros.

En concreto, respecto del nombre, señaló que:

El nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás. El nombre tiene dos componentes: el prenombre y los apellidos. El nombre es el elemento característico individual del sujeto, libre de

toda vinculación preestablecida. Se refiere al nombre de pila, el cual es libre y es elegido por los padres o por el que hace la inscripción en el registro civil. La elección de un segundo o más nombres es facultativa. El nombre recoge datos históricos de la persona que la singularizan de los demás y provee la información base para la emisión del DNI. Es obligatorio tenerlo y usarlo; es inmutable, salvo casos especiales; no es comercial, puesto que es personalísimo, aun cuando se transmita por procreación; es imprescriptible, aunque se deje de usar, se haya empleado uno más o menos erróneo o se utilice un conocido seudónimo. Asimismo, permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona a una familia. Mediante el nombre se hace posible el ejercicio de derechos tales como la ciudadanía, la educación, la seguridad social, el trabajo y la obtención de una partida de nacimiento, entre otros. (STC N° 02273-2005-HC/TC, 2005, fj. 13)

Así, el nombre recoge un elemento histórico que lo singulariza, es un elemento característico individual aunque es elegido por los padres. Es indispensable para la emisión del Documento Nacional de Identidad que permite la identificación, individualización y la pertenencia de un sujeto en un contexto dado.

Con respecto al Documento Nacional de Identidad (DNI), el Colegiado determinó que:

En nuestro ordenamiento, el Documento Nacional de Identidad tiene una doble función: de un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; y, de otro, constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución vigente. Además, dicho documento 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, uno de los cuales está referido a la libertad individual. (STC N° 02273-2005-HC/TC, 2005, fj.25)

En aquel fallo, el TC hace la distinción entre derecho a la identidad con la identificación. Los documentos son útiles para hacer posible la identificación de la persona y poder ejercer los derechos. No obstante, circunscribir el derecho a la identidad al DNI, reduce el ámbito de alcance del de la persona.

En alusión al sexo el Tribunal sostuvo lo siguiente:

Es la identificación que se asigna al recién nacido y que lo ubica en el género masculino o femenino. El sexo está compuesto por diversos elementos:

cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran. Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse. (2005, fj. 15)

De este modo, el sexo es la identificación que se realiza del recién nacido, ya sea género masculino o femenino. Si bien es cierto que, en esta sentencia, el Tribunal considera que existen varios elementos que componen el sexo del recién nacido, expresa que para el caso de la identificación del sujeto recién nacido solo se tomará en cuenta el sexo anatómico ya que el sujeto aún no ha podido desarrollarse. Ambos elementos resultan vitales para la correcta formación de la identidad personal del sujeto que no puede ser dejada de lado.

En este fallo, el TC ordenó al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) otorgar a la recurrente el duplicado de su Documento Nacional de Identidad con los prenombrados que le fueron autorizados por sentencia judicial: Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. No obstante, mantuvo la intangibilidad de los demás elementos identitarios consignados en la partida de nacimiento como la edad, sexo o lugar de nacimiento.

Considero que las precisiones acerca del derecho-principio de la dignidad humana, la importancia de la partida de nacimiento, la especial atención al derecho a la identidad personal así como el rol del Documento Nacional de Identidad son fundamentales para el posterior desarrollo en la jurisprudencia del mencionado derecho. Lo establecido en dicha sentencia actuará como piedra angular sobre la que se edificará el posterior desarrollo del derecho a la identidad personal.

3.3.2 La doctrina jurisprudencial sentada en el caso de P.E.M.M. (STC N° 00139-2013-PA/TC)

En 2014, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la demanda de amparo interpuesta por Rafael Alonso Ynga Zevallos, en representación de P.E.M.M., contra el RENIEC y el Ministerio Público, referida al cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad (DNI) y en la partida de nacimiento.

Cabe precisar que P.E.M.M, en un proceso judicial de cambio de nombre, consiguió el cambio de prenombre masculino (J.L.) a uno femenino (P.E.), cuya posterior anotación marginal se realizó en la partida de nacimiento correspondiente. En aquella oportunidad, el Tribunal se centró en determinar si existió o no la vulneración del derecho a la identidad de la recurrente y en qué términos, de ser aplicable.

El Tribunal Constitucional consideró que la partida de nacimiento es el documento que identifica al recién nacido. Por ello, el Tribunal concluye que el elemento denominado sexo distingue al recién nacido como parte del sexo masculino o femenino. Si bien es cierto que sirve para la identificación de la persona cuando acaba de nacer, no significa que la identidad de dicha persona sea estática y no pueda cambiar a lo largo de su vida.

El Tribunal no tomó en consideración que el sexo se componen de una dimensión estática y otra dinámica, ni advirtió sobre la existencia de otros factores que permiten la construcción de la identidad de la persona, que pueden ser además de biológicos o cromosómicos: sociales, culturales y psicosociales.

Por el contrario, se privilegió la construcción de la identidad de la persona, con respecto al sexo, de acuerdo a la presencia anatómica de genitales masculinos o femeninos. Para este Colegiado, no cabe duda que:

el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino). 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" (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. (STC N° 00139-2013-PA/TC, 2013, fj.34)

A partir de esta definición, se puede afirmar que este Tribunal, ha encasillado la definición de sexo y la ha reducido a una variable que consta de un único elemento para su concepción. Ha suprimido la posibilidad de valerse de otras aristas, como la psicológica o social, ya que consideró que la correlación del aparato genital con una aproximación al sexo como elemento biológico-genético es suficiente para responder a la realidad extrajurídica. Desde luego, esta misma postura opina que es indispensable que el elemento del sexo cuente con un fundamento científico que se reputa indisponible e inmutable.

Asimismo, este Tribunal, frente a la aparente indisponibilidad del sexo reconocido en el registro civil, considera que sí es posible la rectificación administrativa cuando la inscripción adolece de un error. Pero, cabe preguntarse qué tipo de error considera el Tribunal Constitucional que puede rectificarse para efectos administrativos¹¹. Es así que este Colegiado señala que es solo frente a un desajuste del sexo cromosómico que se

¹¹ Véase el artículo 71 del Decreto Supremo N° 15-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

puede solicitar una rectificación del sexo; es decir, los casos de intersexualidad o hermafroditismo, donde ha habido un error en la apreciación del sexo aparente y genital o cuando se está frente a un error biológico que el individuo no haya causado intencionalmente.

El Tribunal va más allá y considera la transexualidad como una patología o trastorno; es decir, una enfermedad. Afirma que “es claro que no identificarse con el sexo biológico masculino o sentirse del sexo femenino, hace alusión a una "patología" (como ella misma le llama) psicológica, como lo prueba además, según ella manifiesta, haber sido sometida a una "evaluación minuciosa" de orden psicológico para diagnosticarle “transexualismo”¹².

En el caso concreto, para poder acceder a la operación de reasignación de sexo en España, P.E.M.M. tuvo que recibir un tratamiento hormonal por un tiempo mayor a un año y ser diagnosticada con el trastorno de identidad sexual. Dicho diagnóstico considero que estigmatiza a la población trans, específicamente a P.E.M.M en su condición de transexual¹³, y está en disonancia con los últimos avances científicos y el desarrollo jurídico en el ámbito internacional que busca superar la patologización de la transexualidad.

La definición que brinda este Tribunal acerca del transexualismo y la persona transexual es una concepción, a nuestro juicio, retrógrada, donde el transexual es visto como un enfermo mental. No se cuestiona el sexo biológico del sujeto, el cual está, a su criterio, perfectamente definido, sino que apunta a un yerro o fallo en la mente.

Luego, la discusión torna hacia un punto conexo: las operaciones quirúrgicas de cambio de sexo. El Tribunal concluye que dichas operaciones son, en realidad, procedimientos estéticos que solo alteran la apariencia del aparato genital externo original; no obstante, no modifican la realidad genética o cromosómica de las personas. De esa manera, el Colegiado acota que “ las denominadas operaciones de cambio de sexo sólo transforman (y ni siquiera totalmente) la morfología de los órganos genitales externos del individuo pero no su sexo cromosómico, aun con cirugía altamente sofisticada y tratamientos hormonales”¹⁴.

Con respecto a la denominada teoría del sexo psicosocial, el Tribunal precisa que este planteamiento es nuevo y carece de certeza o consenso científico; por el contrario, es una discusión que, a juicio de los magistrados, requiere de un arduo y detallado estudio.

¹² Véase la sentencia STC N° 00139-2013-PA/TC, fundamento jurídico 10.

¹³ Véase la sentencia STC N° 00139-2013-PA/TC, fundamento jurídico 15.

¹⁴ Véase la sentencia STC N° 00139-2013-PA/TC, fundamento jurídico 18.

Por esta razón, considera que “mientras no haya certeza científica de que la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz para el transexualismo y que, realizada ella, debe prevalecer legalmente el sexo psicológico sobre el biológico —como plantea el recurrente—, el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que —también según la ciencia— es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de ‘la naturaleza de las cosas’ (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico”¹⁵. El Colegiado prefiere mantener el criterio del sexo biológico ya que, según ellos, se presta a menos incertidumbre y que prefieren no abordar un tema polémico o controversial.

En esa línea de pensamiento, el Tribunal estimó que no era conveniente dictar precedentes vinculantes sobre temas controvertidos ya que la adopción de una posición, en esos casos, segregaría más a la opinión pública. Dicho de otro modo, lo consideró altamente perjudicial. Por ello, el Tribunal prefirió no sentar como precedente vinculante esta sentencia. Sin embargo, en la parte resolutive del fallo, este Colegiado declaró como doctrina constitucional vinculante, a la luz del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la presente sentencia.

Fijar como doctrina jurisprudencial lo dilucidado en esta sentencia, en los hechos, restringe al juez o jueza en su marco de acción e interpretación jurídica, motivo por el cual no podría atender solicitudes de esta índole. Si bien se decidió no sentar como precedente vinculante para no obstaculizar la labor del juez en futuros casos, realmente lo que se generó fue una barrera para la labor interpretativa en las decisiones que adopten los y las jueces en los casos concretos.

Por lo tanto, entre los años 2013 y 2016, los jueces y los tribunales debían observar el criterio fijado por el supremo intérprete de la Constitución. Producto de ello, difícilmente se reconoció el derecho a la identidad de género, la transexualidad debía ser entendida como una enfermedad o fenómeno patológico médicamente diagnosticado y se indicó que el derecho no debió distanciarse de lo dicho por los estudios científicos.

De lo expuesto, considero que esta interpretación del Tribunal Constitucional no es lo suficientemente flexible para adaptarse a los cambios sociales que sufre la sociedad y la evolución a la que está sujeta. Una interpretación de este calibre actúa en desmedro de las personas trans, un sector de la sociedad calificado de población vulnerable, quienes se veían impedidos de obtener reconocimiento cabal de su derecho a la identidad. Ello, a su vez, dificultaba que se garanticen sus demás derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

¹⁵ Véase la sentencia STC N° 00139-2013-PA/TC, fundamento jurídico 30.

Ese esfuerzo realizado por el Colegiado buscaba volver inmutable una serie de conceptos imprescindibles para la construcción de la identidad de la persona. Esta jugada artificiosa para sedimentar una posición respecto de los elementos que componen el contenido de este derecho, supuso una grave limitación de sus alcances para un sector de la población.

3.4 La protección del derecho a la identidad de género determinada por el Tribunal Constitucional en el caso de Ana Romero Saldarriaga

En el caso de Ana Romero Saldarriaga, el Tribunal realiza una primera precisión sobre el concepto de sexo. En atención a este, determina que el sexo no es un concepto exclusivamente biológico que debe determinarse en base al desarrollo doctrinario y los avances en los campos de la medicina, la psicología y el derecho. En ese sentido:

Así las cosas, la realidad biológica, a tenor de lo expuesto, no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física. (2016, fj. 13)

Por tanto, la genitalidad no es la única variable a tomarse en cuenta cuando se asigna el sexo de la persona. Además, se debe comprender sexo como género en nuestro ordenamiento jurídico, siendo esta una precisión elucidada en los instrumentos del soft law y las sentencias tomadas como referencia de la Corte IDH, ya que es necesario complementar el elemento biológico o genético con el reconocimiento de componentes psicológicos, sociales, culturales que tienen su materialización en la identidad de género, noción ampliamente aceptada en la comunidad internacional.

En esta línea, es alentador que el Tribunal Constitucional repare en la existencia de una tendencia a reconocer el derecho a la identidad de género:

[...] este Tribunal advierte que existe una fuerte inclinación 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. La forma en la que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas

sociales, permiten identificar a una persona como “hombre” o “mujer”, es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad [...] (2016, fj.14)

No obstante, en la sección de análisis de la controversia de la sentencia, como parte de las consideraciones del Tribunal Constitucional, no se vuelve a hacer mención de dicho argumento. En estricto, en dicha sección de la sentencia, se discute y señala cuál es la vía idónea e igualmente satisfactoria para atender las solicitudes de cambio de nombre y cambio de sexo. Si bien es una materia discutible válida de dilucidar por el Colegiado, el reconocimiento del sexo como distinto a un determinismo biológico y la incorporación de conceptos ampliamente desarrollados en doctrina y jurisprudencia de la Corte (como por ejemplo el género, la identidad de género y expresión de género) en nuestro ordenamiento a lo largo de la sentencia, hubieran causado un impacto positivo en la manera de repensar el derecho de estas minorías e influencia la tarea interpretativa del operador jurídico.

Tomando en cuenta lo anterior, se ha sostenido que la construcción de la personalidad es parte vital para crear el proyecto de vida; por lo tanto, una construcción de sí mismo que parte de identificarse como perteneciente a una identidad de género, como es el caso de las personas trans, es beneficiosa para que el sujeto pueda reclamar y exigir sus derechos.

Es importante acotar que este Colegiado ensaya brindar una definición de transexualismo que se aleja de la concepción que la equipara con una enfermedad o un trastorno. En tal sentido, opta por esclarecer este punto y afirma que “el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología; así las cosas, y en consonancia con estas evidencias, respaldadas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por los organismos internacionales, corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC 0139-2013-PA”¹⁶.

Es esencial retomar el concepto de persona trans como término paraguas, que incluye la sub-categoría transexualidad y otras variaciones, que sirve para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico y la identidad de género de la persona. En efecto, la persona transexual es aquella que experimenta un conflicto tan profundo entre su sexo biológico y su identidad de género, que decide practicarse una reasignación de sexo o someterse a un tratamiento médico, de modo que su físico corresponda a su identidad de género. No

¹⁶ Véase la sentencia Nro. STC 06040-2015-PA/TC, fundamento jurídico 9.

obstante, el diagnóstico médico de disforia de género y su posterior utilización para acceder a la operación de reasignación de sexo en un ordenamiento jurídico no se distancia de una concepción patológica de la persona trans o persona transexual.

Cabe preguntarse si se considera razonable exigir a las personas trans, en este contexto de concreción de su identidad y personalidad, un elemento que sirva para la acreditación de su status de persona transexual para poder someterse a la operación de reasignación de sexo. Un diagnóstico como el referido es un elemento que sirve para la identificación de la condición de transexual como un hecho médico y justificante para todo aquel especialista médico que realiza este tipo de procedimiento. Considero que este diagnóstico médico no resulta necesario si lo que se pretende es, efectivamente, permitir la libertad de desarrollo y auto-construcción de la identidad de la persona trans.

En línea con lo establecido por el Tribunal, considero que dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial sentada en el caso STC N° 00139-2013-PA/TC era necesario para asegurar el derecho al acceso a la justicia de las personas trans. Así, el solicitante de cambio de nombre y/o sexo ya no encontrará un obstáculo en dicha interpretación vinculante del TC al momento de presentar su solicitud ante el operador jurídico. A criterio del Colegiado, esta es una oportunidad para que el juez, en su labor interpretativa, revise las solicitudes sin contar con la restricción de doctrina jurisprudencial limitativa de derechos. En ese orden de ideas, la sentencia advierte que:

En muchos casos, una interpretación rígida e inmutable de los derechos que la Constitución reconoce puede bloquear el acceso a la justicia. En este caso, a través del establecimiento de doctrina jurisprudencial, se pretendió cerrar definitivamente el debate en torno a la posibilidad de solicitar la modificación del sexo en los documentos de identidad. Esa no es nuestra labor; antes bien, nuestros pronunciamientos, aparte de proteger el programa normativo trazado por la Constitución, también deben permitir que los jueces actúen, de manera general, como custodios de ella. En ese sentido, establecer un contenido pétreo e inamovible de lo que debe entenderse por el derecho a la identidad personal es, antes que fomento, la imposición de una barrera para la labor interpretativa que pueda desplegar la judicatura ordinaria. De este modo, la aprobación de esta doctrina jurisprudencial supuso, en los hechos, el intento de cierre de la labor interpretativa en el Poder Judicial. (2016, fj. 11)

Visto así, los tribunales y jueces ya no están sometidos a una interpretación rígida e inmutable que efectivamente bloquea el acceso a la justicia. Se busca respetar y proteger el programa normativo de la Constitución; sin embargo, es una protección que busca garantizar de la mejor manera posible los derechos de aquellos a los que la Constitución

sirve. Se debe recordar que la constitución, al ser una norma suprema del Estado Constitucional democrático, recoge los principios y valores que la sociedad privilegia. Sin perjuicio de ello, no solo debe representar y garantizar el derecho de la mayoría que se identifica como hombre y mujer; sino que debe atender a las necesidades de los grupos minoritarios, por ejemplo, a las personas trans.

Así expuesto, concuerdo con la opinión del Tribunal en el extremo que sostiene que fue necesario apartarse de la doctrina fijada en la sentencia STC N° 0139-2013-PA. De lo contrario, se habría dejado en manifiesta desprotección al colectivo trans, no permitiéndoles la correcta tutela del derecho a la identidad y el libre desarrollo de la personalidad para el diseño de su proyecto de vida.

4. Postura de la graduanda: Propuesta de delimitación conceptual del derecho a la identidad de género en el Perú

En el Derecho Internacional, el derecho a la identidad de género ha sido reconocido como un derecho humano cuyo fin último es garantizar la autonomía y desarrollo del proyecto de vida de la persona. Este reconocimiento ha sido consagrado y avalado por los estándares internacionales desarrollados por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, particularmente la jurisprudencia y la opinión consultiva OC-24/17 emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, han surgido dificultades cuando se ha querido reconocer y proteger este derecho en el ordenamiento jurídico nacional. Lo cierto es que, históricamente, el derecho a la identidad de género ha sido negado a la persona trans. Prueba de ello es que, hasta el 2018, este grupo no fue contemplado en el Plan Nacional de Derechos Humanos que emite el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El Plan prioriza una serie de grupos en situación de vulnerabilidad, a los cuales plantea garantizar las condiciones de equidad y justicia para el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

Al momento del fallo del Tribunal Constitucional, el Plan vigente (2014 - 2016) no contemplaba al colectivo LGBTI. La incorporación de este colectivo recién se dio con el Plan Nacional del periodo 2018 -2021, documento en el cual se propuso el diseño y ejecución de políticas públicas a favor de este grupo de especial protección. Ello evidencia la invisibilidad de un grupo completo, aludiendo a la renuencia del reconocimiento de sus derechos, pudiendo incluso configurar la negación de la otredad y de los derechos fundamentales que pertenecen a todas las personas.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que considerar lo señalado por el Tribunal respecto al derecho a la identidad de género. Primero, establece que el componente que debe ser

consignado en los documentos nacionales de identificación debe ser entendido como género. En ese sentido, precisa que la genitalidad no es el único elemento que debe ser tomado en cuenta cuando se trata de la construcción de la identidad autopercibida.

Por ello, el elemento biológico debe ser necesariamente complementado con lo psicológico, social y cultural, para así configurar la identidad de género de la persona. Sólo después de lograr el reconocimiento de esta construcción, podrá la persona reclamar y exigir el respeto de sus demás derechos.

Otro punto a considerar es que la identidad de la persona trasciende los documentos de identificación, no siendo equiparable el derecho a la identidad de género con la expedición de un documento de identificación. Los documentos son útiles para identificar a la persona y coadyuvan al ejercicio de los derechos. No obstante, no debe circunscribirse este derecho al Documento Nacional de Identidad, puesto que ello reduciría su ámbito de alcance. En esa línea, la identidad debe ser entendida en razón de la diversa gama de elementos que la componen, la cual permite, en todo momento y sin excepción, la garantía de los derechos de las personas transgénero.

Por otro lado, es importante resaltar algunos aspectos recogidos por la Opinión Consultiva de la Corte IDH. La definición de identidad de género en su glosario permite ver cómo ésta es similar a la recogida hace más de una década en los principios de Yogyakarta, habiéndose plasmado una definición similar en los informes de la CIDH.

Aunado a ello, la Corte sostiene que la identidad de género está íntimamente ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de toda persona de autodeterminarse, esto es, a partir de sus propias circunstancias y convicciones. Reconoce además que este derecho no sólo se nutre del derecho internacional, sino también de aquellas normas que se derivan de los rasgos culturales propios contemplados en el ordenamiento jurídico nacional (Corte IDH, 2018, párr. 92-93).

Por lo expuesto, la identidad de género está intrínsecamente ligada a la identidad de las personas, es un elemento constitutivo de la misma, que merece reconocimiento estatal y su ausencia deja desprotegido a un sector de la población.

Es indiscutible que la privación del derecho a la identidad es un obstáculo frente al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica. Sin este reconocimiento, la persona carece del medio para el ejercicio de sus derechos en una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía, sus valores y la igualdad de oportunidades (Corte IDH, 2018, párr.99).

Asimismo, el Tribunal resalta que el ejercicio del derecho a la identidad de género se vuelve efectivo cuando los datos consignados en los documentos de identificación concuerdan con la identidad autopercibida. Para ello, es necesario contar con un registro que refleje esta realidad. En efecto, lo anterior se materializa con la creación de un sistema nacional efectivo, accesible y universal que permita proporcionar a las personas, de manera efectiva y oportuna, los documentos que contengan los datos relativos a su identidad.

5. Postura de la graduanda: Evaluación de la decisión del Tribunal Constitucional en el caso de Ana Romero

5.1. Sobre la existencia de una vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo

La pretensión de Ana Romero referida a la adecuación del sexo y nombre en sus documentos nacionales de identificación fue planteada en un proceso de amparo. Esta solicitud constituye una manifestación del derecho a la identidad de las personas trans. Siendo así, en principio, correspondía solicitar dicha modificación, y con ello la tutela de este derecho, en el proceso de amparo.

No obstante, corresponde advertir que los procesos constitucionales no son los únicos mecanismos para garantizar los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. Precisamente, de conformidad con el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales son improcedentes cuando existan vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. Ello refleja el carácter residual de la vía constitucional, esto es, que solo aquellas materias que no puedan ser tuteladas de forma adecuada en las vías ordinarias serán tramitadas en sede constitucional.

El Tribunal Constitucional ha señalado en el precedente Elgo Ríos¹⁷, que existen dos perspectivas que se deben analizar para concluir cuándo una vía ordinaria puede ser considerada “igualmente satisfactoria” a los procesos constitucionales de tutela de derechos. La primera es objetiva y se encuentra vinculada con el análisis de la vía propiamente dicha (vía específica idónea); mientras que la segunda es subjetiva, y se relaciona con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia iusfundamental).

Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea comprende: (i) la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea); y, (ii) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, para lo cual corresponde analizar

¹⁷ STC Exp. N° 2383-2013-PA/TC. F. j. 12-15.

si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea).

De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (i) transitar por ella no pone en grave riesgo al derecho alegado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornarse irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad); y, (ii) se evidencia que no es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

En suma, la vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" al proceso de amparo, vía constitucional para tutelar el derecho a la identidad, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:

1. Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho.
2. Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada.
3. Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad.
4. Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

En sentido inverso, la ausencia de cualquiera de estos presupuestos revela que no existe una vía idónea alternativa al amparo, por lo que la vía constitucional quedará habilitada para la emisión de un pronunciamiento de fondo (salvo que se incurra en alguna otra causal de improcedencia).

En el caso concreto, la solicitud de adecuación del sexo y el cambio de nombre en el documento nacional de identidad, además del proceso de amparo, podrían ser tramitados en la vía civil. Precisamente, el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Romero Saldarriaga concluye que la vía adecuada para tramitar dicha solicitud es el proceso sumarísimo. En dicha medida, corresponde analizar si esta vía resulta "igualmente satisfactoria" al proceso de amparo para tutelar el derecho a la identidad de las personas trans.

5.2. Análisis comparativo entre el proceso de amparo y el proceso sumarísimo

El primer paso en el análisis de la existencia de "vías igualmente satisfactorias" es comparar la estructura del proceso sumarísimo, desarrollada en el Título III de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con la estructura del proceso de amparo.

El proceso sumarísimo es un proceso contencioso caracterizado por tener plazos más breves que los procesos conocimiento y abreviado. Asimismo, se distingue por la concentración de las audiencias saneamiento y pruebas en una sola denominada Audiencia Única¹⁸. Incluso, en esta audiencia podría producirse la emisión de la sentencia, salvo decisión excepcional del juez de postergar su emisión para un momento posterior.

| Proceso sumarísimo | |
|----------------------------|--|
| Acto procesal | Plazos |
| Admisión de la demanda | Sin plazo determinado |
| Contestación de la demanda | 5 días hábiles luego de la admisión |
| Audiencia Única | Dentro de los 10 días hábiles siguientes |
| Emisión de sentencia | Hasta 10 días hábiles adicionales |

Como se advierte, al menos formalmente, se trata de un proceso célere que está diseñado para atender asuntos que requieren una tutela de urgencia. Siendo así, dentro de las vías civiles contenciosas sería la que más se adecua a las exigencias necesarias para resguardar el derecho a la identidad de las personas trans.

Ahora bien, un detalle importante es que la sentencia es apelable con efectos suspensivos¹⁹, por lo que aún cuando el demandante obtenga una decisión favorable en primera instancia, ella no podrá ser ejecutada. Inclusive, es posible interponer recurso de casación contra la decisión emitida en segunda instancia y elevar el caso a la Corte Suprema²⁰. De este modo, la persona cuyos derechos han sido lesionados tendrá que

¹⁸ Artículo 554 del Código Procesal Civil.

¹⁹ Artículo 556 del Código Procesal Civil.

²⁰ Artículo 387 del Código Procesal Civil.

esperar hasta contar con una decisión firme, y con ello probablemente varios años, para obtener tutela.

El proceso de amparo podría resultar aún más célere que el proceso sumarísimo; sin embargo, esta posibilidad depende de que las partes no planteen excepciones y no se lleve a cabo la audiencia de informe oral.

| Proceso de amparo | |
|---|--|
| Acto procesal | Plazos |
| Admisión de la demanda | Sin plazo determinado |
| Contestación de la demanda | 5 días hábiles luego de la admisión |
| Auto de saneamiento procesal (solo si se deducen excepciones) | Sin plazo determinado |
| Audiencia (si el juez lo considera necesario o lo solicitan las partes) | Sin plazo determinado |
| Emisión de sentencia | Hasta 5 días hábiles luego de contestada la demanda o, de ser el caso, de la audiencia |

Ahora bien, una característica particular de los procesos constitucionales es que existe la posibilidad de llevar a cabo la actuación inmediata de las sentencias estimatorias, pese a la apelación presentada por la parte demandada²¹. Una exigencia establecida por el Tribunal Constitucional es que la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no podrá ser aplicado²². Sumado a ello, se deberá tomar en cuenta el perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso²³.

²¹ Artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

²² STC Exp. N° 00607-2009-AA/TC, f. j. 63.

²³ Ídem.

En el caso concreto de la adecuación del sexo y el cambio de nombre en el DNI, no existiría un riesgo de irreparabilidad, pues es posible conceder lo solicitado y, de ser el caso, posteriormente dejar sin efecto esta modificación. Además, resultaría una medida proporcional en tanto que esta adecuación no genera ningún perjuicio o afectación.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar que la obtención de tutela de forma previa a la emisión de la sentencia definitiva se puede alcanzar en ambos procesos. En el proceso sumarísimo, al igual que en el proceso de amparo, es posible solicitar una medida cautelar para conseguir la adecuación del DNI.

Asimismo, en ambos casos la decisión final podrá ser tramitada ante dos instancias en la Corte Superior y, finalmente, ante una última instancia superior. En el caso del proceso de amparo, el Tribunal Constitucional y en el caso del proceso sumarísimo, la Corte Suprema.

La principal diferencia radica que contra la decisión estimatoria en segunda instancia del proceso de amparo no podrá interponerse recurso alguno. Ello significa que si una persona trans obtiene una sentencia que declara fundada su demanda por una Sala de la Corte Superior, ya no será necesario que el caso sea revisado por el TC. En cambio, en el proceso sumarísimo aun cuando la demanda sea declarada fundada en segunda instancia, la parte demandada (la Reniec) podrá interponer recurso de casación y con ello dilatar la ejecución del fallo.

Esta característica, sumada a la posibilidad de obtener una decisión en plazos más breve y la existencia de mayores mecanismos para conseguir una tutela anticipada antes de la decisión final, nos lleva a concluir que el proceso de amparo, estructuralmente, resulta un mecanismo más adecuado que el proceso sumarísimo para resguardar el derecho a la identidad de las personas trans en lo referido a la adecuación del sexo y cambio de nombre en el DNI.

Conforme a lo indicado, al tratarse de un análisis preclusivo ya no sería necesario analizar si en ambos procesos se puede otorgar una tutela adecuada, ni pronunciarse sobre la existencia de riesgo irreparabilidad o la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho involucrado.

Ahora bien, a efectos de reforzar la argumentación expuesta, corresponde señalar que la tutela del derecho a la identidad de las personas trans reviste una importancia que amerita una tutela urgente. Como hemos indicado, la falta de adecuación de los documentos de identidad de las personas trans constituye un obstáculo para el efectivo de otros derechos, como el acceso a la salud, a la educación, al trabajo, entre otros. Ello

constituye un motivo adicional para concluir que era impostergable brindar una tutela a Ana Romero en el proceso de amparo.

Por lo expuesto, la decisión del Tribunal Constitucional de relegar la protección de los derechos de Ana Romero supuso someterla a una nueva vulneración y a mantener la situación de discriminación que sufría hasta que, finalmente, pueda obtener un pronunciamiento definitivo en la vía ordinaria.

Sin perjuicio de lo señalado sobre la idoneidad del proceso de amparo para el caso específico de Ana Romero, conviene notar que la OC-24 de la Corte IDH indica que la materialización del derecho a la identidad de género no debe estar sujeta a un proceso de carácter contencioso, puesto que ello representa una limitación excesiva que condiciona la protección del derecho a la autorización de un juez.

Por el contrario, como desarrollaremos en el siguiente apartado, la solicitud de adecuación o rectificación con base en la identidad de género de la persona debe ser atendida a través de un procedimiento materialmente administrativo, sea en sede judicial o sede administrativa (OC-24/17, 2018, párr.160). Así, no corresponde el reconocimiento del derecho a través de los operadores jurídicos, sino solamente verificar el cumplimiento de los requisitos para su admisión, reforzando así su naturaleza declarativa.

6. Postura de la graduanda: Determinación de la vía adecuada para garantizar el derecho a la identidad de las personas trans en el Perú

6.1. Estándares de la Corte IDH para la configuración de la vía adecuada que salvaguarda el derecho a la identidad de género de las personas trans

De acuerdo a la Opinión Consultiva 24/17, los Estados deben decidir, con base en su contexto y Derecho interno, cuáles son los trámites o procedimientos para la adecuación o rectificación en los registros y en los documentos nacionales de identificación que sean acordes con la identidad de género auto-percibida del sujeto. Visto así, ha fijado los siguientes requisitos para la vía procedimental que materialice el derecho a la identidad de género de la persona: (i) enfocarse en la adecuación integral de la identidad de género autodeterminada; (ii) basarse en el consentimiento libre e informado del solicitante sin exigir certificaciones médicas o cualquier otra que resulte irrazonable o patologizante; (iii) ser confidencial, los documentos de identidad deben reflejar fielmente la identidad de género sin exhibir las modificaciones, cambios o correcciones; (iv) ser expeditos y tender a la gratuidad; y, (v) no debe exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales.

Además, la Corte también advierte que los trámites de carácter materialmente administrativos o notariales son los que mejor se adecúan a los requisitos descritos. Por ende, la Corte recomienda a los Estados proveer una vía administrativa paralela, de tal forma que la persona pueda elegir por cuál vía transitar para garantizar su derecho a la identidad de género.

6.2. Deficiencias del proceso de amparo y el proceso sumarísimo

A partir de lo expuesto en el informe, respecto al proceso sumarísimo, se ha advertido que es un proceso de carácter igualmente contencioso, cuya decisión depende del análisis que efectúe el juez al momento de valorar las pruebas presentadas.

Tomando en consideración los requisitos esgrimidos por la Corte en su opinión consultiva, existen puntos por los cuales este proceso no resulta idóneo para atender las solicitudes de adecuación del sexo y cambio de nombre en los documentos nacionales de identificación de una persona trans.

Primero, dada la manera como está estructurado el proceso, se advierte que no está enfocado en la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida. No se trata de una vía que refuerce y garantice el ejercicio de adscripción identitaria vivida y asumida del solicitante. El proceso sumarísimo no prescinde de la intervención judicial; por el contrario, se apoya en ella, pudiendo incluso interponerse recurso de casación contra la decisión emitida en segunda instancia y elevar el caso a la Corte Suprema. En otras palabras, el rol del juez es fundamental en un proceso sumarísimo, puesto que es quien emitirá un fallo con carácter constitutivo de un derecho.

Si bien dentro de las vías civiles existentes sería el proceso más célere para tutelar este derecho, las exigencias actuales son mayores para resguardar el derecho a la identidad de las personas trans. Incluso en el caso concreto de Ana Romero, concluimos que esta vía ordinaria no cumple con ser una vía específica e igualmente satisfactoria para proteger el derecho a la identidad de género.

Sobre este punto, también cabe cuestionarse qué tanto tiende este proceso a la gratuidad. En los hechos, al tratarse de un proceso contencioso, el Poder Judicial establece un arancel judicial²⁴ que debe ser pagado. Aunado a ello, como parte del ejercicio del derecho a la defensa del demandante, es frecuente que los litigantes deban contar con patrocinio legal para tramitar sus solicitudes. Sumado a ello, debido a la carga

²⁴Ver el cuadro de valores de los aranceles judiciales para el ejercicio gravable 2020 en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/465320004e5c60948e81af56acd5e45f/CUADRO+DE+VALOR+DE+ARANC ELES+2020+AFICHE.pdf?MOD=AJPERES>

procesal del Poder Judicial, este proceso podría tardar varios meses para obtener una decisión favorable en primera instancia.

Por otro lado, se ha constatado que el proceso de amparo es, a diferencia de la vía propuesta por el Tribunal Constitucional, la vía contenciosa que podría resultar ser más expedita. No obstante, como se ha notado, ello dependerá de que las partes no planteen excepciones, ni se lleve a cabo la audiencia de informe oral.

Pese a ser posible solicitar una medida cautelar para conseguir la adecuación del DNI, el proceso, en términos generales, requiere un tiempo considerable, es decir, no es inmediata la obtención de una resolución firme que reconozca el derecho de la persona demandante.

Si bien, estructuralmente, es un mecanismo más adecuado que el proceso sumarísimo para resguardar la identidad de género autopercibida de las personas trans, no es un proceso lo suficientemente garantista en beneficio del colectivo transgénero. A la luz de los requisitos de la OC-24, se observa que el proceso de amparo no es expedito para otorgar la tutela del derecho. Requiere transitar por un proceso de carácter contencioso, cuya decisión está sujeta al examen o evaluación que haga el juez sobre la materia. Este tránsito por un proceso de naturaleza contenciosa no es garantista del derecho a la identidad de las personas trans.

A partir de lo desarrollado en el informe, se aprecia que no ha sido claramente establecida una vía para atender, de manera copulativa, las pretensiones de cambio de nombre y de sexo, de tal forma que se satisfaga y garantice el derecho a la identidad de género de las personas trans en nuestro país.

Por lo tanto, se puede concluir que, de modo semejante a la OC-24/17, la materialización del derecho a la identidad de género no debe estar sujeta a un proceso de carácter contencioso. A criterio de la Corte, ello representa una limitación excesiva que condiciona la protección del derecho a una autorización de un juez (2018, párr.160).

Por ello, la solicitud de adecuación o rectificación con base en la identidad de género de la persona debe ser atendida en sede administrativa o judicial, siempre que no se trate de un proceso contencioso. Corresponde reiterar que no se busca el reconocimiento del derecho a través del operador jurídico, sino solamente verificar el cumplimiento de los requisitos previstos por la Corte, reforzando así su naturaleza declarativa.

6.3 Análisis comparativo del proceso no contencioso y el procedimiento administrativo ante Reniec

Para brindar una atención que sea acorde a lo dispuesto por la Corte IDH en materia del reconocimiento y garantía de la identidad de género autopercibida del sujeto, es conveniente referirse brevemente al proceso no contencioso.

Al respecto, es pertinente primero señalar que el artículo 29 del Código Civil peruano reconoce el derecho al nombre, permitiendo su cambio excepcionalmente por motivos justificados y mediante autorización judicial. Sin embargo, a fin de atender de manera copulativa las dos solicitudes planteadas por el sujeto que busca el reconocimiento de su identidad de género autopercibida, es necesario recurrir a la vía procesal que permitiría dicha situación.

Visto así, una alternativa para dicho propósito puede ser el proceso no contencioso. Las materias que pueden ser objeto de este tipo de proceso se encuentran precisadas en el artículo 749 del Código Procesal Civil peruano. El inciso 12 del referido artículo señala que pueden ser atendidas por esta vía las solicitudes que, a pedido de la persona interesada y por decisión del juez, carezcan de contención. Es decir, si se interpreta de manera extensiva este inciso, podrían acumularse las dos pretensiones, cambio de nombre y sexo, de tal forma que su atención urgente y prioritaria se dé en la misma vía procedimental.

Si bien posee una naturaleza no contenciosa, es posible advertir desventajas para quien solicita la modificación de los datos recogidos en sus documentos de identificación en esta vía. Es importante mencionar que el empleo de este proceso supone el pago de aranceles judiciales; por ejemplo, de acuerdo al cuadro de valores de los aranceles judiciales para el ejercicio gravable 2020, se contempla el pago de 86 soles para el ofrecimiento de pruebas.

Aunado a ello, existe el riesgo de que la litis se vuelva contenciosa. Como parte del derecho de defensa, el emplazado puede formular contradicción dentro de los cinco días de notificado con la resolución admisorio. La posibilidad de oponerse convertiría el proceso de carácter no contencioso en uno que sí lo es, lo cual actúa en desmedro de una tutela urgente, y eliminando la celeridad y sencillez que originalmente se persiguió.

Tras descartar la vía del proceso no contencioso, corresponde analizar si el procedimiento administrativo es la vía adecuada para garantizar la tutela del derecho a la identidad de género de la persona trans.

Antes de la emisión de la OC-24, en la experiencia regional comparada, algunos países habían adoptado trámites para la adecuación de los datos consignados en los documentos de identidad. Así, en el 2012, Argentina aprobó la Ley de identidad de género, Ley N° 26743, que permite la rectificación registral de los datos para mayores de edad y menores de edad a través de sus representantes legales.

Otros países que emularon, en cierta medida, este ejemplo fueron Ecuador y Bolivia. En 2016, el primero aprobó la modificación de la ley orgánica de gestión de la identidad y datos civiles, permitiendo a los mayores de edad cambiar su nombre y sustituir el campo sexo por el de género (masculino o femenino). En mayo del mismo año, Bolivia aprobó la ley N° 807 que reconoce la identidad de género del sujeto, un instrumento que autoriza el cambio de nombre y rectificación del componente sexo por vía administrativa, sólo cuando la persona solicitante sea mayor de edad y acredite la presentación de un examen técnico psicológico.

No obstante, resulta más valioso observar los cambios surgidos a nivel regional tras la emisión de la OC-24. El Estado de Costa Rica adecuó su proceso de cambio de nombre y suprimió la categoría sexo de su cédula de identidad. Así, estableció un procedimiento para atender las solicitudes de cambio de nombre en razón de la identidad de género autopercebida.

En aras de tutelar el derecho a la identidad de las personas trans, garantizar la igualdad y no discriminación y avanzar en la defensa de los derechos del colectivo LGBTI, en junio de 2018, suscribió el Decreto Ejecutivo N° 41173-MP²⁵ y la Directriz Presidencial N° 015-P que exige a todas las entidades estatales modificar los documentos, trámites y registros internos de las personas trans que deseen cambiar su nombre, fotografía, y demás datos, sustentado en la identidad de género autopercebida. El Decreto también modifica el reglamento de la cédula de identidad²⁶ y dispone la eliminación del componente sexo del dorso o reverso del documento identitario.

De este modo, Costa Rica exige la adecuación de la información en todo tipo de documento que recoge datos identitarios, incluyendo la modificación de datos en los productos financieros, así como la actualización en las bases de datos para evitar futuras incongruencias. Las personas interesadas podrán solicitar la rectificación de sus datos en cualquier oficina del Registro Civil, luego deberán firmar un consentimiento informado sin necesidad de presentar requisitos y prescindiendo de la publicación de edictos. Una vez verificada las solicitudes y aprobado el trámite, la entidad competente deberá emitir la resolución de estilo, ordenar la rectificación en el asiento de nacimiento, haciendo una

²⁵ Ver el Decreto Ejecutivo N° 41173-MP en: <https://www.tse.go.cr/revista/art/26/decreto.html>

²⁶ Decreto N° 9-2016 del 16 de agosto de 2016.

anotación marginal en el referido documento que dé cuenta de la situación, lo cual habilita a la persona solicitar su nueva cédula de identidad.

Por otro lado, es interesante observar la experiencia mexicana reciente en materia de adecuación de cambio de género por vía administrativa. Tras la decisión de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en la contradicción de tesis 346/2019, se determinó que la vía idónea para reconocer la identidad de género de las personas trans es la administrativa. Siendo así, se abrió la puerta al cambio de la información consignada en las actas de nacimiento y cédulas de identidad de las personas transgénero.

A la fecha, un poco más de un tercio de los estados federativos que componen México permiten la rectificación vía administrativa de los datos consignados en los registros y documentos²⁷. Siendo así, Quintana Roo se ha convertido en el último estado en aprobar una reforma del código civil que posibilita el reconocimiento de la identidad de género de las personas, de manera expedita y gratuita, sin necesidad de recurrir a un proceso de amparo ante el Poder Judicial.

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política vigente dispone que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, Reniec) es la autoridad competente para inscribir los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que que modifican el estado civil. Asimismo, es la encargada de mantener el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acreditan su identidad²⁸.

Ahora bien, cabe recordar que la OC-24 dispone que “ la regulación del procedimiento de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que puedan ser conformes con la identidad de género auto-percibida, no necesariamente debe ser regulado por ley en la medida que el mismo debe consistir únicamente en un procedimiento sencillo de verificación de la manifestación de voluntad del requirente.” (2018, párr. 161).

En otras palabras, reitera que la adecuación o rectificación del nombre y género, conforme a la identidad de género auto-determinada, en los registros y documentos nacionales de identificación, no necesariamente debe ser regulado por norma con rango

²⁷ Los estados que permiten el cambio de género a través de un trámite administrativo son: Ciudad de México, Michoacán, Nayarit, Coahuila, Colima, San Luis Potosí, Hidalgo, Oaxaca, Tlaxcala, Sonora, Chihuahua y, ahora, Quintana Roo.

²⁸ Ver el artículo 183 de la Constitución Política del Perú de 1993.

legal. Se privilegia la sencillez o simpleza del procedimiento, de tal forma que la población tenga acceso a esta vía, con el menor número de obstáculos posibles.

Ahora bien, conviene revisar las funciones de la entidad administrativa competente en el territorio peruano para el reconocimiento de la identidad de las personas. Según la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley N° 26497, se dispone que es función de la entidad “planear, organizar, dirigir y **normar** y racionalizar las inscripciones de su competencia”²⁹.

El ejercicio de las facultades de Reniec deben ser llevadas a cabo con el respeto del contenido de los derechos fundamentales, específicamente el derecho a la identidad y el libre desarrollo de la personalidad, las cuales deben ser interpretadas a la luz de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano, la jurisprudencia y las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH.

Sin embargo, podría existir un potencial obstáculo cuando uno se enfrenta al principio de legalidad que rige al ordenamiento jurídico. Como ha sostenido el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, las competencias de los órganos estatales deben regirse por el principio de taxatividad. Así, indica que “el ejercicio de la competencia constitucional está limitado o reducido a lo expresamente conferido, por lo que no puede ser ampliada o extendida en modo alguno”³⁰. Asimismo, añade que “las facultades conferidas a las autoridades de los órganos u organismos estatales son objeto de interpretación restrictiva”³¹.

Por consiguiente, se observa que el Tribunal ha interpretado que las competencias o facultades de las autoridades de los órganos u organismos estatales deben ser entendidas de manera restrictiva, limitándose a lo expresamente dispuesto por la norma. Ello con el fin de evitar un ejercicio arbitrario, y por ende inconstitucional, de ellas. Sin perjuicio de lo anterior, cabe cuestionarse si se puede hacer una interpretación extensiva de las funciones recogidas en la ley orgánica de Reniec, de tal forma que se pueda optimizar el derecho.

Sin embargo, dicho examen corre el riesgo de sentar un precedente para futuras prácticas que requieran una interpretación extensiva cuando se trate de funciones que no estén expresamente señaladas en la norma. Pese a que la aprobación de una ley exige cierto nivel de consenso político, en aras de respetar el principio de taxatividad en

²⁹ Ver el inciso a) del artículo 7 de la ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

³⁰ STC Exp. N° 00013-2003-CC/TC, f. j. 10.6.

³¹ Ídem.

la atribución de competencias, sería más ventajoso la aprobación de una norma de rango legal que defina que la adecuación del nombre y sexo de las personas trans se realice en un procedimiento administrativo a cargo del Reniec y, además, establezca las bases para el desarrollo de políticas públicas en beneficio de este sector de la población.

Por lo tanto, es importante reexaminar y analizar la conveniencia de impulsar una propuesta ya existente en el Congreso. Sobre el particular, el grupo parlamentario Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad presentó el Proyecto de Ley N° 790/2016-CR, que crea la Ley de Identidad de Género. Esta iniciativa propone que sea la vía administrativa la encargada de convertir en exigible el derecho a la identidad de las personas trans. Según el proyecto, el objeto de la norma es “regular los principios, medidas y procedimientos destinados a garantizar los siguientes derechos de todas las personas: 1. Al reconocimiento de su identidad de género libremente manifestada. (...)”.

De esta forma, los artículos 2 y 3 lo reconocen y definen conforme a los estándares internacionales esgrimidos por los informes y estudios de la CIDH así como lo sostenido por la jurisprudencia de la Corte IDH. Es relevante el artículo 5 del proyecto legislativo, ya que determina que la Administración Pública, a través de sus órganos registrales, deberá proveer a todo solicitante una documentación acorde a su identidad de género autopercibida. Luego, mediante el artículo 6, precisa que la rectificación registral es posible en sede administrativa mediante un proceso sencillo y gratuito ante Reniec o una de sus sedes desconcentradas sin necesidad de presentar una constancia médica.

En otras palabras, el proyecto posibilita el reconocimiento, prima facie, de la identidad de género sentida así como posibilita la adecuación registral de los documentos de identidad de las personas, en sede administrativa, sin necesidad de presentar un medio o instrumento probatorio que acredite la necesidad de la modificación de alguno de los datos consignados en los documentos de identificación.

El artículo 9 de la referida propuesta enumera los efectos que generan la rectificación de sexo y/o nombre/s de la persona. Así, determina que la adecuación de los datos es oponible a terceros a partir de su inscripción en los registros. Se señala que la rectificación registral no altera la titularidad de los derechos adquiridos ni las obligaciones jurídicas adoptadas previas a la rectificación; así como no altera las relaciones propias del derecho de familia. También precisa que cualquier contrato, convenio, instrumento legal, derecho u obligación contractual, personal, patrimonial, familiar, sucesorio, derecho de acreedor hipotecario o garantía patrimonial adquirido antes de la modificación, mantiene su vigencia y validez entre las partes.

Además de garantizar el acceso a intervenciones quirúrgicas parciales o totales y/o tratamientos integrales hormonales siempre que así lo desee la persona, el proyecto normativo establece en el artículo 16 la creación de políticas públicas. Aunque no precisa cómo deben ser, se rescata el énfasis que pone sobre la existencia de una problemática que requiere del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas para beneficiar a este colectivo. Este punto es importante ya que obra en aras de la integración y cohesión social, estableciendo mecanismos que coadyuven a la concientización y sensibilización del resto de la población.

Actualmente, el proyecto se encuentra en la Comisión de Constitución y Reglamento y la Comisión de Mujer y Familia. Han transcurrido casi 4 años desde su presentación, pero aún no cuenta con dictámenes en las referidas comisiones parlamentarias. Lo señalado demuestra que esta problemática no ha sido priorizada en la agenda pública del Congreso. Corresponde al Estado peruano cumplir con las obligaciones internacionales y los estándares interamericanos trazados en materia de identidad de género, particularmente si se trata de mantener fuera de peligro la existencia del colectivo trans.

Conforme a lo señalado, es evidente cómo esta propuesta legislativa difiere de lo establecido en la sentencia del TC en el caso Ana Romero Saldarriaga, ya que prescindiría de la vía ordinaria para poder evaluar la solicitud de cambio de nombre o cambio de sexo. Esta propuesta legislativa atendería más rápida y eficientemente las solicitudes de cambio de nombre y cambio de sexo puesto que serían tratadas como rectificaciones ante Reniec o una de sus sedes regionales. De este modo, es altamente probable que se concrete, en un período más corto, el derecho a la identidad de género de las personas trans.

Desde la administración pública, Reniec debe actuar como un ente rector que vele por el respeto y garantía de los derechos de las personas, sin excluir a ningún colectivo. Es el encargado de adecuar sus procedimientos de tal forma que atienda las solicitudes de las personas trans, asegurando el respeto y materialización de los derechos de este grupo altamente vulnerable. Cristalizar esta propuesta rompería con la percepción de que este tema es demasiado controversial para ser abordado, y lo extrae definitivamente de la esfera del operador jurisdiccional. En efecto, lo que se necesita es una política que garantice la igualdad en términos reales para todas las personas y reconozca el derecho de un grupo tradicionalmente invisibilizado.

7. Conclusiones

Sobre la base de las consideraciones propuestas, se concluye que:

(i) La identidad de género se define como la vivencia interna y personal de cada persona, la cual puede tomar diversas formas. Su finalidad es garantizar la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, es decir, la libre determinación del proyecto de vida del sujeto. Su concepción ha sido posible gracias a los estándares internacionales desarrollados por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, particularmente la jurisprudencia y la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(ii) En atención a las sentencias de la Corte IDH, se puede señalar que estas han superficialmente reconocido el derecho a la identidad de género como categoría protegida por la Convención Americana. En todo caso, han elaborado precisiones generales sobre la necesidad de proteger y respetar los derechos de todas las personas, sin importar la identidad de género u orientación que tengan. No obstante, ello es insuficiente frente a una verdadera necesidad de concretar y garantizar los derechos de la población trans.

(iii) Asimismo, como indican los informes elaborados por la CIDH, la falta de consenso sobre la terminología no es, en ningún caso, sinónimo de desprotección. Para garantizar el derecho a la identidad de las personas transgénero, es indispensable una apertura multidisciplinaria que permita comprender el derecho a la identidad desde diferentes perspectivas que incluyan el género.

(iv) El análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional pertinentes en materia de identidad de género esclarece la línea de pensamiento que ha adoptado este Colegiado en diferentes momentos, de acuerdo a la diversa conformación de sus miembros. A partir del caso Ana Romero Saldarriaga, se pretende liberar a los tribunales y jueces de una interpretación rígida e inmutable del sexo que efectivamente bloqueaba el acceso a la justicia.

(v) En ese sentido, considero que dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial sentada en el caso STC N° 00139-2013-PA/TC es beneficioso para nuestro ordenamiento jurídico. Sobre el particular, el o la solicitante de cambio de nombre y/o sexo ya no encontrará un obstáculo de interpretación constitucional al presentar su solicitud, puesto que el operador jurídico podrá atender su pedido. La sentencia del Tribunal establece como vía procesal idónea el proceso sumarísimo recogido en el artículo 546 inciso 6 del Código

Procesal Civil. Es decir, a criterio del Colegiado, ambas solicitudes de cambio de nombre y de sexo deberán ser dilucidadas en la vía de la justicia ordinaria.

(vi) Sin embargo, la decisión adoptada por el Tribunal evidencia que aún existen obstáculos para una real garantía del derecho a la identidad de género de las personas trans como Ana Romero. El incipiente reconocimiento que ha tenido el derecho a la identidad de género en ordenamientos jurídicos como el nuestro ha demostrado ser una lucha cuesta arriba. Tras esta decisión, la labor de los jueces deviene aún más vital en el Estado Constitucional, poniendo en sus manos el reconocimiento o negación de la personalidad jurídica de un colectivo, además del conjunto de derechos íntimamente conectados. Por ende, considero que acudir ante los jueces civiles para solicitar el cambio de nombre y/o sexo no es lo más adecuado para garantizar el derecho de las personas transgénero. Por el contrario, ratifica el hecho de que las personas trans deben validar su identidad ante los jueces y juezas, poniendo en manos del operador jurídico su identidad autopercibida.

(vii) Si bien el proceso de amparo puede ser considerado una vía para resguardar el derecho a la identidad de género de las personas trans y, en específico para tramitar las solicitudes de cambio de sexo en los documentos de identidad; esta no constituye la vía más expedita y efectiva para garantizar el derecho. Considero que, al ser un proceso de carácter contencioso, estar sujeto a plazos y depender del análisis del operador jurisdiccional, en realidad no atiende a los requisitos dispuestos por la OC-24 de la Corte IDH, por lo que no garantiza de manera idónea la tutela del derecho a la identidad de género de las personas trans en nuestro ordenamiento jurídico.

(viii) Pese a que el proceso sumarísimo otorga una tutela del derecho a la identidad en la vía civil, la parte demandada (Reniec), luego de ser declarada fundada la demanda en segunda instancia, podrá interponer un recurso de casación y con ello dilatar la ejecución del fallo. Es decir, este proceso perdería su carácter célere, pudiendo tardar varios meses en ser resuelto; sino que además no tiende a la gratuidad y quedará sujeto a la discrecionalidad del operador jurídico que interpreta el dispositivo normativo. Como se ha sostenido en el informe, el proceso sumarísimo no cumple con ser una vía procedimental específicamente igualmente satisfactoria para proteger su derecho a la identidad de género.

(ix) Respecto al proceso no contencioso, si bien posee goza de mayor celeridad y podría encajar con las recomendaciones brindadas por la Corte IDH, es posible advertir serias desventajas para quien utilice esta vía. El precio de la tasa de arancel judicial que debe pagarse es considerable y, más preocupante aún, resulta la posibilidad de que la litis cambie de naturaleza tras la oposición del emplazado. Al transformarse en un proceso

contencioso, se pierde de vista la intención preponderante de tutelar en beneficio de la persona que solicita estas modificaciones. Ciertamente, se ve mermada la prontitud, facilidad y la tendencia hacia la gratuidad que son elementos fundamentales para poder asegurar la protección del derecho a la identidad de género de las personas.

(x) En lo que corresponda a la vía administrativa, la aprobación de una norma de rango legal y el establecimiento de un procedimiento administrativo que adecúe o modifique el nombre y género en los documentos nacionales de identificación no contraviene las competencias del Registro Civil. Es necesario garantizar la rectificación registral y documental del nombre y género, conforme a la identidad de género auto-determinada, ya que se privilegia la sencillez, gratuidad y celeridad del procedimiento, de tal modo que las personas trans en el Perú tengan la posibilidad de ser reconocidas como se sienten y viven.

(xi) La propuesta legislativa N° 790/2016-CR que crea la Ley de Identidad de Género permite la máxima garantía del derecho en cuestión así como faculta la implementación de mecanismos que conviertan en exigibles los derechos de las personas trans. Esta iniciativa posibilita la adecuación registral de los documentos de identidad de las personas, en sede administrativa, sin necesidad de presentar un medio o instrumento probatorio que acredite la necesidad de la modificación de alguno de los datos consignados en los documentos de identificación.

(xii) En la práctica, mediante la aprobación de esta ley que permite la rectificación registral, cualquier sede de RENIEC podría atender las solicitudes presentadas en el plazo que determine la autoridad competente. Esta alternativa despatologiza y propone que la problemática sea atendida mediante políticas públicas que establezcan mecanismos que garantizan la igualdad en términos reales de un sector de la población tradicionalmente invisibilizado.

8. Bibliografía

- Canales Torres, Claudia. 2014. "Supuestos de cambio de nombre en el ordenamiento peruano". En Gaceta Civil & Procesal Civil. (Nº 7) (Enero).
- CIDH. 2012. "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes". Ver en: <http://scm.oas.org/pdfs/2012/CP28504S.pdf>
- CIDH. 2015. "Violencia contra personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América". Ver en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10247.pdf>
- Corte IDH. 2018. Opinión Consultiva OC-24/17 "Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo". En: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Corte IDH. 2012. Caso Atala Riffo y niñas v. Chile. Ver en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Corte IDH. 2016. Caso Duque vs. Colombia. Ver en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf
- Corte IDH. 2016. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Ver en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf
- Defensoría del Pueblo. 2016. Informe Defensorial Nº 175 "Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú". Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1183189/Informe-175--Derechos-humanos-de-personas-LGBTI.pdf>
- Defensoría del Pueblo. 2018. Informe de Adjuntía Nº 007-2018-DP/ADHPD "A dos años del Informe Defensorial Nº 175. Estado actual de los derechos de las personas LGBTI". Disponible en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/A-2-a%C3%B1os-del-Informe-Defensorial-175.-Estado-actual-de-los-derechos-de-las-personas-LGBTI-Legis.pe_.pdf
- De Ferrari Kogan, Alessandra. 2016. "Tránsito de odio: discursos de agencia desde la vulnerabilidad en la población transgénero de Lima" En Género y justicia: estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica. Lima, 1era edición, págs. 539 - 564.

- De la Fuente - Hontañon, Rosario. 2017. "En torno al derecho a la identidad: ¿enemistad con la realidad y con la ciencia?" *Gaceta constitucional*, N° 109, págs. 78-86.
- Eguiguren Praeli, Francisco. 2015. "El cambio de sexo y su inscripción en el registro de Identidad Personal. El cambio que el Tribunal Constitucional no se atrevió a aprobar". *Revista Ius et Veritas*, N° 50, Julio 2015, págs. 298 - 312.
- Eguiguren Praeli, Francisco. 2007. "El amparo como proceso «residual» en el código procesal constitucional peruano: una opción riesgosa pero indispensable". *Revista Pensamiento Constitucional*. Año N° 12. págs. 221-254.
- Enfoque Derecho. 2020. "Jairo Cieza, Marcela Huaita y Frahn Medina | Mesa redonda sobre el cambio de datos en el DNI de las personas trans". Disponible en: <https://www.enfoquederecho.com/2020/08/14/jairo-cieza-marcela-huaita-y-frahn-medina-mesa-redonda-sobre-el-cambio-de-datos-en-dni-de-las-personas-trans/>
- Espinoza Espinoza, Juan y Ariano Deho, Eugenia. "El derecho a la identidad sexual entre el temor y los prejuicios". En *Diálogo con la Jurisprudencia*. (N° 100). Disponible en: <http://materialesensenanza.blogspot.com/2012/03/el-derecho-la-identidad-sexual-entre-el.html>
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés. 2013. ¿Tiene límites la labor del juez (a) constitucional en un contexto como el actual? *Parlamento y constitución*. (N° 15). Págs. 225-234. Ver en <http://derechoydebate.com/admin/uploads/5342d33b2a6a4-epinosa-saldaa-eloy-tiene-limites-la-labor-del-jueza.pdf>
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés. 2013. "Balance a veinte años de vigencia de la Carta de 1993: Notas sobre el papel del Tribunal Constitucional peruano en la constitucionalización del derecho y la política, y sus repercusiones". *Pensamiento Constitucional* (PUCP) (N° 18). Págs. 175-197.
- Fernández Sessarego, Carlos. 2015. *Derecho a la identidad personal*. Lima: Instituto Pacífico.
- Fernández Sessarego, Carlos. 2006. "Sexualidad y bioética: la problemática del transexualismo" En *Revista peruana de jurisprudencia*. (N° 60) (Febrero).
- Fernández Sessarego, Carlos. 2007. "Una justa solución jurisprudencia al drama humano de la transexualidad". En *Diálogo con la Jurisprudencia*. (N° 100)

-Hitters, Juan Carlos. 2008. "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)". En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 131-156.

-International Commission of Jurists. 2007. Yogyakarta Principles- Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity. Ver en: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf

-Morales Godos. 2010. "La función del juez en una sociedad democrática". En *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*. Vol.4. (Nº 1).

-Negro Alvarado, Dante M. 2010. "Orientación sexual, identidad y expresión de género en el Sistema Interamericano". En *Agenda Internacional* Nº 28.

- Pazmiño, Alfredo. 2009. "Aplicación de los derechos humanos a la orientación sexual y a la identidad de género: principios de Yogyakarta". En *Brújula / Pontificia Universidad Católica Del Perú*. (Nº 19).

-Red Peruana TLGB. 2015. Informe anual sobre los derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú. 2014-2015. Lima

- Rodriguez Campos, Rafael. 2018. "La protección del derecho a la identidad de género de las personas trans en el ordenamiento jurídico peruano desde una mirada dialógica entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos: avances, retrocesos y desafíos (2014-2018)" UNIFE, *Revista del Instituto de la Familia*, Nº 07. Págs 165-187. Disponible en:

-Siverino Bavio, Paula. 2010. "El derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina". En *Ius Et Veritas*. (Nº 41).

-Villa, Julio. 2016. "Cuerpos trans y los límites de lo posible". En *Género y justicia: estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica*. Lima, 1era edición. págs. 565 - 574.

-Zelada, Carlos. 2020. "¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la corte interamericana de derechos humanos? Una propuesta de reforma para un problema de antaño". Publicado por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y

Reproductivos (PROMSEX) 1era edición. Ver en: <https://promsex.org/wp-content/uploads/2020/05/Son-vinculantes-las-opiniones-consultivas-de-la-Corte-IDH.pdf>

- Zelada, Carlos y Neyra, Carolina. 2017. "Trans*legalidades: Estudio preliminar de expedientes sobre reconocimiento de las identidades trans* en el Perú". Revista *Ius et veritas* N° 55, diciembre 2017. Ver en:





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTIN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 21 días del mes de octubre de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, con los votos singulares de los magistrados Urviola Hani, Blume Fortini y Sardón de Taboada; así como el fundamento de voto de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de junio de 2012, la parte recurrente interpone demanda de amparo en contra del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC) y el Ministerio Público, y solicita el cambio de su nombre y sexo en sus documentos nacionales de identificación (Partida de nacimiento y Documento Nacional de Identidad - DNI). Sostiene que, desde su infancia, siempre se ha identificado como una mujer, por lo que la imposibilidad de efectuar dichas modificaciones en los registros afecta los derechos a su libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la salud.

Al efecto, alega que toda su vida ha transcurrido con el nombre de su sexo biológico: Rodolfo Enrique; lo que no ha impedido que se identifique con el sexo femenino. Su vida, menciona, siempre ha estado marcada por la discriminación; así, durante su infancia, fue objeto de burlas por sus compañeros de clase, mientras que sus maestros, lejos de reprimirlas, las permitían y alentaban. Sus padres rechazaban su comportamiento, con maltrato físico y psicológico, con el propósito de forzarle un comportamiento de varón. Agrega que, llegada su adolescencia, los cambios en su cuerpo eran contrarios a lo que quería y las ofensas fueron cada vez peores, por lo que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTIN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

cayó en un estado de depresión, soledad e incomprensión en el que incluso consideró la posibilidad de suicidarse. Luego de culminar el colegio, según narra, decidió tomar una fisonomía más femenina, para lo cual dejó crecer su cabello, comenzó a maquillarse y vestirse como una mujer, y decidió adoptar, finalmente, el nombre de Ana. Refiere que, años después, viajó a España, donde se sometió a una cirugía de cambio de sexo, consistente en la ingesta de hormonas, implante de siliconas y vaginoplastia; proceso acompañado de un tratamiento psicológico como soporte emocional. Afirmo también que, de regreso a Lima, a pesar de tener una apariencia femenina, el nombre y sexo consignados en sus documentos de identidad le han venido generando más episodios de discriminación. Así ocurrió, según refiere, cuando hizo una denuncia policial por el robo de su celular y, al observar sus datos registrados, los policías le sometieron a investigación y a revisar sus antecedentes penales. También menciona que cuando solicitó un préstamo en una entidad bancaria, y al observar la diferencia entre lo consignado en el DNI y su apariencia física, dicha institución le exigió realizar un examen ginecológico.

Con fecha 24 de julio de 2012, la Segunda Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Tarma devuelve los actuados, ya que, según sostiene, no se ha incluido al Ministerio Público en la relación jurídico-procesal. El 23 de agosto de 2012, el Juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Civil resolvió convalidar el acto procesal de notificación.

Por su parte, el RENIEC solicita al Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, mediante escrito de fecha 2 de agosto de 2012, sobrecartear el auto admisorio y que se declare la nulidad de los actuados a fin de que se integre a la Procuraduría Pública de la referida entidad, bajo el argumento de que tomó conocimiento de manera extraoficial de la existencia de la demanda en autos. Con fecha 23 de agosto de 2012, el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, mediante Resolución N° 02, convalidó el acto procesal de notificación al Ministerio Público, y resolvió sobrecartear al Procurador Público del RENIEC con el auto admisorio, la copia de la demanda y sus anexos, otorgándole un plazo de cinco días para contestarla.

El 3 de enero de 2010, el RENIEC, sin contestar la demanda, interpone nulidad del acto procesal de notificación y solicitó que se le emplace, porque el domicilio en el cual fue notificado no constituía su domicilio real. El Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, mediante Resolución N° 04, decidió declarar improcedente la nulidad deducida por el Procurador Público de dicha institución, por haber sido notificado debidamente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTIN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

El Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, mediante sentencia de 12 de agosto de 2014, declaró fundada la demanda, por considerar que se han vulnerado los derechos a la identidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, debido a que el nombre y sexo que se registran en los documentos de identificación tienen una relación directa con la identidad de las personas y, por tanto, pueden variar. Preciso que, al no existir vías previamente establecidas, el proceso de amparo era el idóneo y adecuado para dilucidar la pretensión. Asimismo, expuso que el sexo constituye una unidad biopsicosocial, por lo que es la persona quien decide libre y voluntariamente a qué sexo pertenecer. En dicha línea, dejó sentado que el Estado debe permitir a la parte demandante el cambio de sexo y de nombre, como una medida amplia y razonable, la cual se sustenta en el derecho a la identidad personal y en el respeto a su dignidad. Concluyó la sentencia en que los procesos judiciales no pueden desconocer esta situación, de modo que es procedente que la parte recurrente pueda exigir el cambio de sus datos sexuales registrables.

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

La Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 7 de agosto de 2015, revocó la sentencia apelada y, reformándola, declaró la improcedencia de la pretensión de cambio de nombre, basándose en que existen otras vías igualmente satisfactorias donde la parte recurrente puede hacer valer el referido derecho, pues el proceso de amparo es eminentemente subsidiario y residual. En lo que respecta a la pretensión vinculada con el pedido de cambio de sexo, precisó que es el Juez de Paz Letrado el competente para autorizar la modificación.

En su Recurso de Agravio Constitucional, la parte demandante agrega a lo expuesto en su demanda que, en el caso peruano, no existe vía procesal alguna en la que sea posible solicitar el cambio de nombre y de sexo a favor de las personas transexuales, por lo que mal haría en reconducirse la presente controversia a la justicia ordinaria.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTIN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

FUNDAMENTOS

& Acerca de la doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia 0139-2013-PA y el derecho a la tutela procesal efectiva

1. En la STC 0139-2013-PA/TC se estableció, como doctrina jurisprudencial, que el sexo era un elemento inmutable y que, consecuentemente, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad. Esto, además, se asoció con la idea de que cualquier alteración de la identidad en función de ese criterio debía ser entendido como un “trastorno” o una “patología”.
2. Este Tribunal Constitucional estima que es pertinente analizar, a la luz de este caso, si la postura jurisprudencial antedicha debe ser proseguida. Sobre ello, es preciso recordar que la labor jurisdiccional está sujeta a una constante evolución. Esto implica, entre otras cosas, que posiciones que antes fueron asumidas, hoy puedan ser dejadas de lado, ya que los derechos, por el trasunto del tiempo y su incidencia en la transformación de las sociedades, necesitan nuevos ámbitos de protección, que antes habían sido invisibilizados.
3. Esta situación es aún más notoria en lo que se refiere a la interpretación de un documento como la Constitución, cuyas disposiciones jurídicas suelen estar marcadas por la ambigüedad y la indeterminación. Esta textura abierta y compleja determina que la labor interpretativa goce de una posición privilegiada en el Estado Constitucional, ya que será indispensable que los operadores jurisdiccionales actualicen y den contenido a dicho programa normativo con la finalidad de no desamparar a las personas por aspectos o cuestiones que, en su momento, no fueron objeto de discusión en los debates de los creadores de dicho documento.
4. Entra en debate entonces la conveniencia de modificar la línea jurisprudencial desarrollada en la STC 0139-2013-PA, y, en consecuencia, la posibilidad de reconocer qué clase de alcances tiene el derecho a la identidad personal. Esta situación, como tal, no fue expresamente debatida en la Constitución de 1993, y, aunque en una anterior oportunidad este Tribunal haya establecido sus alcances (STC 02273-2005-HC/TC; STC 00139-2013-PA/TC), nada impide que, en la actualidad, dicho pronunciamiento sea reexaminado, en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia.
5. Así las cosas, los justiciables difícilmente podían acceder a un reconocimiento judicial de sexo, ya que la doctrina jurisprudencial del Tribunal, al dilucidar los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTIN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

alcances del derecho a la identidad personal, bloqueaba esta posibilidad de acceso. En efecto, si se considera que, según el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley según los principios constitucionales, de conformidad con la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por este Tribunal, existía una elevada probabilidad de desestimar los pedidos vinculados al cambio de sexo, ya que esa doctrina jurisprudencial permitía que los jueces desestimen dichas solicitudes.

6. El Tribunal nota que esta interpretación del derecho a la identidad personal, cuyo propósito era vincular a la judicatura en la interpretación y tramitación de este tipo de causas, suponía un severo e irrazonable impedimento para la viabilidad de esta clase de pedidos en el Poder Judicial. Ello es así, en esencia, por dos razones: (i) no puede entenderse el transexualismo como una patología o enfermedad; y (ii) existe la posibilidad de que, en ciertos casos, el derecho a la identidad personal faculte a un juez a reconocer el cambio de sexo.

7. En relación con el primer punto, en la STC 0139-2013-PA el Tribunal asumió que el transexualismo era una mera cuestión patológica y/o médica. Sin embargo, en la actualidad existen evidencias científicas de que no es así. En efecto, como enfatiza American Psychological Association (APA), entidad de prestigio mundial en este campo de la ciencia, este enfoque ya se encuentra superado [Cfr. APA. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, DSM-5 de 2013]. 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-11, a publicarse por dicha entidad en el año 2018. Es más, una versión beta del CIE-11 (en la que se van introduciendo los cambios a las categorías revisadas) lo ubica como una disforia de género, excluyéndola expresamente de ser una patología [<http://apps.who.int/classifications/icd11/browse/f/en>].

8. Por otro lado, este entendimiento del transexualismo también ha sido ratificado por distintos tribunales internacionales. Así, esta línea también ha sido asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [sentencias emitidas en los casos Karen Atala vs. Chile y Duque vs. Colombia]; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [sentencias Van Kuck vs. Alemania y Goodwin vs. Reino Unido]; y, a nivel de organismos internacionales, la Organización de Naciones Unidas [Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Informe anual del Alto Comisionado de las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTIN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. A/HRC/29/23. Publicado el 4 de mayo de 2015]. Las referidas entidades internacionales han coincidido en que el género encuentra un espacio particular de protección en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha obedecido a su estrecha vinculación con el derecho a la vida privada y al principio de igualdad y no discriminación. No es casual esta coincidencia en el ámbito internacional, ya que refleja el estándar mínimo de protección que los Estados deben brindar a toda persona sometida a su jurisdicción. Ello, aunado a los principios de interpretación constitucional que emanan de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, genera que esta corriente no pueda pasar desapercibida.

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 los organismos internacionales, corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC 0139-2013-PA.
10. En relación con el punto (ii), la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal vinculaba a los jueces a entender el sexo como un componente exclusivamente estático, por lo que se les restaba discrecionalidad para analizar los casos en los que se solicitaba la modificación del sexo en los documentos de identidad.
11. Sobre ello, el Tribunal advierte que, en muchos casos, una interpretación rígida e inmutable de los derechos que la Constitución reconoce puede bloquear el acceso a la justicia. En este caso, a través del establecimiento de doctrina jurisprudencial, se pretendió cerrar definitivamente el debate en torno a la posibilidad de solicitar la modificación del sexo en los documentos de identidad. Esa no es nuestra labor; antes bien, nuestros pronunciamientos, aparte de proteger el programa normativo trazado por la Constitución, también deben permitir que los jueces actúen, de manera general, como custodios de ella. En ese sentido, establecer un contenido pétreo e inamovible de lo que debe entenderse por el derecho a la identidad personal es, antes que fomento, la imposición de una barrera para la labor interpretativa que pueda desplegar la judicatura ordinaria. De este modo, la aprobación de esta doctrina jurisprudencial supuso, en los hechos, el intento de cierre de la labor interpretativa en el Poder Judicial.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTIN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

12. Lo anterior es aun más notorio cuando, en distintas experiencias a nivel comparado e internacional, el avance ha ido en una línea distinta. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada [...] identidad de género [Informe “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes”, párrafos 7 y 8]”. De hecho, en alguna oportunidad también este Tribunal ha sostenido que algunos de los elementos ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos [STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 22].

13. Así las cosas, la realidad biológica, a tenor de lo expuesto, no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social. Tampoco es viable que el juez civil esté obligado a asumir que el hecho de permitir a una persona modificar su sexo legal (asignado por el Estado sobre la base del sexo biológico) para que se armonice con su sexo real (el que el sujeto desarrolla como parte de su identidad), contravendría el orden de las cosas por alterar sin “motivos suficientes” los registros civiles correspondientes y, con ello, la seguridad jurídica (criterio también asumido en la STC 0139-2013-PA/TC), ya que, como ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una afirmación que este Tribunal comparte, esta modificación en el registro civil y en los documentos de identidad de una persona no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registral y no afecta el derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal [Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Christine Goodwin Vs. Reino Unido. Sentencia de 11 de julio de 2002, párrafo 91].

14. Por lo demás, este Tribunal advierte que existe una fuerte tendencia de reconocer que existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal. Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTIN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como “hombre” o “mujer”, es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad. Es importante, por lo demás, mencionar que este mismo criterio ha sido asumido por la Corte IDH en los casos Karen Atala vs. Chile, y Duque vs. Colombia, en los cuales precisó que la idea de la “identidad de género” encuentra cobijo en el artículo 1.1 de la Convención Americana. En un sentido similar, la Organización de Estados Americanos [Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)], también ha instado a los Estados a adoptar las medidas necesarias para combatir la discriminación y cualquier forma de violación de derechos humanos en contra de las personas en razón este motivo [Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES. 2600 (XL-O/10)].

15. El Tribunal Constitucional estima, en conclusión, que los jueces tienen un especial margen de decisión en la interpretación de los alcances del derecho a la identidad personal, por lo que, también en este extremo, corresponde dejar sin efecto los lineamientos que habían sido aprobados en la STC 0139-2013-PA, a fin que, en el desarrollo de los procesos en la vía ordinaria, los jueces puedan tomar en cuenta los recientes alcances con relación a este derecho.

& Consecuencias de la variación de la doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia 0139-2013-PA/TC

16. Lo resuelto por este Tribunal, con los fundamentos que anteceden, supone un apartamiento de la doctrina constitucional que se había fijado en la STC 00139-2013-PA/TC. Esto también implica que, a futuro, se encontrará garantizado el derecho de acceso a la justicia de las personas que deseen solicitar la modificación de sus datos en sus documentos de identidad, el cual se había visto irrazonable y desproporcionalmente restringido con los criterios desarrollados en el referido pronunciamiento.

17. El apartamiento de esta doctrina jurisprudencial permitirá que los órganos judiciales tutelen el derecho a la identidad y la personalidad jurídica de las personas transexuales, ya que no existirá ningún impedimento, ni legal ni jurisprudencial, para garantizar estos derechos. En efecto, con la superación de la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA, los jueces ya tienen la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

posibilidad real y efectiva de conocer las solicitudes de cambio de sexo. A nivel procesal, las consecuencias de esta modificación de criterio serán las siguientes: (i) en relación con las solicitudes de cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad (DNI) que fueran presentadas luego de la publicación de esta sentencia, y mientras los órganos emplazados no adopten los procedimientos especiales para esta clase de pedidos, la vía idónea y adecuada será la contenida en el artículo 546.6 del Código Procesal Civil, proceso en el que el juez está facultado a interpretar el derecho a la identidad personal de conformidad con las pautas reconocidas en esta sentencia. La elección de este conducto se sustenta tanto en la necesidad de tutelar de manera urgente los derechos involucrados, como en la posibilidad de evitar cualquier clase de dilación por el desarrollo complejo y extendido del proceso. Por otro lado, respecto de aquellas solicitudes que fueron presentadas en la vía del amparo antes de la publicación de esta sentencia, y que actualmente se encuentran en trámite (ii), operará la reconducción del proceso a la vía regulada en el artículo 546.6 del Código Procesal Civil, con el propósito de que los órganos competentes, a través del despliegue de la actividad probatoria que corresponda, emitan un pronunciamiento de fondo a fin de tutelar, de ser el caso, los derechos a los que se ha hecho mención en esta sentencia

18. Expuestos estos criterios, corresponde analizar el caso *sub examine*.

& Análisis de la controversia

& Petitorio

19. La parte recurrente interpone demanda de amparo con el propósito de que se le reconozca, en su condición de mujer, como Ana Romero Saldarriaga; a tal efecto, solicita tanto el cambio de su nombre como de su sexo en su partida de nacimiento y en el DNI. Sostiene que la negativa del RENIEC a realizar esta clase de modificaciones, así como la inexistencia de procesos judiciales en los que sea factible solicitar la modificación de los datos relacionados con su identidad, afectan su dignidad, su derecho al libre desarrollo de su personalidad y derecho a la identidad personal.

& Procedencia de la demanda

a) Argumentos de la parte demandante



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTIN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

20. La parte demandante, en su recurso de agravio constitucional, cuestiona el criterio adoptado por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto, en el sentido de que existen otras vías igualmente satisfactorias para demandar el cambio de nombre y de sexo de una persona transgénero. Sobre ello, aduce que no existe legislación que indique cuál es la vía para que una persona pueda demandar dicha modificación, particularmente en lo relativo al sexo.

b) Argumentos de la parte demandada

21. La parte demandada, en su escrito de apelación de la sentencia de primera instancia, alega que la vía idónea para conocer un proceso como el presente, en lo que respecta a la pretensión de cambio de sexo en los datos registrales, es el proceso de conocimiento. Agrega, al respecto, que el Tribunal Constitucional cuenta con doctrina jurisprudencial en la que ha precisado que no es factible la modificación de la identidad sexual en el DNI. Y, en cuanto al cambio de prenombrados, sostiene que el proceso idóneo para ese pedido es el no contencioso de rectificación de partida de nacimiento, por lo que la presente demanda debería ser declarada improcedente.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

22. El Tribunal nota que la parte demandante no ha acudido ni a la vía administrativa ni a la judicial para solicitar el cambio de su nombre y sexo en los documentos de identidad.
23. Al respecto, del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional se desprende que procede acudir a la vía especial y urgente del proceso de amparo para solicitar la protección de derechos fundamentales si no existe una vía ordinaria (específica) que sirva de igual o mejor modo para la tutela de los mismos derechos; esto es, si no existe una "vía igualmente satisfactoria". El examen de esta causal de improcedencia no supone verificar, simplemente, si existen "otras vías judiciales" mediante las cuales también se tutelen derechos constitucionales, sino que debe analizarse si tales vías ordinarias serían igual o más efectivas, idóneas o útiles que el proceso de amparo para lograr la protección requerida [STC 02383-2013-PA/TC, fundamento 8].
24. Para determinar la existencia de vías igualmente satisfactorias, este Tribunal ha establecido, con carácter de precedente [STC 02383-2013-PA/TC, fundamento 15], que la vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" que la vía del proceso



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTIN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

constitucional de amparo si, en un caso concreto, se demuestra de manera copulativa el cumplimiento de los siguientes elementos:

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

En sentido inverso, la ausencia de cualquiera de estos presupuestos revelará que no existe una vía idónea alternativa al amparo, por lo que la vía constitucional quedará habilitada para la emisión de un pronunciamiento de fondo.

25. En el caso particular, la parte demandada ha sostenido que el amparo no es la vía idónea debido a que: (I) en lo que respecta a la pretensión de cambio de sexo en los datos registrales, corresponde reclamar en el marco de un proceso de conocimiento; mientras que, (II) con relación al cambio de prenombrados, el proceso adecuado es el no contencioso de rectificación de partida de nacimiento.

26. En lo que respecta a la solicitud de cambio de sexo (I), este Tribunal advierte que, a tenor del artículo 546.6 del Código Procesal Civil, se tramitarán ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos que “no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo”, por lo que es posible concluir -con la superación de la doctrina jurisprudencial que hasta antes de la publicación de esta sentencia se encontraba vigente-, que sí existe una vía judicial en la que es posible solicitar la modificación del sexo en los documentos de identidad.

27. Sobre ello, el Tribunal advierte que con anterioridad a la aprobación de esta sentencia, no se había garantizado el derecho a la tutela procesal efectiva, ya que, debido a la vigencia de la doctrina jurisprudencial desarrollada en la STC 0139-2013-PA/TC, los distintos órganos jurisdiccionales interpretaron, en muchos casos, que el derecho a la identidad de género y la posibilidad del cambio de sexo no encontraban sustento alguno en la Constitución.

28. No obstante, con la superación de dichos criterios en esta sentencia, el Tribunal Constitucional deja sentado que ya no existe ningún obstáculo ni legal ni jurisprudencial que impida admitir esta clase de pedidos en la vía judicial ordinaria.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTIN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

En consecuencia, corresponde dejar a salvo el derecho de la parte recurrente a fin de que, si lo estimara conveniente, lo haga valer en el marco de un proceso que cuente con mayor actividad probatoria, de conformidad con los parámetros que han sido expuestos en esta sentencia.

- 29) Por otro lado, con relación al cambio de nombre (II), es conveniente advertir previamente que, de manera contraria a lo expuesto por la parte demandada, la pretensión de rectificación de nombre no puede equipararse a la del cambio de nombre, pues rectificar significa subsanar un error u omisión, generalmente involuntarios, en que se incurrió al consignarse el nombre civil en la respectiva partida de nacimiento. Por el contrario, con el cambio de nombre, lo que se pretende es cambiar una denominación personal en mérito a ciertas motivaciones, a lo que accederá el juez si considera que los motivos que fundamentan la solicitud se encuentran justificados [STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 20].
30. En el presente caso, este Tribunal aprecia que el artículo 749.9º del Código Procesal Civil regula la posibilidad de solicitar la rectificación de nombre mediante un proceso no contencioso, el cual, de conformidad con el artículo 750º del mismo Código, es de competencia del Juez de Paz Letrado o de Notario. En cuanto al pedido de cambio de nombre, previsto en el artículo 29º del Código Civil –que es lo que en este caso se solicita en la demanda de autos– lo correspondiente es que, a fin de que la persona pueda hacer valer en una misma vía su solicitud, también sea tramitado en el proceso sumarísimo, junto el pedido de cambio de sexo en los documentos de identidad.
31. De hecho, en los pronunciamientos que este Tribunal ha emitido en casos similares al que ahora se presenta, se ha dejado en claro que las personas transexuales pueden realizar esta clase de pedidos en la vía judicial ordinaria. Así, en jurisprudencia atinente se ha autorizado el cambio del nombre en casos análogos, y se ha reconocido que, en esta clase de situaciones, la vía judicial ordinaria también puede aceptar estos pedidos (STC 02273-2005-HC y STC 0139-2013-PA). Ello permite concluir que, en relación con este extremo del petitorio, también existe una vía judicial igualmente satisfactoria en la que la parte recurrente puede hacer valer el derecho que ahora invoca, por lo que corresponde declarar improcedente la demanda en este extremo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTIN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

HA RESUELTO

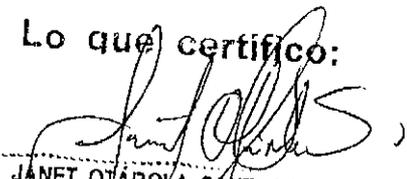
1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda, al haberse acreditado la afectación del derecho fundamental de acceso a la justicia de la parte recurrente.
2. **DEJAR SIN EFECTO** la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia 0139-2013-PA/TC.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto al pedido de cambio de nombre y de sexo, y dejar a salvo el derecho de la parte recurrente a fin que lo pueda hacer valer en la vía judicial que corresponda.

Publiquese y notifiquese.

SS.

MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:


JANET OYAROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Las personas transexuales existen y también tienen derecho a una igual dignidad, a una igual libertad y a una igual justicia que cualquier otra persona

Este caso no es igual a otros. Lo digo porque, además de verificarse la afectación a determinados derechos fundamentales de la demandante, refleja, por los diferentes argumentos que se han vertido a lo largo del presente caso, una especie de subcategorización social de los derechos de las personas transexuales; indiferencia colectiva sobre su existencia y, sobre todo, un prejuicio histórico de percibir las como personas enfermas o trastornadas, y que, por tanto, no son iguales en sus derechos que las personas “normales”.

Como jueza constitucional, no estoy de acuerdo con esa forma de razonar. Más allá de que sea difícil saber qué se entiende por persona “normal”, cabe recordar que nuestra Constitución establece en su artículo 1 que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Como tal, dicha disposición no constituye un conjunto de palabras vacías, sino el más importante principio que una sociedad organizada pretende imponer en el ámbito jurídico, moral y político. *En lo jurídico*, en la medida en que el respeto de la dignidad humana debe presidir el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano (disposiciones constitucionales, leyes, jurisprudencia, reglamentos, estatutos privados, etc.); *en lo moral*, en la medida en que el respeto de la dignidad humana exige a todos obrar usando a la humanidad, tanto en la propia persona como en cualquier otra, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio; y, *en lo político*, para que mediante acciones concretas y reales, tanto el Estado como la sociedad en general busquen, a partir del respeto de la dignidad humana, hacer efectivos los derechos de las personas de carne y hueso, de las personas de a pie, de las personas a las que no llega el Estado Constitucional.

Esto último refleja lo que en mi opinión debe ser el nuevo rumbo que debe orientar los derechos humanos o, si se quiere, las políticas sobre derechos humanos. Hay que pasar



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

del discurso a la acción, a fin de verificar cómo se protege de manera concreta los derechos de las personas transexuales. Tenemos tratados, principios constitucionales, leyes, pero me pregunto si tenemos actitud, decisión y, fundamentalmente, acción para proteger los derechos humanos de todos los peruanos y peruanas, de los hombres o las mujeres, de los niños o los ancianos, de aquellos que viven en la sierra, en la selva o en la costa, de los pobres y no pobres, de los discapacitados o sin discapacidad, de los heterosexuales y los que no lo son, etc.

A quienes desempeñamos la función judicial nos toca, en el marco de lo antes expuesto, resolver los casos con la más absoluta neutralidad normativa, objetividad de hechos, escrupulosa imparcialidad y trato igual a todos en la aplicación e interpretación de las normas. Ya sea por exigencia de la Constitución, de la ley o del sentido común, toca despojarnos de las particulares convicciones sociales, políticas, ideológicas o religiosas que deben encontrarse subyugadas en nuestro ámbito interno, para dar paso a una actuación como la que exige dicha función judicial: resolver los casos conforme al Derecho que emana de la Constitución y las leyes que sean conformes a esta.

Dicho esto, señalo en el caso concreto que si bien comparto los fundamentos y el fallo de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara **FUNDADA** en parte la demanda y, sobretodo, deja sin efecto la incorrecta doctrina jurisprudencial del caso P.E.M.M., entre otros asuntos, estimo que deben agregarse las consideraciones que menciono a continuación.

A. Importancia de la interpretación evolutiva de la Constitución sobre los derechos de las personas trans

1. Teniendo en consideración los argumentos de la demandante, cabe preguntarnos si cuando examinamos la vulneración de derechos fundamentales debemos tan solo conformarnos con aquellas formalidades expresas contenidas en las disposiciones constitucionales o es que cabe, dados su textura abierta y sus contenidos indeterminados y de alto contenido valorativo, interpretar dinámicamente tales disposiciones constitucionales. Sería absurdo, además de inexacto, asumir que el cien por ciento del contenido normativo de la Constitución está claramente determinado y que no da cabida a la interpretación. Por ello, el caso de Ana Romero Saldarriaga y con ella, del colectivo de personas transexuales, nos permite afrontar el problema sobre la interpretación de determinadas cláusulas constitucionales.



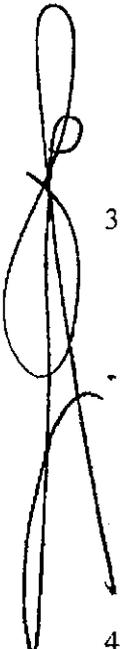
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

- 
2. Evidentemente, la situación relacionada con este colectivo de personas ha adquirido, sobre todo en épocas recientes, una creciente atención por parte de los Estados y de los organismos internacionales. Sin embargo, esta situación no fue objeto de debate por los constituyentes de 1993, por no ser un tema que se haya tratado en aquella época. De ahí que la idea de interpretar la Constitución como si fuese un instrumento vivo sea elemental para determinar si las personas que integran dicho colectivo, entre ellas Ana Romero Saldarriaga, cuentan con alguna protección por parte del Estado y que ella se derive de la misma Constitución.
 3. Al respecto, es pertinente destacar que las disposiciones jurídicas, sobre todo las constitucionales, se caracterizan por la textura abierta, ambigüedad, indeterminación y alto contenido valorativo. Estas características reflejan el reconocimiento de la posibilidad de que las distintas alternativas políticas, en el marco de una sociedad democrática, puedan encontrar cobijo en el plan normativo trazado por la Constitución. Dicha textura abierta y compleja genera que la labor interpretativa goce de una posición privilegiada en el Estado Constitucional, ya que será indispensable que los operadores jurisdiccionales actualicen y den contenido a dicho programa normativo con la finalidad de no desamparar a las personas por aspectos o cuestiones que, en su momento, no fueron objeto de discusión en los debates de los constituyentes.
 4. Por ello, la indeterminación del texto constitucional conduce al intérprete, en general, a tres opciones muchas veces incompatibles: i) *interpretación originalista*, que implica explorar e indagar acerca de la voluntad del poder constituyente, lo que supone reconducirse al momento histórico en el que el texto constitucional fue aprobado; ii) *interpretación semántica*, que implica actualizar mínimamente el contenido de la Constitución de conformidad con las circunstancias y necesidades actuales y siempre dentro de los límites que la respectiva disposición constitucional haya previsto; y iii) *interpretación constructivista*, que implica actualizar ampliamente el contenido de la Constitución, creando, por ejemplo, nuevos derechos fundamentales mediante la vía del artículo 3 de la Constitución. Precisamente los supuestos ii) y iii) se relacionan en cierta medida con lo que la doctrina ha denominado "Constitución viviente". A través de ella se permite que el intérprete constitucional advierta que las sociedades contemporáneas presentan cuestiones que no fueron analizadas, en un anterior momento histórico, por parte



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

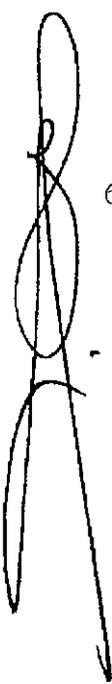


EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

del poder constituyente, o que, incluso siéndolo, no otorgaron la protección que la situación en realidad ameritaba.

- 
5. Ahora bien, la actualización del contenido de una Constitución puede darse por ejemplo cuando el intérprete encuentra alguna cuestión que no fue objeto de debate por parte de los constituyentes, lo cual obedece, principalmente, a que en aquel entonces el problema que se debatía no existía, por lo que no era posible prever su regulación.
 6. En ese sentido, la discusión en torno a si la Constitución deba simplemente “imponer” la voluntad del poder constituyente a todas las generaciones sucesivas o si en todo caso, tenga el deber de actualizar su contenido protegido con el propósito de no desamparar cuestiones que no fueron tomadas en cuenta expresamente en el pasado no es reciente. Han sido reiterados los pronunciamientos a este respecto en la jurisprudencia tanto comparada como internacional. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar el valor que debía darse a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ha sostenido que “no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración” [Corte IDH. Opinión Consultiva 10/89 de 14 de julio de 1989, párr. 37]. En un sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, fue enfático en sostener que dicha situación ya no podía ser amparada en virtud de las circunstancias actuales, por lo que no podía invocarse la existencia de un “estado de cosas” para fundamentar la desprotección legal [TEDH. Caso Marckx vs. Bélgica. Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 41].
 7. Por otro lado, concretamente en el ámbito del derecho constitucional comparado, distintos tribunales también han reconocido esta manera de entender la interpretación jurídica. Así, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que la interpretación evolutiva implica que “en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible a la luz de la Constitución [...] un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

deben regir el juicio de constitucionalidad de una determinada norma” [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577/11, párr. 4.4.3.2]. Del mismo modo, en su histórica sentencia *Brown vs. Board of Education*, la Corte Suprema de Estados Unidos, al examinar la cuestión relacionada con la segregación racial, afirmó que “para acercarse a este problema, no podemos retroceder el reloj hasta 1868, fecha en la que la enmienda fue adoptada, o incluso a 1896, momento en el que fue escrita *Plessy vs. Ferguson*. Debemos analizar la educación pública a la luz de su desarrollo y su lugar en la vida americana” [Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. *Brown Board vs. Education*. 347 U.S. 492 (1953)]. Por su parte, el Tribunal Constitucional de España ha señalado que la lectura evolutiva de la Constitución implica que “la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante” [Tribunal Constitucional de España. STC 198/2012, FJ 9]. Finalmente, la Corte Suprema de Canadá ha sido enfática en reconocer que “el razonamiento según la idea de conceptos estáticos (*frozen concepts*) va en contra de uno de los principios más fundamentales de la interpretación constitucional canadiense: que la Constitución es un *árbol vivo* que, por vía de la interpretación progresiva, se acomoda y se ocupa de las realidades de la vida moderna” [Corte Suprema de Canadá (2004) 3 SC.R. 698].

8. De este modo, es posible concluir que la labor de interpretar la Constitución desde una perspectiva evolutiva no solo encuentra asidero en nuestro deber de actualizar los contenidos normativos de nuestro texto constitucional de conformidad con las circunstancias actuales, sino que, además, es una práctica que encuentra sólido respaldo en el derecho constitucional comparado e internacional. Dicha labor de actualización de los contenidos protegidos por nuestra norma fundamental es aun más relevante cuando se trata de la protección de las personas que integran grupos minoritarios, ya que ellas suelen encontrarse en una histórica situación de postergación en virtud de las condiciones legales que se les ha impuesto. De ahí que la interpretación de la Constitución, en estos casos particulares, tenga mucha mayor incidencia en la delimitación de sus derechos.
9. En nuestro ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales de las personas transexuales no fueron expresamente debatidos por el poder constituyente que dictó la Constitución de 1993. Sin embargo, de ello no puede extraerse que no exista un derecho constitucional a su favor. La labor de la jurisdicción constitucional,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

conforme a la aludida interpretación evolutiva, consistirá precisamente en determinar si dichas personas también tienen derechos como el derecho a la identidad personal y, en especial, a la identidad de género.

B. La obligación estatal de protección de las personas trans

10. En anterior oportunidad, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “la democracia implica el consenso de las mayorías, con pleno respeto frente al disenso de la minoría. Aunque el gobierno democrático es un gobierno de mayorías, éste pierde sustento constitucional si no se encuentran plenamente garantizados los derechos fundamentales de las minorías. De ahí la necesidad del establecer distintos mecanismos de control al gobierno que, inevitablemente, se presentan como vías, por así decirlo, “contramayoritarias”. Sólo así se encuentra plenamente asegurada la libertad (en igualdad) de todas las personas al interior del Estado social y democrático de derecho” [STC 00030-2005-PI, FJ 15].
11. Una de las ideas que subyace tras esta afirmación se relaciona con la posibilidad de que los grupos históricamente vulnerables puedan obtener también la adecuada tutela de sus derechos, situación que ha ido siempre variando con el mismo transcurrir de las sociedades y los tiempos.
12. De hecho este Tribunal, en distintos casos, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con aquellos colectivos que, por su situación particular, ameritaban (y ameritan) la adopción de especiales medidas de protección por parte del Estado. Estos grupos, como regla general, están contenidos en el artículo 2.2 de la Constitución y generan en el Estado el deber de respetar y asegurar que las personas no sean discriminadas en razón, principalmente, de su origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o condición económica. De esta forma hemos reconocido la especial situación en la que se encuentran las personas con discapacidad (STC 02437-2013-PA/TC, 02362-2012-PA/TC), los adultos mayores (STC 03515-2010-PA/TC; 02214-2014-PA/TC), los niños (04058-2012-PA/TC; 02079-2009-HC/TC), las mujeres (05652-2007-PA/TC; 05527-2008-HC) o los pueblos indígenas (00033-2010-AI/TC; 00906-2009-AA/TC).
13. Incluso, con el propósito de incorporar supuestos no enunciados expresamente en el texto constitucional, se habilita una cláusula genérica para estipular que la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

discriminación no sea “de ninguna índole”, lo cual permite identificar nuevos supuestos que no fueron inicialmente incluidos en nuestra norma fundamental.

14. La expresión “cualquier otra índole” no es inocua. Ella permite actualizar el programa normativo de la Constitución a las necesidades actuales. Como se ha precisado con anterioridad, “todo cambio en los derechos fundamentales debe ubicarse dentro de una tendencia evolutiva orientada a fortalecer, ampliar y mejorar la esfera de autodeterminación y desarrollo en sociedad del individuo. Este principio implica que los derechos fundamentales únicamente pueden reformarse para mejorar su situación preexistente” [STC 00050-2004-AI y acumulados, FJ 37]. De esta manera, la referida disposición permite la tutela de aquellos colectivos que, si bien no fueron mencionados expresamente en el artículo 2.2, si 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.

15. Con relación a los argumentos expresados en el caso de autos, cabe mencionar que las personas transgénero son aquellas que, al momento de su nacimiento, pertenecen biológicamente a un género que les es asignado en función de la genitalidad, pero que, a lo largo de su trayectoria vivencial, se identifican con el género opuesto, lo cual precisamente ocurre con ocasión del desenvolvimiento de lo que se ha denominado “identidad de género”. En la generalidad de los casos, esta *identidad de género*, construida por el sujeto en su interacción con la sociedad, coincidirá con la *identidad* del individuo colocada en el documento nacional de identidad considerando su sexo anatómico. No obstante, existen algunos casos en los cuales el dato registral del sexo colocado al nacer no será asumido por el sujeto. Este es el caso de las personas transgénero, que se identifican con el género opuesto, teniendo la necesidad de pertenecer y ser reconocidas socialmente de esa manera, además de manifestar malestar o insatisfacción por las características físicas que acompañan su sexo biológico original.

16. También suele emplearse a nivel comparado e internacional el término trans. De esta forma, de acuerdo al Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes”, esta expresión es un término que es utilizado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

REPÚBLICA DEL PERÚ

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos” (párrafo 19).

Mientras que, de manera más específica, el término “transexual” hace referencia a aquellas personas que

se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

17. En tal sentido, las personas que integran este grupo se caracterizan por adoptar comportamientos que socialmente son asociados con el otro género o por someterse a cirugías de reasignación con la finalidad de reconducir su realidad física con la verdadera identidad que asumen, y con la cual quieren ser individualizadas por el Estado y las demás personas (personas transexuales). Esta línea también ha sido la sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH” o Tribunal Europeo), el cual ha precisado que, en realidad, la transexualidad no es una nueva condición, sino que sus características particulares recién se han empezado a examinar de manera reciente. A través de ella, las personas siguen tratamientos e incluso se someten a operaciones quirúrgicas con el propósito de adoptar sus características físicas a su naturaleza psicológica [TEDH. Rees vs. Reino Unido. Sentencia de 17 de octubre de 1986, párr. 38]. Sin embargo, es importante resaltar que, de conformidad con los criterios jurisdiccionales que ha adoptado el referido Tribunal, la cirugía de reasignación no resulta indispensable para el reconocimiento de esa calidad [TEDH. Van Kuck vs. Alemania. Sentencia de 12 de septiembre de 2003, párr. 56].

18. Ahora bien, el comportamiento y el proyecto de vida que desarrollan las personas transgénero se respaldan en su identidad de género, la cual se erige como componente esencial del individuo y no se conforma solo a partir del hecho físico de la constitución biológica de la persona, sino que, además, se completa con otros elementos como los aspectos psicológicos, sociales o culturales de representación del género dentro de la sociedad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)



19. De esta definición se puede colegir que la identidad de género guarda importantes diferencias de índole conceptual con la orientación sexual y el sexo. En virtud de la orientación sexual, una persona siente alguna clase de atracción o inclinación a determinado colectivo de personas que se encuentran definidas por su sexo. Así, una persona puede ser heterosexual (siente inclinación o atracción por una persona de un sexo distinto al suyo), homosexual (cuando se trate de una persona de su mismo sexo), bisexual (la atracción se da respecto de ambos sexos) e incluso en formas distintas como ocurre en el caso de asexualidad y la pansexualidad. En el caso del género, en particular con las personas, más que la atracción sexual lo que define al concepto es la identificación con las características o patrones diferenciados que emplea una sociedad para identificar a hombres o mujeres.

20. Esto también permite efectuar distinciones en relación con el concepto de sexo, ya que este término alude, en general, a las condiciones orgánicas que también permiten distinguir a una persona. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), ha explicado esta diferencia de la siguiente manera:

17. La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el "Comité CEDAW") ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

21. En el caso de la identidad de las personas transgénero, lo que precisamente se presenta es una falta de correspondencia o identificación con el sexo con el que la persona ha nacido. Estos conceptos han ido evolucionando con el transcurrir de las sociedades y, hoy en día, se asume que no son elementos estáticos de la personalidad. Antes bien, se trata de aspectos que pueden modificarse o evolucionar con el tiempo, y que, por lo general, dependen de la situación particular de cada persona. Así lo ha entendido también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", precisando que la identidad de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

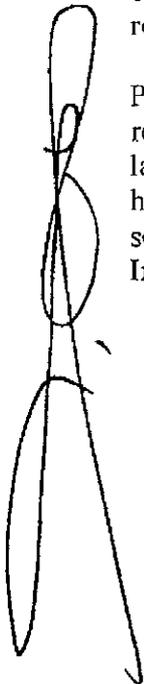
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

género hace referencia a un factor dinámico y que depende de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de estas.



Precisamente esta forma de entender la identidad de género es la que debe resguardarse a través de una interpretación evolutiva de nuestra Constitución. Hoy, la idea misma del género nos coloca en una situación en la que ya no es posible hacer referencia, de manera genérica a componentes estáticos, al menos en lo que se refiere al sexo y la identidad de género. Como ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

[...] en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido a la [...] identidad de género dentro de las características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona (tales como la raza o la etnia) e inmutables, “entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad”.

Esta aparente contradicción refiere jurídicamente a dos aristas de la categoría (...) identidad de género. Por una parte, en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada (...) identidad de género (...). No obstante, esta categoría y esta posible fluctuación y movilidad de esta categoría inherente a la persona no supone que pueda ser modificada por terceras personas o por el Estado, so pena de configurarse una vulneración de su dignidad. (Informe “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes”, párrafos 7 y 8).

22. La identidad de género y el sexo son conceptos dinámicos y, bajo tal perspectiva, la Constitución reconoce implícitamente que toda persona tenga el derecho a que se reconozca su identidad sexual desde un punto de vista dinámico. Al respecto, si los elementos constitutivos del sexo son al menos tres, el cromosomático, el genital y el psicológico, el Derecho no puede ignorar que, desde la medicina, surgen propuestas como la “teoría del sexo psicosocial” según la cual la subjetividad del sexo tiene un mismo rango científico que los datos biológicos y que, en todo caso, si el sexo morfológico no coincide con el psicológico y con el asignado legalmente, entonces debería prevalecer el sexo psicológico.¹

¹ CAMPOS RUBIO ARANTZA. “La transexualidad y el derecho a la identidad sexual”, CTC-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

23. Una concepción estática del sexo se opone además a la consideración de la persona como dotada de autonomía y dignidad, miembro de una comunidad de seres libres que es titular de facultades consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, contenido este último del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (Cfr. Exp. N.º 2868-2004-AA/TC, FJ 14).
24. Una vez precisada la situación por la que atraviesan estas personas, se debe determinar qué deberes especiales hay que cumplir en relación con el reconocimiento de sus derechos. Para ello, es pertinente hacer notar, en primer lugar, que razones existen para que los jueces puedan estimar que estas personas merecen la adopción de ciertas medidas que permitan reconocer el ejercicio de sus derechos. La identidad de género, como tal, es un derecho que ostenta cualquier persona, pero su denegación ha sido más constante en el caso de las personas que integran dicho colectivo.
25. Al respecto, no puede dejar de advertirse que la implementación de dichas medidas se fundamenta, en esencial, por la situación de especial vulnerabilidad que han vivido constantemente. Es clara la existencia de factores que permiten advertir que, históricamente, ellas se ha encontrado en una permanente situación de discriminación, la cual se ha materializado en una constante denegación de acceso a sus derechos. En un primer momento, estos actos de hostilización se reflejaban en la idea de entender la situación de las personas transgénero como una mera cuestión patológica y/o médica, la cual es, a todas luces, contraria con el desarrollo vigente sobre la materia, como bien lo ha destacado la presente sentencia del Tribunal Constitucional.
26. No nos encontramos, de esta manera, ante una enfermedad o trastorno. Erradicar este estigma es indispensable para combatir la discriminación en contra de este colectivo. En una línea similar la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que

[...] tanto la orientación sexual como la identidad de género no pueden ser consideradas una enfermedad ni tampoco puede ser la base de un trato discriminatorio legítimo: [1]a preferencia sexual y la asunción de una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

determinada identidad sexual [...] hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. [Corte Constitucional de Colombia. Expediente T-009-15, párrafo 72].

27. Otro aspecto en el que se advierte una constante discriminación en contra de este colectivo se da en el caso del acceso a la educación o a los puestos de trabajo, lo cual se presenta cuando los órganos tanto públicos como privados deniegan una adecuada prestación de estos derechos con el argumento de la imposibilidad de poder identificar adecuadamente al beneficiario o titular de la prestación. A ello se añade el constante maltrato y acoso que sufren en distintos ambientes. En ese sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha destacado precisamente que “los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo” [Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Observación General 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr.32].

28. Aunado a lo anteriormente expuesto, tampoco son irrelevantes los problemas que las personas que integran este colectivo padecen en lo que respecta al desarrollo del ejercicio de sus derechos políticos. Esta situación suele presentarse en los Estados en los que las leyes internas no reconocen la posibilidad de la modificación del sexo en el documento nacional de identidad, ya que las personas encargadas o responsables del desarrollo del proceso electoral suelen advertir discordancias entre la apariencia física del o la sufragante y el sexo con el que se los identifica en el documento nacional de identidad. Ello expone a la persona afectada a múltiples cuestionamientos, e incluso en no pocos casos se la acusa de suplantar la identidad de un tercero.

29. Esta situación de negación de reconocimiento de derechos es aun más compleja en los supuestos de la denominada “discriminación múltiple”, la cual se presenta cuando, en una sola persona, confluyen distintos factores que promueven su vulnerabilidad. Por ejemplo, se ha advertido la constante situación de riesgo especial, por estar expuestos a distintos actos de violencia, en la que se encuentran los niños transgénero o transexuales [cfr. Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación general número 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 72,g] y también las propias mujeres. De ahí



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

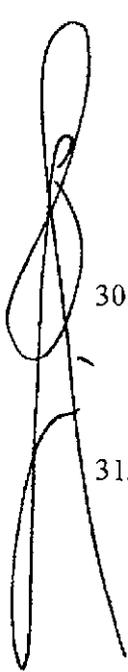


EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

que se haya sostenido que “[l]a discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género”. Son, pues, distintas las circunstancias en las que la vulnerabilidad de estas personas se acrecienta, por lo que es indispensable que merezcan una adecuada y eficaz tutela en cuanto al reconocimiento de la misma protección que sus derechos merecen por parte del Estado peruano.

- 
30. Lo anteriormente expuesto justifica que el Tribunal Constitucional reconozca que las personas transgénero también se encuentran reconocidas, en virtud de una interpretación evolutiva de la idea de identidad, como titulares de derechos y deberes de conformidad con la Constitución.
 31. Esta ha sido, por lo demás, la posición que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asumido en relación con la tutela que debe brindarse a las personas en razón de su orientación sexual y su identidad de género. La referida corte, al interpretar las obligaciones especiales que emanan del artículo 1.1 de la Convención Americana, ha sostenido 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” [Corte IDH. Caso Karen Atala Ríffo y otros vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, pág 91].

32. En consecuencia, al tener presente que, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la comprensión o interpretación del programa normativo de las libertades y derechos fundamentales que la Constitución reconoce (expresa o implícitamente) debe efectuarse conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, a la luz de los instrumentos internacionales sobre la materia que el Perú haya ratificado y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales autorizados para interpretarlos (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), es posible concluir que la orientación sexual y la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

identidad de género son expresiones de la diversidad de la naturaleza humana que merecen protección constitucional.

33. Este reconocimiento constitucional de la diversidad sexual encuentra asidero en la propia idea de que la dignidad humana, por sí misma, debe ser reconocida y protegida por el Estado. Como ha dejado sentado el Tribunal Constitucional en jurisprudencia reiterada, la dignidad constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental [Cf. entre otras STC 02101-2011-PA/TC FJ 4; 10087-2005-PA/TC FJ 5]. En razón a ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona” [STC. 02868-2004-AA/TC FJ 23].
34. Finalmente, no se puede dejar de advertir que, ciertamente, no existe unanimidad en la regulación de los Estados en torno a los derechos de las personas transgénero. Sin embargo, existen notables avances en la región americana, aunque ello aún no ha supuesto un reconocimiento incuestionable de sus derechos. Sin embargo, esto no es, ni puede ser, un obstáculo legal para la efectiva tutela de sus derechos fundamentales. En este mismo sentido, la Comisión Interamericana (en adelante, CIDH o Comisión Interamericana), ha sostenido enfáticamente que

la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido” [CIDH Informe No. 5/14. Caso Ángel Alberto Duque contra Colombia. Informe de 2 de abril de 2014, párr. 66].

35. Atendiendo a las consideraciones anteriores, es evidente que, en nuestro ordenamiento jurídico, tanto la orientación sexual como la identidad de género encuentran sustento directo, merced a una interpretación evolutiva, en la propia Constitución. Por ende, debe desarraigarse cualquier visión patológica con las que históricamente se las ha vinculado, y, por ende, deben ser asumidas como reales condiciones humanas que se desprenden de nuestra diversidad. Esto implica que, al igual que resto de personas, las personas transgénero gozan de los mismos derechos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

que el resto de miembros de la sociedad, con el énfasis de la protección reforzada que ameritan en virtud del artículo 2.2 de la Constitución.

C. El mandato de no discriminación y el ejercicio de derechos fundamentales de las personas trans

36. En variada jurisprudencia, el Tribunal ha recordado que la igualdad, consagrada constitucionalmente en el artículo 2 inciso 2, es a la vez un principio y un derecho fundamental (cfr. STC 00045-2004-AI/TC, FJ 20; STC 02437-20 13-PA/TC, FJ 5). En tanto principio, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, mientras que, como derecho fundamental, da cuenta del reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre el bien constitucional de la igualdad oponible a un destinatario (STC 02437-2013-PA/TC, FJ 5). Ahora bien, en ambos casos, tanto del principio genérico de igualdad como del derecho subjetivo a la igualdad se desprende de manera específica el mandato de no discriminación, tanto como principio especial cuanto como derecho subjetivo a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo de cualquier otra índole”) que jurídicamente resulten relevantes (STC 02437-2013-PA/TC, FJ 5).
37. Si el derecho a la igualdad no garantiza que todas las personas sean tratadas de la misma forma siempre y en todos los casos, ello quiere decir que no todo tratamiento jurídicamente diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana (Corte IDH, Opinión Consultiva N° 4/84). En ese sentido, la igualdad jurídica presupone dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es; por consiguiente, se afecta este derecho cuando se da un trato desigual ante situaciones sustancialmente iguales (discriminación directa e indirecta) y cuando se brinda un trato igualitario frente a situaciones sustancialmente desiguales (discriminación por indiferenciación) (STC 02437-2013-PA/TC, FJ 6).
38. En la sentencia que aquí nos ocupa se ha interpretado que el mandato de no discriminación se extiende también a un nuevo supuesto, como es el caso de la identidad de género, ello en atención a la tutela reforzada que merecen colectivos o minorías que, pese a no haber sido mencionados expresamente en el artículo 2.2, vienen padeciendo una situación de permanente denegación de derechos, lo que los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

REPUBLICA DEL PERU

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

ubica en una situación de evidente desigualdad respecto del resto de la población. Al respecto, el Tribunal ha especificado que en esta situación se encuentran las personas transexuales como la recurrente, lo que ha ameritado, para estos casos, una interpretación evolutiva de la Constitución, tal como ya se ha expuesto.

39. Asimismo, considero que constituye una salvaguarda al principio/derecho de no discriminación la afirmación del Tribunal según la cual la cirugía de reasignación de sexo no es una *conditio sine qua non* para que una persona pueda solicitar el cambio en su documento de identidad. En efecto, sostener lo contrario, esto es, hacer depender la efectividad del derecho a la identidad sexual y de género de una eventual cirugía de reasignación de sexo (que solo debe obedecer a la decisión de la persona y que, por lo demás, requiere de cierta solvencia económica para enfrentar la duración del tratamiento) afectaría el mandato de no discriminación.
40. En todo caso, la posibilidad de poder modificar los datos personales relativos al sexo y nombre de la persona en circunstancias como las que se aprecian de autos, es solo el inicio de la gama de obligaciones que debe cumplir el Estado respecto a estas minorías. Cabe señalar al respecto que el Estado peruano, de conformidad con el artículo I.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentra obligado a respetar y garantizar los derechos y libertades de tales minorías, sin discriminación. En ese sentido, el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que aseguren que aquellas personas que históricamente han sido excluidas del goce y ejercicio de derechos, como es el caso de las personas *trans*, puedan ejercerlos en condiciones de igualdad.
41. Se trata no solo del ejercicio de los derechos a la libertad o a las libertades fundamentales clásicamente reconocidas, sino también de los derechos sociales, económicos y culturales (que, en realidad, comparten la misma *ratio fundamentalis*), en la línea de lo establecido en los “Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”, que tienen como finalidad el resguardo de un conjunto de derechos, tales como la seguridad social y otras medidas de protección social, el disfrute del más alto nivel posible de salud, el derecho a forjar una familia, entre otros.
42. Considero, en suma, que las acciones que el Estado debe emprender a este respecto, tanto en virtud de los principios constitucionales como en razón de las obligaciones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

internacionales provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución como del artículo V del Código Procesal Constitucional, deben procurar el diseño e implementación de políticas que viabilicen el reconocimiento, la redistribución (a favor de) y la participación de estos colectivos en la vida de la sociedad peruana, en el marco de la promoción del bienestar general y del desarrollo integral y equilibrado de la Nación, como dispone el artículo 44 de la Constitución.

S.


LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaría Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

I. ANOTACIONES PRELIMINARES

1. Un fundamento de voto, así como un voto singular, son manifestaciones de la manera en que se pronuncia quien evalúa y concluye sobre el tema puesto a su conocimiento. En el caso del voto singular, lo que se busca básicamente es presentar la propia perspectiva sobre la materia discutida, lo cual, a su vez, permite comprender aquello que lleva a discrepar con el razonamiento de mayoría.
2. Un voto singular no es, pues, un espacio con ausencia de propuestas propias, dirigido únicamente a efectuar críticas a lo dicho por la mayoría. Todo lo contrario: es el lugar donde, con el debido respeto a la discrepancia, se presenta la postura personal y se sustenta la disidencia. No tomar en cuenta lo que se acaba de señalar es, como hemos dicho en algún fundamento de voto, confundir al voto singular con una catarsis impropia de este escenario, la cual suele descalificar a quien la formula, y además, puede injustamente afectar la labor de solución de conflictos (o de situaciones de incertidumbre) con relevancia jurídica que se le confían.
3. Un fundamento de voto, como bien se sabe, implica la coincidencia con el sentido de lo resuelto, más no una concordancia con todas o algunas de las razones por la cuales se llega a esa respuesta. En muchos casos, sobre todo en mérito a la dinámica propia de un colegiado, esa coincidencia no viene de la mano de un respaldo con plena convicción a lo planteado por el voto de mayoría, sino más bien se sustenta en el entendimiento de que ese voto, aún cuando de manera incompleta o imperfecta, permite alcanzar un estadio garantista superior en el tratamiento del tema controvertido que el hasta entonces vigente. Se espera entonces, así, a estar ante una nueva oportunidad en la cual lo discutido vuelva a plantearse para entonces llegar a la respuesta que en rigor se considera óptima.
4. Es pues, en mérito a lo recientemente expuesto, que se han configurado todos los fundamentos de voto que hasta hoy he emitido durante mi labor en este Tribunal en general, y el formulado en el presente caso en particular. Intentaré entonces, luego de explicitar siquiera puntualmente cómo entiendo mi rol como juez constitucional, señalar cuál es en mi opinión la comprensión que debe darse a ciertos derechos aquí invocados (y sobre todo el de identidad). A continuación haré algunas anotaciones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

de las vías que creo oportuno seguir para garantizar el pleno respeto de dichos derechos.

5. Ahora bien, entiendo que estas manifestaciones, si se quiere de principio, no bastan para explicar cómo se desarrolla la labor de un juez, quien debe tener presente como se han venido interpretando las cosas, y, en ese sentido, resolviendo pretensiones iguales o similares en un contexto determinado. Esto es especialmente relevante en el caso concreto de Ana Romero Saldarriaga, quien se encuentra frente a una doctrina jurisprudencial que, con todo respeto, considero equivocada, y más bien transgresora de derechos.
6. Es más, dicha transgresión en mi opinión es aquí doble, pues, por un lado, al generar la doctrina jurisprudencial un efecto vinculante ante la judicatura ordinaria, impide no solamente que este Tribunal Constitucional acoja pretensiones como las de Romero Saldarriaga, sino también que la judicatura ordinaria pueda en principio atenderlas. Y como si lo ya reseñado no tuviese suficiente entidad, no debe perderse de vista que la doctrina jurisprudencial establecida por una anterior composición del Tribunal, hoy dejada de lado en este fallo, consagraba otra vulneración de derechos, si cabe, todavía más preocupante que la ya aquí anotada: la violación del derecho a la identidad de las personas trans como Ana Romero Saldarriaga.
7. En mi opinión, discutible sin duda alguna, un consenso de mínimos debía permitir dejar sin efecto esa errónea doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0132-2013-PA/TC, para pasar al reconocimiento de que las personas trans, en defensa de su identidad, no solamente pueden reclamar su derecho al cambio de nombre que figura en su Documento Nacional de Identidad, sino también demandar el cambio de sexo allí consignado. Un consenso posterior, cuya relevancia no soslayo, pero que en esta ocasión cuenta con una significación menor, gira en torno a si ambas pretensiones (cambio de nombre y cambio de sexo) podrían ser, en el caso de Ana Romero Saldarriaga, atendidas por este Tribunal a través del presente proceso de amparo.
8. Es pues, en ese orden de ideas y bajo esos parámetros, que plasmo mi fundamento de voto en este fallo, el cual, por cierto, implica apoyar un sentido de pronunciamiento que no necesariamente se repetirá en posteriores ocasiones. Digo ello, en mérito a que la evaluación de temas como el de si existe una vía igualmente satisfactoria al amparo tiene, si se siguen los criterios establecidos en el precedente "Elgo Ríos", un alcance caso a caso.

II. APUNTES SOBRE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN DEL JUEZ(A) CONSTITUCIONAL Y SUS REPERCUSIONES EN CASOS COMO ESTOS.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 006040-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

9. La labor de un juez o jueza constitucional es la de interpretar el Derecho en función a los derechos. Aquello debe hacerse de acuerdo con parámetros constitucionales, y más propiamente con los de una Constitución no entendida en forma literal, sino comprendida de una manera sistemática y hasta convencionalizada. En ese escenario, al juez(a) constitucional le corresponde entonces, en primer término, realizar labores de “constitucionalización del Derecho”, ya sea en el ámbito de sus efectos directos (“constitucionalización judicialización”, referida a la relación entre y con las diferentes instituciones estatales; “constitucionalización elevación”, relacionada con el sistema de fuentes o la producción de normas dentro de un Estado; y “constitucionalización transformación”, vinculada a las diversas disciplinas jurídicas y sus distintas instituciones), o en el de sus efectos indirectos (modernización del Derecho, unificación del orden jurídico, simplificación del ordenamiento).
10. Junto a lo recientemente expuesto, compete al juez(a) constitucional desarrollar una labor de “constitucionalización de la política”, ya que el quehacer político (así como el social o económico) no puede manejarse al margen de lo dispuesto en los diferentes preceptos constitucionales y lo que se infiere de ellos. Aquello permitirá dejar de lado el mantenimiento de figuras como las “political questions”, “actos políticos”, o “actos de gobierno”, y lo que ellas involucran: la subsistencia de decisiones que buscaban sustraerse de ser revisadas bajo parámetros jurídicos en sede jurisdiccional. Esta “constitucionalización de la política” incluso habilita a que los jueces y juezas constitucionales no solamente controlen, sino que incluso pasen a hacer sugerencias y tener iniciativas frente a la configuración de políticas públicas, para así asegurar la constitucionalidad de las mismas.
11. Esta “constitucionalización de la política” va de la mano de constatar que si hoy la legitimación del poder en un Estado Constitucional es en buena medida jurídica, el quehacer político conforme a Derecho básicamente se tutela y potencia en sede jurisdiccional. En esa línea de pensamiento, también se puede entender cómo ahora se reclama que jueces y juezas constitucionales asuman labores de integración social, las cuales, siquiera enunciativamente, aluden a apuntalar elementos de cohesión social (búsqueda de que toda persona pertenezca a una comunidad donde pueda realizar sus proyectos de vida), inclusión social (esfuerzo por incorporar a quienes se encuentran excluidos del sistema político, de la configuración de lo económico o de la capacidad de ejercer sus derechos o su cultura a cabalidad), reconciliación social (apuntalamiento de una superación colectiva de períodos asumidos como difíciles dentro de la historia de nuestros países) o prevención social (intento de consolidación de un clima con ausencia de conflictos, o con una solución rápida y eficaz de los ya existentes).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RÓDOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

12. Sin embargo, esto no es lo único a tomar en cuenta si se habla sobre cuáles debieran ser los actuales parámetros de la actuación de un juez(a) constitucional. Ya habíamos dicho que ello partía de comprender su quehacer desde, entre otros factores, el parámetro de una Constitución “convencionalizada”, o, dicho con otras palabras, dentro de una lógica de “convencionalización del Derecho”. Dejándose de lado las diferencias entre monismo y dualismo, corresponde concebir la labor de estos(as) juzgadores(as) (más no solamente las de ellos de acuerdo con lo previsto en la sentencia de cumplimiento de “Gelman versus Uruguay”, y dentro de los parámetros propios de las competencias de cada entidad, tal como lo asevera “Trabajadores cesados del Congreso versus Perú”) como parte de una dinámica de verdadero diálogo, destinado a la construcción de un Derecho común, cuyo sustento es el de la comprensión de los Derechos Humanos suscritos por cada Estado o a las pautas sobre derechos que hoy se nos presentan como normas de *ius cogens*.
13. Como fácilmente puede apreciarse, el ámbito de acción del juez(a) constitucional, como verdadero mediador con parámetros jurídicos en la composición de los conflictos más relevantes dentro de una sociedad es hoy muy amplio, y sigue extendiéndose. Además de ello, el quehacer de estos juzgadores(as) debe comprenderse en clave dinámica y no estática. Ahora bien, aquello no es una habilitación para que estos(as) jueces(zas) actúen a su libre albedrío. Nadie dice, por ejemplo, que no tenga convicciones personales. Sin embargo, sus decisiones jurisdiccionales deben ser tomadas conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico constitucional que les corresponde interpretar. En ese sentido, por seguir en el ámbito de los ejemplos, un juez(a) constitucional puede ser creyente en una religión en particular, así como en sus parámetros y prescripciones, pero si es juez(a) constitucional en un Estado laico, se encuentra entonces obligado a desempeñar su labor dentro de lo prescrito en el ordenamiento que debe interpretar y no en función a sus convicciones de tipo religioso, pues actúa en un Estado que no es confesional.
14. No debemos entonces perder de vista que el juez(a) constitucional no es intérprete vinculante y garante calificado de sus respetables creencias personales, sino de los distintos preceptos, principios, valores y derechos recogidos en su Constitución, o los que se desprenden de su lectura sistemática o convencionalizada. Por seguir con el ejemplo anterior, la labor garantista del juez(a) constitucional no tiene base, por citar un caso, en una respetable posición confesional, sino, repito, en lo que proviene o se entiende de aquella Constitución que, en ejercicio de las funciones que se le han confiado, debe garantizar con su quehacer interpretativo y eventualmente contralor.
15. Y es que dentro de un Estado Constitucional cuyo objetivo principal (la tutela de derechos) no se sostiene si no existen límites al ejercicio del poder, debe entenderse



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

que la labor del juez(a) constitucional, aunque activista, dinámica y progresiva, también admite limitaciones. Estos límites pueden ser, por cierto, de muy diversa índole (el carácter de autoridad del juez(a) constitucional, la naturaleza jurisdiccional de sus funciones, la Constitución que deben interpretar), pero, y en cualquier caso, no pueden ser desconocidos o dejados de lado.

III. REFLEXIONES SOBRE LOS ALCANCES DE LOS DERECHOS INVOCADOS EN ESTE CASO EN PARTICULAR, SIN TODAVÍA ENTRAR A LA MISMA CONTROVERSIA PLANTEADA POR ANA ROMERO SALDARRIAGA.

16. Un juez(a) constitucional tiene, entonces, como función no solamente interpretar el ordenamiento jurídico conforme a Derecho y más propiamente conforme a la Constitución, sino toda la vida política, social y económica de una sociedad. Esa tarea debe desempeñarla en función al fin central dentro de un Estado Constitucional: el reconocimiento y la tutela de los derechos ciudadanos. En esta controversia en particular, sin entrar aún a los detalles de la misma, se invoca la tutela de los derechos al nombre y a la identidad. Conviene entonces ahora proceder a efectuar algunas reflexiones sobre los alcances de dichos derechos.
17. Existe consenso en señalar que el derecho a la identidad es, de un lado, el derecho a ser quien se es, a la propia biografía; y de otro, el derecho a ser percibido y reconocido por el otro como quien se es: el derecho a una proyección y al reconocimiento de una autoconstrucción personal, la cual, por lo mismo, no puede ser impuesta por nadie¹. Intentar imponer una identidad a alguien implica en los hechos negar a ese alguien y a la vida que quiere vivir y disfrutar.
18. Corresponde entonces aquí hablar sobre la identidad de género. Coincido en lo señalado en el preámbulo de los principios de Yogyakarta² cuando señala que al hablar de identidad de género nos referimos a “la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la que podría corresponder o no al sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (...) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.
19. Como bien se señala en diversos documentos internacionales, la identidad de género toma muchas formas. Además, y si bien puede determinarse en una edad temprana, en otros casos puede manifestarse en un momento posterior de la vida de cada quien, de acuerdo con la edad y otros factores sociales y culturales. No tiene esta identidad de género, finalmente, que coincidir con el sexo que en su momento se nos hubiese asignado.

¹ Ver al respecto, SIVERINO BAVIO, Paula – “El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas”. En: AAVV – Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, principalmente p. 59 y ss.

² Principios del Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (2007).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

20. Así como la orientación sexual (entendida como la “capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de *mantener* relaciones íntimas y sexuales con otras personas”, tal como lo anota el ya mencionado preámbulo de los principios de Yogyakarta), la identidad de género también debe ser respetada por el Estado y todas las demás personas.
21. Este derecho a la identidad no puede circunscribirse a la especificación de aquellos signos que cabe apreciar de cualquiera de nosotros(as), los cuales deben tenerse en cuenta para establecer una identificación, o, dicho con otras palabras, para ser visto por los demás tal como se le ve en un momento en particular. No es lo mismo cómo te ven los demás que ser percibido y reconocido como quien se es. Se puede ser visto por los demás de una forma que no necesariamente coincide con quien se es. Identidad de género e identificación no solamente son distintos, sino que en ocasiones estos conceptos, habitualmente vinculados entre sí, pueden devenir en contrapuestos³. Aquello es lo que ocurre, por ejemplo, con las personas transexuales, tal como veremos de inmediato.
22. Y es que en ocasiones el nombre, que en principio se debiera comprender como la representación de nuestra proyección (autoconstrucción) personal, ya no representa eso. Representa, en el mejor de los casos, aquello que en algún momento es visto por los demás, como los rasgos de alguien, más no recoge lo que ese alguien hoy es o aspira a ser. Ello se hace evidente en el caso de personas transexuales, donde el nombre que a alguien se le otorgó ya no responde a la realidad de ese alguien, o a aquello que una persona trans proyecta. El nombre en estos casos deja de ser lo que habitualmente apunta a ser, la representación de nuestra autoconstrucción personal. Se convierte más bien en una flagrante violación de esa autoconstrucción que con esfuerzo una persona ha venido levantando. Sostener la inmodificabilidad del nombre inicial u originalmente asignado a alguien que se encuentra en esta situación (una persona trans) sería aquí una injustificable violación de sus derechos fundamentales.
23. Señalado lo anterior, conviene entonces ahora explicar aquí qué se entiende por transexualidad. Hoy, por lo menos para alcanzar su reconocimiento jurídico, ser considerada una persona transexual involucra haber descartado encontrarse dentro de patologías psiquiátricas, o anomalías cromosómicas u hormonales (propias más bien de estados intersexuales). Necesario es anotar cómo hoy las posturas asumidas por los organismos especializados vinculados con estos temas acogen esta posición o se encuentran a punto de formalizar la adopción de esta posición. Por ende, la transexualidad no es una enfermedad (en rigor, nunca lo fue ni debió de ser entendida de esa manera). Implica, más bien, la decisión de vivir, actuar, ser

³ En similar sentido, SIVERINO BAVIO, Paula –op.cit. p. 64.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

conocido y reconocido(a) como parte del género opuesto a su género de origen. La decisión de ser reconocido(a) como verdaderamente se es (o se busque ser), sin necesariamente exigir que la persona en cuestión tenga o no intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales de adecuación sexual. Es más, en puridad, si de respetar la identidad de género de alguien se trata, el reconocimiento de la identidad trans de alguien no debería implicar exigir previamente haber pasado por esas pruebas de adecuación. Importa más bien reconocerse como se es, y que los demás puedan reconocerle tal como quiere ser, antes que una situación biológica o el resultado de una operación quirúrgica (en este mismo lo resuelto por, entre otros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Van Kuck versus Alemania, el año 2003).

24. Este tipo de consideraciones no solamente cuentan con asidero constitucional, sino también con sustento convencional, y no precisamente por la necesidad de proteger a minorías frente a un tratamiento discriminatorio. Y es que, en mi opinión, más que encontrarnos ante la tutela del discriminado(a) –tema relevante pero que, como veremos luego, se presenta en un momento posterior– creo que es más pertinente resaltar que estamos frente a la afirmación de los alcances del derecho a la identidad. Con ello, y muy a despecho de lo que, palabras más, palabras menos, señalan algunos, no se da una “arrogancia de los intérpretes del Derecho que desconocen lo natural”. Todo lo contrario: lo jurídico debe más bien tutelar en los diferentes derechos (y entre ellos el de identidad) tal como estos se manifiestan en una realidad en particular. Negar esto sería negar el derecho el reconocimiento y respeto de la dignidad, el proyecto de vida y otros derechos de ciertas personas. Sería negar desde el Derecho mismo su razón de ser dentro de un Estado Constitucional.
25. Es en ese sentido que considero debe entenderse el párrafo 19 del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes”. Allí se invoca el término trans para describir una manifestación de la identidad de género, la cual se da cuando no hay conformidad entre el sexo biológico que inicialmente le fue asignado a una persona y su actual identidad de género. Esta es también la postura asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Karen Atala contra Chile”, del año 2012, así como en “Duque versus Colombia”, o en el reciente “Flor Freire contra Ecuador”, donde se considera a la identidad de género y a la orientación sexual como categorías o aspectos protegidos por la Convención Americana. Una siquiera rápida lectura de estos fallos, y de lo señalado en varios de sus fundamentos, permiten acreditar la veracidad de esta nuestra última aseveración.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

26. Conviene aquí resaltar nuevamente que la labor del juez(a) constitucional es fundamentalmente la de tutelar derechos en un contexto dinámico y cambiante, el cual, por lo mismo, puede generar nuevos riesgos para el cabal ejercicio de esos derechos y distintas respuestas a las otorgadas anteriormente a preocupaciones similares. Además, al tratarse asimismo de un juez(a) de la convencionalidad (situación innegable en el Perú cuando en “Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura” se identificó control de constitucionalidad con control de convencionalidad), ello eventualmente obliga al juez constitucional a asumir los parámetros más tuitivos a dichos derechos, descartando así, de ser necesario, posturas previamente tomadas. Esta lógica más protectora va acompañada, recién allí, por la necesidad de actuar para superar cualquier contexto o supuesto de discriminación o de dificultad irrazonable en el ejercicio de esos derechos.
27. Estamos pues ante un derecho, la identidad, en su faceta de identidad de género (con una vinculación con los derechos sexuales y reproductivos que aquí solo cumplimos con anotar) cuyo ejercicio no se agota solamente en la posibilidad que tengamos el nombre que queremos tener, derecho ya reconocido por este Tribunal en casos como “Karen Mañuca”. Es más, en ocasiones, como aquí se ha dicho, el nombre y los datos de identificación (en rigor, la pertinencia de consignar a algunos datos como el del sexo en el DNI o Documento Nacional de Identidad –en rigor identificación– es, por decir lo menos, algo discutible, pero ya se trata de una materia que sobrepasa los alcances de la presente reflexión) pueden en ocasiones apuntar en un sentido distinto al que se tiene previsto en el derecho a la identidad. Entonces, los datos consignados en el DNI en ciertos supuestos pueden conspirar contra la posibilidad de que alguien sea quien es (o quiere ser) y, sobre todo, sea reconocido por los demás dentro del proceso que todos(as) tenemos a una autoconstrucción personal.
28. Con lo expuesto no estoy descartando la enorme relevancia del derecho al nombre, derecho cuyo ejercicio y vigencia hay que preservar. Solamente anoto que una comprensión restringida y distorsionada de ese derecho, aislada de la comprensión de los alcances de algún otro derecho, o los de determinado bien jurídico constitucionalmente protegido, podría en ocasiones conspirar contra el ejercicio de derechos como la identidad de género. Adelantando elementos del análisis del caso concreto de Ana Romero Saldarriaga, reconocer en su situación únicamente el derecho al nombre sería insuficiente, y mantenerle un nombre que no se condice con su identidad de género configuraría una violación de este último derecho.
29. Ahora bien, y si de tutela se trata, la pregunta a formularse es la de cuál es el escenario más adecuado para la protección de los diferentes derechos fundamentales en general, y el de derechos como la identidad de género y el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

nombre en particular. Todavía a nivel de formulación general, ese es el tema que pasaré a abordar de inmediato.

IV. ALCANCES SOBRE LA VÍA A SEGUIR PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y AL NOMBRE, Y POR ENDE, PARA LA ATENCIÓN DE PRETENSIONES COMO LAS DE CAMBIO DE NOMBRE Y CAMBIO DE SEXO.

30. Como bien se explicó en más de una ocasión, no solamente mediante procesos constitucionales de la libertad se tutelan derechos fundamentales. También se puede desempeñar esta labor tuitiva mediante vías ordinarias ante la judicatura ordinaria. Es más, y muy en la tónica del proceso de constitucionalización y convencionalización que vivimos, incluso el quehacer de la Administración no solamente debe ceñirse a actuar conforme a Derecho, sino que básicamente debe involucrar una comprensión de la labor administrativa comprometida con preservar el respeto y la vigencia de los diferentes derechos.
31. Compete, en este sentido, pronunciarse sobre cuál es el escenario más adecuado para garantizar un cabal ejercicio de derechos como el de la identidad de género o el nombre.
32. Ante lo recientemente señalado, y yendo primero a lo referido al derecho al nombre, corresponde primero distinguir entre rectificación de nombre y cambio de nombre. Esto último es lo que en puridad pide Ana Romero Saldarriaga.
33. En el Perú el cambio de nombre no es consecuencia de una decisión administrativa, tal como si ocurre en otros países. El cambio de nombre siempre es una decisión jurisdiccional. Esta alternativa es sin duda polémica, pero no por ello inconstitucional, por lo menos de una primera impresión. La eventual invocación a una interpretación evolutiva, la cual busca que desde la judicatura constitucional se autorice que la Administración el cambio de nombres resulta muy sugerente, pero convendría manejarla con cuidado, en tanto y en cuanto, si no se instauró esta nueva competencia por los canales correspondientes podría entenderse como una vulneración del criterio de corrección funcional, y, por ende, como una actuación más allá de los parámetros propios de un juez constitucional.
34. Ahora bien, lo que acabo de señalar no se opone al reconocimiento de que por lo menos algunos supuestos de cambio de nombre, en una dinámica tuitiva de derechos, bien pudieran ser entendidos en sede administrativa. Soy más bien partidario de llegar a ello, pero tomando los recaudos correspondientes. Convendría entonces siquiera exhortar a las autoridades competentes a que dicten las normas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

pertinentes y así hacer viable la materialización de esta actuación como Administración, la cual hoy a mi parecer no solamente es aconsejable sino que ha devenido en necesaria.

35. Corresponde además anotar que, en el caso del cambio de nombre, también se ha atendido esta pretensión mediante el uso de procesos ordinarios atendidos por jueces ordinarios. Y es que en el Perú, siendo nuestro amparo un proceso subsidiario o residual (no corresponde aquí anotar las eventuales diferencias entre uno y otro concepto), será necesario determinar si en cada caso en particular que involucra la pretensión de cambio de nombre se aprecia si una hay autoridad administrativa competente, y en cualquier caso, ver asimismo si existe un proceso que pueda constituir una vía igualmente satisfactoria al amparo.
36. Como también ya es de conocimiento general, la determinación en el Perú sobre si existe una vía procesal ordinaria igualmente satisfactoria se hace hoy en base a las pautas aprobadas con carácter de precedente en el caso “Elgo Ríos”. En cualquier supuesto, la existencia de una vía judicial ordinaria no invalida a recurrir con una pretensión de cambio de nombre a la vía del amparo. Dependerá de, repito, si en cada caso concreto, la configuración de la pretensión a atender cubre o no los requerimientos establecidos en forma copulativa y con carácter de precedente en el fundamento quince del ya mencionado caso “Elgo Ríos”.
37. Algo parecido puede predicarse de la tutela de la identidad de género y del cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad que se quiera plantear. En puridad creo que este tema, como ya sucede en estados latinoamericanos como Argentina o Bolivia, bien podría canalizarse –total o parcialmente– en sede administrativa. Sin embargo, esa competencia no ha sido explícitamente habilitada a entidad administrativa alguna en el Perú, y resulta por lo menos discutible habilitar esa competencia administrativa a través de una sentencia del Tribunal Constitucional.
38. También aquí se ameritaría una exhortación a las autoridades competentes para habilitar esta nueva competencia administrativa. Ahora bien, y yendo ya a un ámbito jurisdiccional, corresponde anotar cómo la judicatura ordinaria peruana, basándose en lo prescrito en el Código Procesal Civil, ya ha tramitado ante juzgados civiles este tipo de pretensiones. Es más, en varios casos son los jueces y juezas ordinarios que han visto estos procesos los que han concedido el cambio de sexo solicitado.
39. Se ha alegado, en este sentido, que el Código Procesal Civil habilita el trámite de todos aquellos asuntos contenciosos que no tengan un medio procesal previamente establecido, y que no se encuentren atribuidos a otros órganos jurisdiccionales, cuando por la naturaleza o complejidad de la pretensión el juez(a) ordinario



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

considera atendible su atención. Es pues en este contexto en el cual se entienden los diferentes pronunciamientos de la judicatura ordinaria en los cuales se ha acogido la pretensión de personas trans que solicitaron el cambio de sexo en su Documento Nacional de Identidad.

40. Lo recientemente reseñado amerita efectuar dos afirmaciones. La primera de ellas se encuentra referida a que aquí, al igual que en el derecho al nombre, el trámite dado a esta pretensión en la vía ordinaria por jueces ordinarios no cierra la posibilidad de plantear una controversia similar en sede de amparo. Corresponderá ver entonces, en cada caso en particular, si existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria al amparo para atender estos requerimientos. Deberán seguirse, para ello, las reglas establecidas con carácter de precedente en el ya citado caso “Elgo Ríos”
 41. La segunda afirmación que aquí corresponde hacer es, sin duda alguna, más polémica. Y es que, con carácter de doctrina jurisprudencial, una anterior composición del Tribunal Constitucional peruano emitió la STC 0139-2013-PA/TC. Allí, justo es anotar que por consideraciones que en puridad no se encuentran dentro del ámbito estrictamente procesal, no solamente se ha rechazado la posibilidad de interponer demandas de amparo en defensa de la identidad de género de las personas trans, sino que incluso se ha buscado evitar que jueces y juezas ordinarios puedan acoger este tipo de pretensiones, incluso cuando esas pretensiones hayan sido solicitadas a través de medios procesales ordinarios.
- V. PARÁMETROS RECOGIDOS POR LA STC 00139-2013-PA/TC COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y LOS MÁRGENES DE ACCIÓN CON QUE SE CUENTA AL RESPECTO EN LA APLICACIÓN O EN EL EVENTUAL APARTAMIENTO DE DICHA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.**
42. Desarrollando lo planteado en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se ha entendido como doctrina jurisprudencial a las interpretaciones de la Constitución realizadas por el Tribunal Constitucional, en el marco de su actuación en los diferentes procesos que conoce; a las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de sus labores de control por el Tribunal Constitucional; y, finalmente, a las proscripciones interpretativas “anulaciones” de cierto sentido interpretativo de la ley efectuadas en aplicación de una interpretación conforme a la Constitución (en ese sentido la STC 04853-2004-PA/TC).
 43. Ahora bien, cierto es que el Tribunal Constitucional peruano, mediante la STC 00139-2004-PA/TC se pronunció, en un caso en principio sustancialmente igual al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

de Ana Romero Saldarriaga, en un sentido que en mi opinión encierra una violación del derecho a una identidad de género. Además, y en tanto y en cuanto calificó a su polémica interpretación como doctrina jurisprudencial, cuyos alcances deber ser seguidos por los poderes públicos, dejaba en principio en situación de indefensión a las personas trans, quienes aparentemente no podían acudir al amparo o a medios ordinarios para tutelar su derecho a la identidad de género.

44. Al respecto, se hace indispensable pues efectuar algunas anotaciones. En primer término, si bien mediante un precedente, o a través de un pronunciamiento con carácter de doctrina jurisprudencial, este Tribunal quiere garantizar ciertas reglas interpretativas o determinada comprensión de determinados conceptos e instituciones, ello no puede entenderse como la inmodificable consagración de un dogma. El *overruling* existe y es una alternativa invocable en ciertos supuestos. La diferenciación (*distinguishing*) es, en su caso, también aplicable si nos encontramos ante elementos que permitan distinguirnos de los supuestos utilizados en su momento para configurar la respuesta ya dada, muy a despecho de su carácter de precedente o de doctrina jurisprudencial.
45. Y es que la doctrina jurisprudencial destinada a apuntalar una indisponibilidad del sexo (STC 00139-2013-PA/TC), partiendo en este caso de la idea de que el sexo solamente es un elemento biológico del ser humano, y despojando así a las personas trans de su derecho a que se modifique un dato identificatorio que viola su identidad, no es afortunadamente un dogma irrefutable. La confusión conceptual sobre lo que debe entenderse como identidad de género es a todas luces evidente. El perjuicio al ejercicio de ese derecho, así como la vulneración del derecho de acceso a la justicia (en mérito a las razones que ya mencioné en este mismo texto), también aquí resulta innegable.
46. Frente a este estado de cosas, conviene tener presente que estamos ante un pronunciamiento como la STC 00139-2013-PA/TC, emitido con carácter de doctrina jurisprudencial. En cualquiera de los tres escenarios donde el establecimiento de doctrina jurisprudencial ha sido admitido por la misma jurisprudencia de este Tribunal (de acuerdo con lo previsto en la STC 4853-2004-PA/TC, pueden comprenderse como doctrina jurisprudencial las interpretaciones de la Constitución realizadas por el Tribunal Constitucional dentro de los diferentes procesos de control abstracto o concreto a su cargo; las interpretaciones constitucionales de la ley hechas por el Tribunal en el marco de su labor de control de constitucionalidad; o las proscripciones o prohibiciones de ciertas posiciones interpretativas), resulta oportuno anotar que las comprensiones de diversos conceptos e instituciones, o el descarte de otras, consagrados por doctrina jurisprudencial, puede ser dejada de lado, entre otros factores, sí, en una dinámica



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N^o. 006040-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

de mayor y mejor protección de los derechos, existe otra postura interpretativa invocable, y ésta responde a una perspectiva más tuitiva.

47. Ahora bien, y muy a despecho de lo previsto en la STC 00139-2013-PA/TC, cierto es que la judicatura ordinaria, en algunos procesos, asumiendo su rol de jueces en base a la Constitución y a la mejor protección de derechos (recogen esos jueces(zas) ordinarios(as) en ese sentido lo resuelto en la STC 04853-2004-PA/TC, fundamento 16, y en la STC 00919-2007-PA/TC, fundamento 3), podría haber amparando la modificación del sexo en los DNI de personas trans, muy a despecho de lo previsto como doctrina jurisprudencial. Sin embargo, justo es reconocer que esto en los hechos se ha convertido en una labor difícilmente asumida por nuestra judicatura ordinaria peruana.
48. Coincido, entonces, con la propuesta de mayoría en que aquí lo más importante es dejar de inmediato sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 000139-2013-PA/TC. La consecuencia lógica de lo expuesto es la que cabe el análisis sobre si en situaciones como las de Ana Romero Saldarriaga hubo violación a algún derecho fundamental. De ser así, corresponderá analizar si esa violación debe buscar ser revertida mediante un proceso de amparo o, más bien, si cabe abordar algunos de estos casos por medios ordinarios ante jueces y juezas ordinarios.

VI. EL ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA ESPECÍFICA LUEGO DE DEJARSE SIN EFECTO LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RECOGIDA EN LA STC 000139-2013-PA/TC.

49. Conviene entonces ir ahora a lo sucedido en este caso en particular. Hay quien discute la pertinencia de iniciar este caso en San Martín pero, por cierto, eso no fue cuestionado en el presente proceso, cuya materia controvertida nadie cuestiona debería recibir una respuesta específica de la autoridad competente. En cualquier supuesto, corresponde anotar que los alegatos de la parte demandada son insostenibles. En primer lugar, aquí no sola ni fundamentalmente se está solicitando un cambio de nombre. Se viene fundamentalmente exigiendo el respeto a una identidad de género que viene siendo violentada con una referencia a un sexo en el DNI. Esta referencia es contraria al esfuerzo de autoconstrucción personal de Ana Romero Saldarriaga y, por ende, vulnera su identidad.
50. El debate se da, entonces, viendo la pretensión invocada, en si dicha pretensión reclama una tutela diferenciada urgente propia del amparo, o una ordinaria como la que acompaña a un proceso de conocimiento. Ana Romero Saldarriaga alega que sería invocable en su caso la tutela mediante amparo, superando los requerimientos planteados en "Elgo Ríos".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

RODOLFO ENRIQUE ROMERO

SALDARRIAGA (ANA ROMERO

SALDARRIAGA)

51. En ese sentido, bien puede advertirse cómo la recurrente considera que el no acoger rápida y oportunamente su pretensión puede ocasionarle un perjuicio irreparable e irreversible a su proyecto de vida y a su construcción personal y, por ende, a su identidad (más específicamente a su identidad de género).
52. Ahora bien, convengamos que esta tutela urgente de la identidad en sede de amparo que la recurrente reclama indispensable tiene como sustento el que la entidad administrativa correspondiente debió ser aquella que, en rigor, debió atender (con el carácter de ejecutividad y ejecutoriedad que debió tener el acto administrativo correspondiente) la pretensión de Romero Saldarriaga.
53. Conviene, entonces, tener presente el margen de acción de la Administración dentro de un Estado Constitucional. Y es que si bien es cierto que se encuentra sometida al principio de legalidad, la materialización de dicho principio no puede encontrarse reñida con parámetros constitucionales y convencionales vigentes. Aquello implica, entre otros factores, que la tarea administrativa central deberá ser la de atender los derechos de los(as) ciudadanos(as) que acuden a la Administración, máxime cuando los(as) ciudadanos(as) no están pidiendo el otorgamiento de derechos que no ejercían, sino el cabal ejercicio de derechos que ya se tienen, ejercicio que viene siendo violentado precisamente con un quehacer administrativo al cual podemos calificar como recusable.
54. Además, no debe olvidarse que, en un contexto de convencionalización del Derecho, y claramente desde la sentencia de cumplimiento en el caso Gelman aquí ya mencionada, la Reniec se encuentra obligada a respetar los parámetros convencionales, lo cual incluye agotar todo su margen de acción para asegurar la atención de los derechos recogidos en la Convención Americana o en la interpretación vinculante de dicha Convención. Entre esos derechos, como aquí también se ha visto, se encuentra el de la identidad de género. Sin embargo, y como la misma jurisprudencia convencional lo señala, esa hoy necesaria ampliación del marco de actuación administrativa debe materializarse por acción de las autoridades habilitadas a ello. La exhortación a las autoridades competentes para desarrollar un procedimiento sobre el particular reclama ser atendido de inmediato.
55. No estando actualmente prevista en el Perú una posibilidad en sede administrativa para atender el requerimiento de Ana Romero Saldarriaga, corresponde pronunciarse sobre si, en el caso concreto de la recurrente, quien, como toda persona, tiene derecho a su identidad de género y al nombre, puede reclamar este derecho en sede de amparo o debe hacerlo mediante un medio ordinario ante jueces(zas) ordinarios(as). Confieso que en una lógica de mayor y mejor protección de los derechos yo hubiese preferido que se diera un consenso en habilitar la vía del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

amparo para atender la pretensión de Romero Saldarriaga, pero lamentablemente esto no se dio en el seno de este Colegiado. Y es que en el contexto aquí descrito, el consenso se ha circunscrito a dejar de lado la situación de indefensión de algunos derechos.

56. Mantenerse al margen de ese consenso, el cual puede parecer incompleto e insuficiente, hubiese significado en los hechos dejar sin apoyo a aquella postura que revertir una situación de indefensión a todas luces inaceptable.
57. Y es que recuperar el pleno acceso a la justicia para atender este tipo de pretensiones no es poca cosa. Apoyo entonces el voto de mayoría en este caso, en el entendimiento que se debe tener presente que el análisis sobre la existencia de una vía igualmente satisfactoria de "Elgo Ríos" es de caso a caso, pudiendo entonces haber situaciones propuestas por personas trans eventualmente atendibles en sede de Amparo. Y, finalmente, la eventual declaración de improcedencia de lo planteado por Romero Saldarriaga no quiere decir que no tenga los derechos que invoca, sino que, en su caso, no recurrió inicialmente a la vía pertinente para reclamarlos.

APRECIACIONES FINALES

58. La responsabilidad de un juez(a) constitucional dentro de un Estado Constitucional es enorme. Dentro del contexto de cada Estado en particular le corresponde, mediante la "constitucionalización del Derecho", la "convencionalización del Derecho", la "constitucionalización de la política" (incluyendo allí el control de políticas públicas), o la promoción de tareas de mediación jurídica o de integración social, garantizar ciertos aspectos que son esenciales no solamente para el fortalecimiento, sino para la misma subsistencia del Estado Constitucional: limitación y control del poder; pacificación de la dinámica política, social o económica, tarea que debe ir acompañada de la generación de los consensos pertinentes; respeto o promoción del pluralismo, tanto en lo político como en lo social, lo jurídico o lo cultural. Le compete también la articulación de su labor con un orden internacional, en una dinámica de diálogo. Ahora bien, toda esta responsabilidad tiene un fin último que la inspira: el reconocimiento y la cada vez mayor tutela de derechos fundamentales.
59. En un escenario en donde hemos asumido que la base de la configuración de estos derechos, así como de toda otra institución o actuación en el Estado o dentro de la sociedad, es el respeto a la dignidad de la persona, no puede ni debe negarse el derecho de personas transexuales al respeto de su identidad de género. Toca, entonces, a toda autoridad, dentro del margen de sus competencias, asegurar un cabal ejercicio de esos derechos, tomando las medidas correspondientes o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. No. 006040-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

eliminando los obstáculos que desde la irrazonabilidad (y por ende, desde la arbitrariedad) impidan ese pleno ejercicio de los derechos justamente invocados.

60. Y si la autoridad competente para atender este requerimiento no cumple con su labor, y el daño a algún derecho fundamental puede generar un perjuicio irreversible e irreparable, corresponderá al juez(a) constitucional, agotadas las vías jurídicas o de otra índole previstas al respecto (o dejándolas de lado en situaciones de extrema urgencia), y justamente en garantía de sus márgenes de acción y en cumplimiento de lo que son sus responsabilidades dentro del Estado Constitucional, dar la respuesta más tuitiva posible al respecto. Si aquello implica corregir pronunciamientos anteriores suyos sobre el particular, o distinguir sus actuales supuestos de actuación de aquellos frente a los cuales estuvo antes, deberá emprender esa tarea de inmediato. Negarse a ello sería negar su propia legitimidad y su propia razón de ser dentro de un Estado Constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI, BLUME FORTINI Y SARDÓN DE TABOADA PRONUNCIÁNDOSE EN EL SENTIDO QUE DEBE DECLARARSE IMPROCEDENTE LA DEMANDA EN TODOS SUS EXTREMOS Y MANTENERSE LA SÓLIDA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA EN LA SENTENCIA 0139-2013-PA/TC

Con respeto por la posición de nuestros colegas magistrados que suscriben la sentencia de mayoría, disentimos de la misma en cuanto resuelve declarar “fundada en parte la demanda, al haberse acreditado la afectación del derecho fundamental de acceso a la justicia de la parte recurrente”, y disentimos también en cuanto deja sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA/TC.

Resumimos a continuación las razones de nuestra discrepancia, que nos han obligado a emitir el presente voto singular conjunto, las mismas que desarrollaremos más adelante:

- a) *La demanda de amparo que motiva esta litis debió ser declarada improcedente en todos sus extremos, por incompetencia territorial del Juez del Juzgado Especializado en lo Civil de Tarapoto, San Martín, que conoció la demanda.*
- b) *Sin perjuicio de la improcedencia total indicada en el punto anterior y con relación a los fundamentos que se invocan en la sentencia de mayoría para dejar sin efecto —en decisión con la que discrepamos radicalmente— la doctrina jurisprudencial establecida por este Tribunal en la STC 0139-2013-PA/TC, debemos señalar que se incurre en una gruesa confusión, ya que no es exacto que el Tribunal Constitucional, con la expedición de dicha sentencia, haya señalado que la transexualidad sea una patología, toda vez que es la Organización Mundial de la Salud (OMS) la que, a la fecha, así lo define, independientemente de las especulaciones que formulan nuestros colegas sobre la actividad futura de la OMS sobre el particular.*
- c) *La mayoría ha interpretado que el sexo psíquico debe prevalecer legalmente sobre el sexo biológico, sin tener en cuenta que no existe norma internacional ni nacional alguna de la que se desprenda tan singular conclusión, la que, en todo caso, correspondería determinar al Congreso de la República, por tratarse de una competencia del mismo, no del Tribunal Constitucional.*
- d) *La mayoría hace suyo —acríticamente— un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que respaldaría su posición. Sin embargo, la traducción empleada es errónea, resultando que lo que se dice postulado por dicho Tribunal no corresponde a lo que éste realmente ha sostenido.*
- e) *En su afán de declarar fundada la demanda, la mayoría ha imputado al Tribunal Constitucional como responsable de afectar el derecho de acceso a la justicia cuando fijó como doctrina jurisprudencial que el sexo biológico determina*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

la identidad de la persona, sin caer en la cuenta que dicho razonamiento —que habilita el amparo contra las sentencias del Tribunal Constitucional— conllevará a que a partir de la fecha no exista ya cosa juzgada y los procesos se perpetúen al infinito.

- f) *Debe enfatizarse que no existe regulación a nivel internacional ni nacional que obligue al Estado peruano a que, en nombre del supuesto "derecho a la identidad de género", se cambie el sexo en el registro civil.*
- g) *Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Atala vs. Chile y Duque vs. Colombia, que invoca la sentencia en mayoría, no son pertinentes al caso de autos, pues en ellas no se han dilucidado pedidos de cambio de sexo en los registros civiles.*
- h) *La mayoría considera que el proceso sumarísimo a que alude el Código Procesal Civil constituye una vía igualmente satisfactoria para tutelar el cambio de sexo en el registro civil, proceso que, al ser de reducida actividad probatoria, no contribuirá a que el Juez se forme convicción de lo solicitado.*
- i) *En cuanto concierne al extremo de la demanda en que se solicita el cambio de nombre en el registro civil, coincidimos con la mayoría en que debe declararse improcedente.*

Desarrollando nuestros fundamentos, exponemos lo siguiente:

I. SOBRE LA INCOMPETENCIA TERRITORIAL DEL JUEZ QUE CONOCIÓ LA DEMANDA

1. El 15 de junio de 2012, a través de una demanda de amparo, Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga solicitó el cambio de su nombre y sexo en sus documentos nacionales de identidad, asegurando que siempre se ha sentido mujer.
2. Sin embargo, si siempre se sintió mujer, no se puede entender cómo así el asunto se convirtió de pronto en tan urgente que requería ser planteado directamente en la vía constitucional.
3. Romero Saldarriaga no solo esquivó las vías previas sino que, más grave todavía, buscó deliberadamente un juez *ad hoc*. El artículo 51 del Código Procesal Constitucional dice:

Es competente para conocer del proceso de amparo (...) el Juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante (itálicas agregadas).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

4. Romero Saldarriaga presentó su demanda ante un juez de Tarapoto, San Martín. Desde que ni allí ni en ninguna otra parte solicitó al Reniec su cambio de nombre y de sexo, no puede considerarse que allí se afectó su derecho.
5. Además, su DNI consigna que su domicilio está en Francia, no en San Martín. En su demanda explica que, luego de vivir un tiempo en España, se fue a Francia porque, desatada la crisis europea, solo domiciliando allí podía:

(...) tener beneficios laborales (...)

6. Debe tenerse presente, asimismo, que el Tribunal Constitucional “en reiterada jurisprudencia ha reconocido el DNI como documento idóneo para acreditar el domicilio” (cfr. fundamento 4 del auto recaído en el Expediente 06763-2013-PA/TC).
7. Evidentemente, la parte demandante también aplicó la razón práctica a que se alude en el fundamento 5 *supra* para presentar su demanda ante el juez de Tarapoto Félix Ramírez. Como lo evidencia la misma demanda, lo hizo porque sabía que este juez amparó en primer grado una pretensión idéntica (la resuelta por este Tribunal Constitucional en el Expediente 00139-2013-PA/TC).
8. La sentencia en mayoría debió ponderar debidamente esta conducta y no convalidarla. Debió aplicar el último párrafo del precitado artículo 51:

De comprobarse malicia o temeridad en la elección del Juez por el demandante, éste será pasible de una multa no menor de 3 URP ni mayor a 10 URP, sin perjuicio de remitir copias al Ministerio Público, para que proceda con arreglo a sus atribuciones.

II. CUESTIÓN PREVIA

9. Sin perjuicio de lo anterior, dado que la sentencia en mayoría ingresa al fondo del asunto, declarando fundada la demanda respecto a una supuesta afectación del derecho de acceso a la justicia y dejando sin efecto la sólida doctrina jurisprudencial fijada por la STC 0139-2013-PA/TC, en decisión con la que discrepamos radicalmente, pronunciándose en forma indirecta sobre el pedido de cambio de sexo en el registro civil, no podemos dejar de manifestar nuestra posición al respecto.

III. REFUTACIÓN DE LAS ERRADAS APRECIACIONES FORMULADAS EN LA SENTENCIA EN MAYORÍA SOBRE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA POR LA STC 0139-2013-PA/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

10. La sentencia en mayoría argumenta lo siguiente:

En la STC 0139-2013-PA/TC, se estableció como doctrina jurisprudencial que el sexo era un elemento inmutable y que, consecuentemente, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad. Esto, además, se asoció con la idea de que cualquier alteración de la identidad en función de ese criterio debía ser entendido como un “trastorno” o una “patología” (fundamento 1).

El Tribunal nota que esta interpretación del derecho a la identidad personal, cuyo propósito era vincular a la judicatura en la interpretación y tramitación de este tipo de causas, suponía un severo e irrazonable impedimento para la viabilidad de esta clase de pedidos en el Poder Judicial. Ello es así, en esencia, por dos razones: (i) no puede entenderse el transexualismo como una patología o enfermedad; y (ii) existe la posibilidad de que, en ciertos casos, el derecho a la identidad personal faculte a un juez a reconocer el cambio de sexo (fundamento 6; *itálicas añadidas*).

En relación con el primer punto, en la STC 0139-2013-PA/TC el Tribunal asumió que el transexualismo era una mera cuestión patológica y/o médica. Sin embargo (...) 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-11, a publicarse por dicha entidad en el año 2018. Es más, una versión beta del CIE-11 (en la que se van introduciendo los cambios a las categorías revisadas) lo ubica como una disforia de género, excluyéndola expresamente de ser una patología (...) (fundamento 7).

En consecuencia, el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología, (...) corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC 0139-2013-PA (fundamento 9).

El apartamiento de esta doctrina jurisprudencial permitirá que los órganos judiciales tutelen el derecho a la identidad y la personalidad jurídica de las personas transexuales, ya que no existirá ningún impedimento ni legal ni jurisprudencial para garantizar estos derechos. En efecto, con la superación de la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA, los jueces ya tienen la posibilidad real y efectiva de conocer las solicitudes de cambio de sexo (fundamento 17).

11. Según puede apreciarse, la sentencia en mayoría, mezcla dos aspectos muy diferentes de la doctrina jurisprudencial de la STC 0139-2013-PA/TC:

- a) La doctrina sobre la inmutabilidad del sexo biológico como elemento objetivo e indisponible de la identidad de la persona; y,
- b) El hecho de que la Organización Mundial de la Salud (OMS), no el Tribunal Constitucional, clasifique el transexualismo dentro de los trastornos de la personalidad y del comportamiento [cfr. OMS, *International*



Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-10), F64.0].

12. El punto a), en efecto, fue lo que se estableció como doctrina jurisprudencial en la citada sentencia, conforme a los siguientes fundamentos:

Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo *biológico*, el sexo *cromosómico* o *genético* instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino). 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*" (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 (fundamento 5).

El sexo (femenino o masculino) asignado a la persona desde su nacimiento, es uno de aquellos rasgos distintivos de carácter *objetivo* (como lo es la "*herencia genética*": STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21), viniendo tal característica de una realidad biológica indisponible, necesaria para que la persona pueda ser individualizada como corresponde a su derecho a la identidad y al correlativo deber de respetar los derechos e intereses de terceros. Asimismo, tal realidad genética resulta determinante para las distintas consecuencias que se derivan de la condición de mujer y de hombre en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, en lo que respecta al derecho o capacidad para contraer matrimonio o *ius connubii*) (fundamento 6).

13. Seguidamente, y en la misma línea de indisponibilidad del sexo biológico como elemento de identidad en el ordenamiento jurídico, la doctrina jurisprudencial bajo comentario señaló los casos en que ese sexo podía ser modificado en el registro civil:

Por supuesto, esta indisponibilidad del sexo en el registro civil, no se ve perjudicada por la posibilidad de rectificar, incluso administrativamente, las Inscripciones cuando "*se determina algún error en la inscripción*" (cfr. artículo 71 del Decreto Supremo N° 15-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil) (fundamento 8).

Este yerro en la inscripción en lo que respecta al sexo de la persona, ocurriría cuando exista un desajuste en el propio sexo cromosómico, es decir en la propia biología, como los casos de intersexualidad o hermafroditismo. Es decir, el cambio de sexo en el registro se puede justificar si se alega error en la apreciación del sexo al momento de la inscripción y se aportan las correspondientes pruebas médicas que demuestren que ha habido en el registro un error de redacción, apreciación equivocada del sexo aparente y genital (sexo anatómico) o errores biológicos que el individuo registrado no haya causado voluntariamente (fundamento 9).

14. Hasta aquí la doctrina jurisprudencial fijada por la STC 0139-2013-PA/TC: el sexo como elemento de identidad de la persona es el sexo biológico, el cual, al ser



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

un dato de la naturaleza, es indisponible. Consecuencia de ello, el sexo en el registro civil sólo podría ser cambiado vía rectificación, en caso un “desajuste en el propio sexo cromosómico, es decir en la propia biología, como los casos de intersexualidad o hermafroditismo”; o sea, “si se alega error en la apreciación del sexo al momento de la inscripción y se aportan las correspondientes pruebas médicas que demuestren que ha habido en el registro un error de redacción, apreciación equivocada del sexo aparente y genital (sexo anatómico) o errores biológicos que el individuo registrado no haya causado voluntariamente” (fundamento 9).

15. Sentada ya esta doctrina jurisprudencial, la STC 0139-2013-PA/TC pasó a analizar si el pedido de P.E.M.M. (demandante en ese caso) de cambio de sexo se inscribía en el supuesto que acabamos de explicar. De la revisión de la demanda y sus pruebas, el Tribunal advirtió que en ningún momento P.E.M.M. alegó ser cromosómica, hormonal, gonádica o morfológicamente correspondiente al sexo femenino. El recurrente sustentó el reclamo de cambio de sexo de P.E.M.M. en razones exclusivamente de orden *psicológico*, al señalar que ella no se *identifica* con el sexo masculino con el que está inscrita, sino con el femenino”, que “fue inscrita con un prenombre de acuerdo con su sexo biológico (masculino), pero que desde su infancia “se sentía como si perteneciera al sexo opuesto” (fojas 28); que en España “luego de una evaluación minuciosa (psicológica) se (le) diagnosticó transexualismo o disforia de género [en otras palabras que si bien era un hombre biológico (su) conducta era la de una mujer] y por lo tanto la única posibilidad era que a través de una operación de cambio de genitales externos y vaginoplastia cutánea peneana (es decir cambio de sexo) (sic), podía superar esta *patología*” (fojas 30-31; *itálicas* añadidas). En el mismo sentido, los informes médicos emitidos en España que obraban en el expediente judicial, en ningún caso refieren que P.E.M.M. sea intersexual o hermafrodita, sino que padece un trastorno de orden psicológico. Así, el cirujano plástico reconstructivo y estético deja constancia que la paciente P.E.M.M. – J.L.M.M. ha sido diagnosticada “*de transexualismo o disforia de género*” (fojas 7). Igualmente, el informe psiquiátrico de fojas 74 señalaba que “*se confirma el diagnóstico de trastorno de la identidad sexual*” (fundamento 11; subrayado añadido).

16. A partir de estas pruebas, quedó claro para el Tribunal Constitucional que “P.E.M.M. no presentaba un caso de intersexualidad o hermafroditismo que haya ocasionado un error al momento de registrar su sexo y que, por tanto, éste deba ser rectificado. Es una persona de constitución sexual masculina en la cual no existen características físicas o funcionales de los dos sexos que permitan clasificarla como intersexual y necesitada del discernimiento del sexo predominante,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

sino que en ella se presenta una especie de falta de coherencia plena entre el sexo biológico, absolutamente masculino, y un sexo psicológico que le condujo a desear el sexo femenino y, en esa línea, a la práctica de la operación quirúrgica y a un tratamiento hormonal”. Se trataba, pues, de “una persona que muestra una incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico” (STC 0139-2013-PA/TC, fundamento 12).

17. Como vemos, fueron P.E.M.M. y sus médicos, no el Tribunal Constitucional, quienes hablaron de “diagnóstico” de “transexualismo o disforia de género”, de “patología” y de “trastorno”. “Diagnóstico”, en su acepción médica, es la “determinación de la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas” (cfr. *Diccionario de la Real Academia Española*). Por ello, tanto P.E.M.M. como sus médicos, al hablar de “diagnóstico” hicieron referencia a una enfermedad (“patología” le llamaba P.E.M.M., a fojas 30-31; “trastorno” le denominaba su psiquiatra, a fojas 74) que denominaban “transexualismo”.
18. Es aquí donde el Tribunal Constitucional, no siendo un organismo especializado en temas médicos, recurre a la información científica para entender qué es la transexualidad. Y qué opinión más autorizada al respecto que la de la OMS que “clasifica al transexualismo dentro de los trastornos de la personalidad y del comportamiento, definiéndolo como el deseo del individuo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse de sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio” [cfr. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-10)*, F64.0] (STC 0139-2013-PA/TC, fundamento 13).
19. De lo expuesto, queda claro que la STC 0139-2013-PA/TC fijó como doctrina jurisprudencial que el sexo como elemento de la identidad es el que corresponde al biológico y que éste no puede ser modificado (salvo las excepciones mencionadas en la referida sentencia).
20. El Tribunal Constitucional no fijó como doctrina jurisprudencial que la transexualidad sea una patología porque esa no es su competencia. Fueron el recurrente y sus médicos los que hablaron de diagnóstico, de patología y de trastorno. El Tribunal recurrió a la voz científica autorizada de la OMS para entender este problema.
21. Por ello, es totalmente incomprensible que la sentencia en mayoría diga, en su fundamento 9, que “el transexualismo debe ser entendido como una disforia de



género, mas no como una patología, (...)” y que “corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC 0139-2013-PA”. No puede comprenderse esta afirmación, porque esa sentencia no estableció como doctrina jurisprudencial que el transexualismo sea una patología.

22. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente, no sólo el ICD-10 de la OMS al que se refirió la STC 0139-2013-PA/TC en su fundamento 13, sino también que la disforia de género (GD) está reconocida como un trastorno mental en la reciente edición (2013) del “Manual de Diagnósticos y Estadísticas de la Asociación Americana de Psiquiatría (DSM-V)”¹.

IV. COMENTARIOS ADICIONALES SOBRE LOS ERRORES CONTENIDOS EN LA SENTENCIA DE MAYORÍA AL DEJAR SIN EFECTO LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA POR LA STC 0139-2013-PA/TC

23. La sentencia en mayoría argumenta lo siguiente:

(...) la realidad biológica (...) no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social. Tampoco es viable que el juez civil esté obligado a asumir que el hecho de permitir a una persona modificar su sexo legal (asignado por el Estado sobre la base del sexo biológico) para que se armonice con su sexo real (el que el sujeto desarrolla como parte de su identidad) contravendría el orden de las cosas por alterar sin “motivos suficientes” los registros civiles correspondientes y, por ello, la seguridad jurídica (criterio también asumido en la STC 0139-2013-PA/TC), ya que, como ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una afirmación que este Tribunal comparte, esta modificación en el registro civil y en los documentos de identidad de una persona no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registral, y no afecta el

¹ American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Fifth Edition, Arlington, VA, American Psychiatric Association, 2013, pp. 451-459. De imprescindible consulta es también el informe recientemente publicado por dos eminentes profesores de Estados Unidos: Lawrence S. Mayer, M.B., M.S., Ph.D. (Departamento de Psiquiatría de Johns Hopkins University School of Medicine y profesor de estadística y bioestadística de la Arizona State University) y Paul R. McHugh, M.D. (profesor de psiquiatría de Johns Hopkins University School of Medicine y miembro de la National Academy of Medicine), titulado: “Sexuality and Gender. Findings from the Biological, Psychological, and Social Sciences”, en la reconocida revista *The New Atlantis* (<http://www.thenewatlantis.com/publications/number-50-fall-2016>). Asimismo, puede consultarse el documento, del 17 de agosto de 2016, que bajo el título “La ideología de género perjudica a los niños” (“Gender Ideology Harms Children”) ha publicado el Colegio Americano de Pediatras (<http://www.acped.org/the-college-speaks/position-%20statements/gender-ideology-harms-children>)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal [Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Christine Goodwin Vs. Reino Unido. Sentencia de 11 de julio de 2002, párrafo 91]” (fundamento 13)

24. La sentencia en mayoría no da ningún argumento jurídico que permita que, a pedido de parte, se cambie el sexo biológico como dato objetivo de la identidad de una persona, para reemplazarlo por el sexo al que la persona se “siente” pertenecer. Sin explicar por qué, simplemente dice que “la realidad biológica no debe ser lo único determinante para la asignación del sexo”. Y llega a afirmar: el sexo es “una construcción”.
25. No es necesario abundar en argumentos para refutar esta sorprendente afirmación de la sentencia en mayoría. Basta preguntarse: ¿la persona construye su realidad biológica?, ¿la persona puede alterar la naturaleza y el orden natural de las cosas? La respuesta es obviamente negativa, pues lo contrario sería lo mismo que afirmar que el ser humano construye a voluntad, por ejemplo, sus células, su información genética o sus órganos internos.
26. A nuestro juicio, como ya lo dijo la STC 00139-2013-PA/TC (fundamento 28), la sentencia en mayoría se ubica en el debate sobre los conceptos de sexo y género, donde se discute hasta dónde la identidad y el comportamiento sexuales están condicionados por la biología o la naturaleza o hasta dónde todo ello es construido; controversia en la que están, por un lado, quienes mantienen el criterio mayoritario (si nos atenemos a lo que muestran los distintos ordenamientos jurídicos, incluyendo el nuestro) de que el sexo viene determinado por los cromosomas, y el criterio minoritario de que cabe una nueva interpretación conforme a la cual —como quiere la sentencia en mayoría— el sexo psíquico debe prevalecer, incluso legalmente, sobre el sexo cromosómico. Se trata, pues, de una discusión filosófica-jurídica sobre los modelos que adopte el ordenamiento jurídico en las relaciones entre naturaleza y cultura, biología y Derecho, que no está cerrada.
27. Se haría mal en abandonar el actual modelo donde el sexo registral viene determinado por la biología, para adherirse a una tesis aún en debate, pues de esta forma contravendría la propia autolimitación del Tribunal Constitucional, ya que este ha señalado que no debe fijar criterios en “temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública” (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 46). Esta pretensión de la sentencia en mayoría se encuadra en lo que el pensador austriaco F.A. Hayek denominó “la fatal arrogancia”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

28. La sentencia en mayoría cita el párrafo 91 de la sentencia emitida el 11 de julio de 2002 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, donde, según se sostiene, se afirmaría que “la modificación en el registro civil y en los documentos de identidad de una persona no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registral, y no afecta el derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal”. Al respecto, debe precisarse en primer lugar que, en tanto las sentencias de dicho Tribunal no vinculan jurídicamente al Perú, no cabe que la sentencia en mayoría haga suyo ese argumento sin ningún juicio crítico y por el simple hecho que se considera que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha asumido aquella supuesta postura.
29. En segundo lugar, el referido párrafo 91 no afirma lo que se sostiene en la sentencia de mayoría. En efecto, como es sabido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene como lenguas oficiales el inglés y el francés. La versión inglesa señala lo siguiente:

The Court *does not underestimate* the difficulties posed or the important repercussions which any major change in the system will inevitably have, not only in the field of birth registration, but also in the areas of access to records, family law, affiliation, inheritance, criminal justice, employment, social security and insurance (...)² (*itálicas añadidas*).

La traducción correcta sería:

La Corte *no subestima* las dificultades planteadas o las importantes repercusiones que inevitablemente tendrá cualquier cambio fundamental en el sistema, no sólo en el campo del registro de nacimientos, sino también en las áreas de acceso a los registros, el derecho de familia, la filiación, la herencia, la justicia penal, el empleo, la seguridad social y los seguros (*itálicas añadidas*).

30. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no dice que el cambio de sexo en el registro civil no genere afectaciones al interés público, no interfiera con la función registral, no afecte el derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal, como afirma la sentencia en mayoría. Lo que dice es que *no subestima* las dificultades o las importantes repercusiones en el sistema que inevitablemente tendrá un cambio de tal importancia, no sólo en el campo del registro de nacimientos, sino también en las áreas de acceso a los registros, el derecho de familia, la filiación, la herencia, la justicia penal, el empleo, la seguridad social y los segu-

² <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596>. Consulta: 18-10-2016.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

ros. Sobre este particular, deseamos llamar la atención sobre la falta de rigor incurrida en la traducción de la aludida sentencia.

31. A este propósito, es pertinente recordar lo afirmado en la STC 3741-2004-AA/TC, en el sentido de que una decisión favorable de este Tribunal al pedido de cambio legal de sexo podría generar que se invocara este caso para estimar casos similares, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional sobre la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante (cfr. STC 4853-2004-PA/TC, fundamento 15), por lo que no puede dejarse de considerar el impacto que una decisión estimatoria en este caso tendría sobre el ordenamiento jurídico, máxime si en su actuación como intérprete de la Constitución, este Tribunal debe observar el principio de *previsión de consecuencias*, derivado del artículo 45 de la Constitución, que ordena a todos los poderes públicos actuar con las responsabilidades que ella exige (cfr. STC 5-2005-CC/TC, fundamento 58).
32. Tampoco podría darse jurisprudencialmente respuesta a las consecuencias jurídicas del cambio de sexo en el registro civil, sin caer en un activismo judicial que contravendría el principio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) y el principio de *corrección funcional* (cfr. STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12), pues tales respuestas corresponden al legislador. La democracia implica discusión abierta al pueblo a través de sus representantes. Lo contrario significaría que este supremo intérprete de la Constitución desvirtúe las funciones y competencias que le corresponden al Congreso de la República, rompiendo el equilibrio inherente al Estado Constitucional, presupuesto del respeto de los derechos fundamentales.
33. La sentencia en mayoría señala que el cambio de sexo debe solicitarse judicialmente a través del proceso sumarísimo. Sin embargo, parece no advertir todas las consecuencias jurídicas que puede generar esta decisión, cuya regulación corresponde al legislador, como ocurre en la mayoría de países en los que se ha legislado sobre la materia, previendo todas las consecuencias jurídicas de cara a terceros.
34. Algunos de tales efectos que la sentencia en mayoría no toma en cuenta son los siguientes:
- a) Una persona que legalmente ha cambiado de sexo podría contraer matrimonio civil. De esta forma, se estaría introduciendo el matrimonio entre personas del mismo sexo (algo que corresponde al legislador, por las ra-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

zones ya anotadas), pues aun cuando legalistamente se trate de un matrimonio heterosexual, biológicamente será un matrimonio homosexual. Negar el matrimonio en estos casos podría entenderse como una discriminación (cfr. STC 00139-2013-PA/TC, fundamentos 33 a 36).

- b) Habría que determinar la edad mínima para solicitar el cambio de sexo en el registro civil. Es decir, si es a partir de los 18 años o una mayor edad; o si los padres podrían solicitarlo en representación de sus hijos menores.
- c) Habría que definir si para el cambio registral de sexo será necesaria la previa cirugía transexual. Así, por ejemplo, en España, la Ley 3/2007, de 15 de marzo (artículo 4), no la exige, lo cual es una prueba más de la base psíquica y no somática del pedido de cambio legal de sexo.
- d) Habría que precisar si se requieren pericias o informes médicos y/o psicológicos que diagnostiquen el trastorno transexual y el número de estos dictámenes.
- e) Habría que indicar si se exigirá un período mínimo de tratamiento médico para acomodar las características físicas del transexual a las del sexo reclamado, o un tiempo mínimo de vivir según el sexo deseado antes del cambio de sexo en el registro civil.
- f) Sería necesario determinar si los efectos del cambio de sexo en el registro civil se dan a partir de que éste se efectúa (*ex nunc*) o desde el nacimiento del transexual (*ex tunc*); es decir, si la modificación registral es constitutiva o declarativa.
- g) Tendría que tenerse una respuesta también —en la hipótesis de que el transexual hubiera estado casado— al problema de si se requiere algún tipo de intervención del cónyuge y si el cambio de sexo en el registro civil acarrearía la disolución del matrimonio. Además, en relación a los hijos nacidos en éste, tendría que tenerse una respuesta también respecto del traspase de la relación paterno-filial por la materno-filial (o viceversa), pudiendo alcanzarse así una situación familiar de hijos con dos madres o con dos padres, con la consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad.



35. Por último, queremos hacer notar que la sentencia en mayoría dice: “el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social”. El sexo biológico es un dato objetivo de la identidad que lo aporta la naturaleza y que el Derecho toma para definir legalmente los sexos en masculino y femenino. El empleo de este dato objetivo en modo alguno puede considerarse que “reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física”, como tampoco podría hacerlo el que se tome, para la identidad de la persona, el dato objetivo de su fecha y lugar de nacimiento o el nombre de sus padres.

36. Cabe preguntarse, ¿que alguien se sienta más joven de lo que es le autoriza a pedir que se obligue al Reniec a modificar su fecha de nacimiento? Aunque la respuesta es evidentemente negativa, con el argumento de la sentencia en mayoría negar el pedido de cambio de fecha de nacimiento significaría reducir “la naturaleza humana a una mera existencia física”.

V. ¿PUEDE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AFECTAR EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA CON SU DOCTRINA JURISPRUDENCIAL?

37. La sentencia en mayoría argumenta lo siguiente:

(...) a través del establecimiento de doctrina jurisprudencial, se pretendió cerrar definitivamente el debate en torno a la posibilidad de solicitar la modificación del sexo en los documentos de identidad. Esa no es nuestra labor; antes bien, nuestros pronunciamientos, aparte de proteger el programa normativo trazado por la Constitución, también deben permitir que los jueces actúen, de manera general, como custodios de ella. En ese sentido, establecer un contenido pétreo e inamovible de lo que debe entenderse por el derecho a la identidad personal es, antes que fomento, la imposición de una barrera para la labor interpretativa que pueda desplegar la judicatura ordinaria. De este modo, la aprobación de esta doctrina jurisprudencial supuso, en los hechos, el intento de cierre de la labor interpretativa en el Poder Judicial (fundamento 11).

Lo resuelto por este Tribunal, con los fundamentos que anteceden, supone un apartamiento de la doctrina constitucional que se había fijado en la STC 00139-2013-PA/TC. Esto también implica que, a futuro, se encontrará garantizado el derecho de acceso a la justicia de las personas que deseen solicitar la modificación de sus datos en sus documentos de identidad, el cual se había visto irrazonable y desproporionalmente restringido con los criterios desarrollados en el referido pronunciamiento (fundamento 16).

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

zar estos derechos. En efecto, con la superación de la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA/TC, los jueces ya tienen la posibilidad real y efectiva de estimar las solicitudes de cambio de sexo (...) (fundamento 15).

Declarar **FUNDADA** en parte la demanda, al haberse acreditado la afectación del derecho fundamental de acceso a la justicia de la parte recurrente (punto resolutivo N° I).

38. Si lo que dice la sentencia en mayoría en su fundamento 11 es válido, este Tribunal tendría que abdicar de la función que, como supremo intérprete de la Constitución (artículo 1 de su Ley Orgánica), le otorgan los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
39. Si se siguiera el criterio de la sentencia en mayoría, tendría que decirse también que este Tribunal ha puesto una barrera interpretativa a la judicatura ordinaria al establecer, por ejemplo, los requisitos de procedibilidad de la demanda de cumplimiento (cfr. STC 0168-2005-PC/TC) o de la demanda de amparo contra amparo (cfr. STC 4853-2004-PA/TC).
40. Es claro que ejemplos como los citados no pueden ser entendidos como “barrera para la labor interpretativa que pueda desplegar la judicatura ordinaria”, sino como el ejercicio de la competencia que la Constitución y su Ley Orgánica confieren a este Tribunal de ser intérprete supremo de la Constitución y, por tanto, capaz de emitir jurisprudencia vinculante.
41. Pero lo que resulta más sorprendente aún es que la sentencia en mayoría afirme que con el ejercicio de la competencia constitucional de dictar jurisprudencia vinculante, este Tribunal haya afectado el derecho fundamental de acceso a la justicia, al punto de declarar fundada la demanda por vulneración de ese derecho.
42. Afirmar que este Tribunal, en ejercicio de su función constitucional, puede afectar el derecho de acceso a la justicia, trae como consecuencia, ineludible, que proceda el amparo contra las sentencias del Tribunal Constitucional, contraviniendo la abundante jurisprudencia contraria al respecto (cfr. STC 4853-2004-PA/TC, fundamento 39).
43. Al imputar al Tribunal Constitucional la afectación del derecho de acceso a la justicia, la sentencia en mayoría presenta a este Tribunal como vulnerador de derechos constitucionales dentro de un proceso. La ineludible consecuencia constitucional de ello es la procedencia del amparo para la tutela de tales derechos. Semejante idea va en contra de todo lo sostenido por este Tribunal hasta este momento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

VI. SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

44. La sentencia en mayoría argumenta lo siguiente:



este Tribunal advierte que existe una fuerte tendencia de reconocer que existe un *derecho a la identidad de género*, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal. Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como "hombre" o "mujer", es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad. Es importante, por lo demás, mencionar que este mismo criterio ha sido asumido por la Corte IDH en los casos *Karen Atala vs. Chile*, y *Duque vs. Colombia*, en los cuales precisó que la idea de la "identidad de género" encuentra cobijo en el artículo I.1 de la Convención Americana. En un sentido similar, la Organización de Estados Americanos [Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)], también ha instado a los Estados a adoptar las medidas necesarias para combatir la discriminación y cualquier forma de violación de derechos humanos en contra de las personas en razón de este motivo [Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES. 2600 (XL-0/10)]" (fundamento 14; *itálicas añadidas*).

45. Sin embargo, se hace referencia al "derecho a la identidad de género". No obstante, no existe regulación a nivel internacional (en tratado o jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) que obligue al Estado peruano a que, en nombre del supuesto "derecho a la identidad de género", se cambie el sexo en el registro civil. La sentencia en mayoría no cita instrumento alguno sobre el particular que sea vinculante jurídicamente para el Perú.
46. Debe destacarse que los dos casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la sentencia en mayoría cita en su fundamento 14 (y también en el fundamento 8), no fueron de personas que reclamaban el cambio de sexo en los registros civiles de sus Estados, por lo que no son pertinentes para invocarlos en el caso de autos.
47. En efecto, en la sentencia *Atala vs. Chile* (24 de febrero de 2012) se resolvió el caso de una mujer que convivía con una compañera sentimental y reclamaba la custodia de las tres hijas que tuvo con su ex cónyuge, a quien la jurisdicción interna otorgó la custodia en razón de dicha convivencia. Por su parte, en la sentencia *Duque vs. Colombia* (26 de febrero de 2016) se resolvió un caso en el que se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

alegaba exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una “pensión de sobrevivencia” tras la muerte de su pareja, en base a que se trataba de una pareja del mismo sexo.

48. Por lo demás, la imposibilidad constitucional de cambio de sexo en el registro civil en nada impide a una persona “no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como ‘hombre’ o ‘mujer’”, según dice la sentencia en mayoría.

VII. SOBRE LA TUTELA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS TRANSEXUALES

49. La existencia del transexualismo implica una situación particular que a nuestro modo de pensar, sí merece ser garantizada por el Estado, pues el artículo 1 de la Constitución señala como valor supremo del Estado y de la sociedad la defensa y el respeto de la persona, siendo que el inciso 1, del artículo 2 del mismo Texto Constitucional, señala que “Toda persona tiene derecho (...) a su identidad”. Es claro entonces que ningún sector poblacional en el Perú, debe quedar desprotegido por solo presentar características diferentes a un grupo humano numeroso.
50. El presente caso trae ante la jurisdicción constitucional un debate respecto del reconocimiento de derechos de un sector minoritario de la población que, consideramos merece un pronunciamiento importante a fin de avanzar en la tutela de derechos fundamentales a favor de las minorías poblacionales, que en este caso es la población transexual.
51. Teniendo en cuenta que la recurrente se reconoce a sí misma como una transexual (f. 103, 127, 346 y 357) y dado que esta es una condición particular de un grupo poblacional que merece un reconocimiento jurídico, debe reconocérsele como transexual, a fin de permitir la reivindicación de los derechos a los que tiene derecho como tal.

VIII. ¿ES EL PROCESO SUMARÍSIMO LA VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA?

52. La sentencia en mayoría argumenta lo siguiente:

la vía idónea y adecuada será la contenida en el artículo 546.6 del Código Procesal Civil, proceso en el que el juez está facultado a interpretar el derecho a la identidad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

personal de conformidad con las pautas reconocidas en esta sentencia. La elección de este conducto se sustenta tanto en la necesidad de tutelar de manera urgente los derechos involucrados, como en la posibilidad de evitar cualquier clase de dilación por el desarrollo complejo y extendido del proceso (fundamento 17).

53. La sentencia en mayoría señala que la vía idónea para pedir el cambio de sexo en el registro civil es el Proceso Sumarísimo, previsto en el Código Procesal Civil, por la necesidad de tutela urgente, conforme al artículo 546.6 de dicho Código.
54. Sin embargo, ésta sólo encarga al Juez la decisión de autorizar el cambio de sexo en el registro civil, dejando al libre arbitrio de él y del solicitante cómo demostrar la necesidad del cambio registral de sexo, en un sentido muy peligroso para la garantía de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica.
55. Pero además, a nuestro juicio, la sentencia en mayoría se equivoca cuando escoge al Proceso Sumarísimo como la vía igualmente satisfactoria para solicitar el cambio de sexo en el registro civil.
56. En primer lugar, es la ley la que faculta al Juez a decidir si es atendible el empleo de este modelo sumarísimo (artículo 546.6 del Código Procesal Civil). La sentencia en mayoría retira al Juez esta facultad que le confiere la ley, para ordenarle que tramite por esa vía los pedidos de cambio de sexo registral.
57. En segundo lugar, la sentencia en mayoría envía la dilucidación de esta controversia a un proceso de limitada o reducida actividad probatoria y donde, conforme al artículo 552 del Código Procesal Civil, sólo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata, “como sería la prueba documental ordinaria”³. Así, por ejemplo, si un Juez, para obtener convicción de lo solicitado, considerara necesario una pericia, resulta que no podría disponer que ésta se realice, pues “un medio de prueba que no resiste el supuesto de actuación inmediata es la pericia, toda vez que aquí el juez debe designar los peritos, esperar que estos acepten el cargo, realicen la pericia, emitan el dictamen y luego se ratifiquen en la pericia y se proceda al debate pericial si lo hubiere, importando dicha actividad una serie de etapas imposibles de agotarse en un solo acto, de manera inmediata, como requiere la actividad probatoria de las tachas u oposiciones”⁴.

³ Ledesma Narváez, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, t. II, p. 709.

⁴ *Idem*.



58. Por estas consideraciones, opinamos que no se justifica que el Tribunal Constitucional imponga al Juez (soslayando la facultad que éste tiene conforme al artículo 546.6 del Código Procesal Civil) que la controversia sobre el cambio de sexo en el registro civil se dilucide en un Proceso Sumarísimo.

IX. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

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

59. La sentencia en mayoría, en el apartado "Antecedentes", consigna lo siguiente:

la parte recurrente interpone demanda de amparo en contra del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC) y el Ministerio Público, y solicita el cambio de su nombre y sexo en sus documentos nacionales de identificación (Partida de nacimiento y Documento Nacional de Identidad - DNI). Sostiene que, desde su infancia, siempre se ha identificado como una mujer, por lo que la imposibilidad de efectuar dichas modificaciones en los registros afecta los derechos a su libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la salud.

Al efecto, alega que toda su vida ha transcurrido con el nombre de su sexo biológico: Rodolfo Enrique; lo que no ha impedido que se identifique con el sexo femenino (...).

60. De esta descripción de los hechos que hace la sentencia en mayoría y de lo que se aprecia en autos, puede concluirse que los argumentos que da el demandante son de orden psíquico y no somático.
61. El recurrente en ningún momento aduce ser cromosómica, hormonal, gonádica o morfológicamente correspondiente al sexo femenino. El recurrente sustenta el reclamo de cambio de sexo registral en razones exclusivamente de orden *psicológico*, al señalar: "desde el punto de vista psicológico, social y cultural, me siento parte de este género (femenino)" (fojas 113), y que desde su infancia "(se) identificaba como una niña" (fojas 104). Asimismo, refiere que en España tomó contacto con un médico endocrinólogo y una psiquiatra, a los que les expuso "la inconformidad que sentía con (su) cuerpo, que no se identificaba con el sexo biológico que (tuvo) al nacer", y dice: "me comprendieron me dijeron que mi caso era uno más de muchas mujeres transexuales" (fojas 108). Es claro que no *identificarse* con el sexo biológico masculino o *sentirse* del sexo femenino, alude a un asunto psicológico.
62. En el mismo sentido, los informes médicos emitidos en España que obran en autos en ningún caso refieren que el demandante sea intersexual o hermafrodita, sino



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

que padece un trastorno de orden psicológico. Así, en el “Alta Médica”, posterior a la cirugía “de cambio de genitales externos masculinos con vaginoplastia cutánea con piel peneana” (fojas 6), se consigna en el rubro “Diagnóstico”: “TRANS” (fojas 7). Igualmente, el informe de psicología clínica señala que la identificación personal del demandante “no ha sido bien introyectada, se siente mujer y la idea de llegar a serlo plenamente se ha convertido en una obsesión para ella” (fojas 4) y que “la cirugía puede ayudarla a ir equilibrando su vida pero le es muy necesario un tratamiento psicoterapéutico a fin de ir madurando y asimilando su nuevo estado físico” (fojas 5).

63. Queda claro que el demandante no presenta un caso de intersexualidad o hermafroditismo que haya ocasionado un error al momento de registrar su sexo y que, por tanto, éste deba ser rectificado. Es una persona de constitución sexual masculina en la cual no existen características físicas o funcionales de los dos sexos que permitan clasificarla como intersexual y necesitada del discernimiento del sexo predominante, sino que en ella se presenta una especie de falta de coherencia plena entre el sexo biológico, absolutamente masculino, y un sexo psicológico que le condujo a desear el sexo femenino y, en esa línea, a la práctica de la operación quirúrgica y a un tratamiento hormonal. Se trata pues de un transexual, como afirma el propio recurrente: “conviene desde ya señalar que la parte actora del sub-lite es una transexual, quien desde una óptica es varón y desde la otra mujer ya que ni la intervención quirúrgica a la que se sometió ni el pretendido cambio de nombre modifican este estado de hecho en virtud de la inmutabilidad de lo genético” (fojas 127).
64. Consecuentemente, el caso de autos es sustancialmente igual al resuelto de manera desestimatoria en la STC 00139-2013-PA/TC por lo que, aplicando la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en ella, correspondería declarar infundada la demanda en lo que respecta al cambio de sexo en el registro civil, sin embargo, en atención a la incompetencia territorial del juez que conoció la demanda, conforme a las razones expuestas en el apartado I del presente voto singular, la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

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

65. La sentencia en mayoría señala lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO
SALDARRIAGA (ANA ROMERO
SALDARRIAGA)

El Tribunal nota que la parte demandante no ha acudido ni a la vía administrativa ni a la judicial para solicitar el cambio de su nombre y sexo en los documentos de identidad (fundamento 22).

66. Desde la STC 2273-2005-PHC/TC, cuyo criterio fue ratificado en la STC 00139 2013-PA/TC, este Tribunal ha considerado que el pedido de cambio de nombre en el registro civil encuentra amparo en el derecho a la identidad.
67. Coincidimos con la sentencia en mayoría en que el pedido de cambio de nombre debe ventilarse en la vía judicial igualmente satisfactoria, lo que hace **IMPROCEDENTE** este extremo de la demanda de amparo, de conformidad con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.
68. Respecto a cuál es esa vía igualmente satisfactoria, la sentencia en mayoría dice que es el Proceso Sumarísimo, mientras que el demandado señala que el proceso adecuado es el no contencioso de rectificación de partida de nacimiento.
69. A nuestro juicio, el Tribunal Constitucional no debería señalar al Juez civil en qué proceso debe sustanciarse el pedido de cambio de nombre, sino dejar a su criterio qué proceso emplear, conforme a la facultad que le confiere el Código Procesal Civil.
70. Por estas consideraciones, nuestro voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en todos sus extremos y **MANTENER** la sólida doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA/TC.

S.

~~URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA~~

Lo que certifico:


JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL