

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional
en el Expediente N° 06040-2015-AA: Caso Ana Romero

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogada

Autora:

Marisol Edith Gonzales Usquiano

Asesor(es):

Gorki Yuri Gonzales Mantilla

Lima, 2022

Dedicatoria

Dedico este trabajo a todas las marikas, las cabras, las mujeres y en especial para les trans, que cada día interponen su propia vida en la lucha por el reconocimiento de sus derechos. Le dedico esto a ellos, porque desde mi privilegio como mujer cis, lo mínimo que puedo hacer es reparar desde mi tribuna el daño que la cisheteronormativa les ha hecho. Para que ser, hacer y amar no sean motivo jamás de muerte, exclusión y censura. ¡Ni un minuto de silencio, toda una vida de lucha!



Agradecimientos

Con el alma le agradezco a Megu, Margot, Mar, Roxane, Warnittion de Ricotta y Bas.



1. Resumen:

El presente trabajo aborda el análisis crítico del caso de Ana Romero a través de la sentencia del Exp. N° 06040-2015-AA, el cual surge del problema sobre el reconocimiento del derecho a la identidad para el caso de las personas trans. Dado que en el Perú el cambio de sexo y nombre se ha hecho efectivo a través de la vía judicial, es que se propone un análisis de los fundamentos resolutivos esbozados por el Tribunal Constitucional peruano.

En ese sentido es que se evidenciará la contradicción entre dichos fundamentos y la construcción argumentativa del Tribunal, que terminó alejándose de una decisión más garantista y optó por escoger una más conservadora del proceso.

Así mismo se plasmará la crítica sobre la idoneidad de vías igualmente satisfactorias, señalada por el Tribunal y la vinculación intrínseca entre la Administración Pública y la justicia constitucional, en el papel activo de protección de derechos fundamentales; que como veremos la RENIEC pretende desconocer.

Es por todo ello, que se propone la Ley de Identidad Trans como la herramienta necesaria para pensar la idoneidad y la protección del derecho alegado por la recurrente, a la luz de la experiencia comparada en Chile, Argentina, Bolivia y Uruguay.

Abstract

This paper addresses the critical analysis of Ana Romero's case through the judgment of Exp. No. 06040-2015-AA, which arises from the problem of the recognition of the right to identity in the case of trans people. Given that in Peru the change of sex and name has been made effective through the judicial process, an analysis of the resolute grounds outlined by the Peruvian Constitutional Court is proposed.

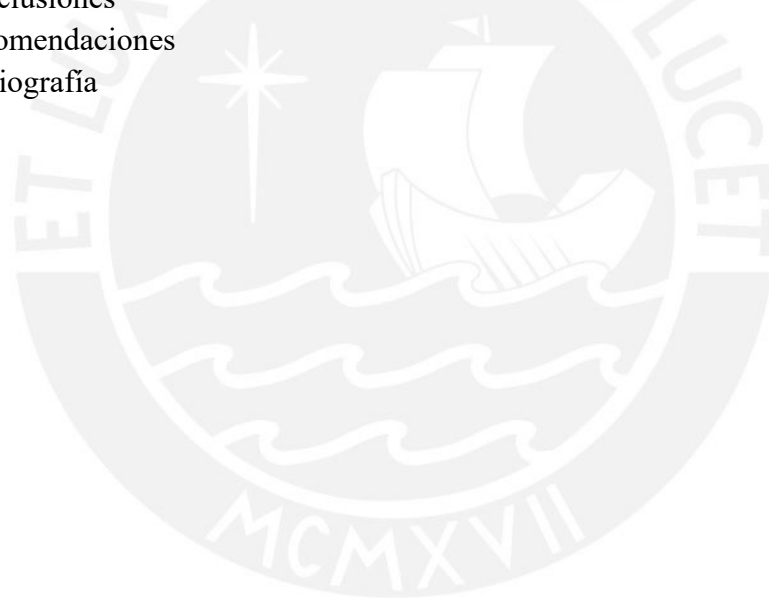
In this sense, the contradiction between these grounds and the argumentative construction of the Court will be shown, which ended up moving away from a more guaranteeing decision and opted to choose a more conservative one in the process.

Likewise, the criticism of the suitability of equally satisfactory ways, indicated by the Court and the intrinsic link between the Public Administration and constitutional justice, in the active role of protection of fundamental rights, will be reflected; which, as we will see, RENIEC intends to ignore.

For all these reasons, the Trans Identity Law is proposed as the necessary tool to consider the suitability and protection of the right alleged by the appellant, in light of the comparative experience in Chile, Argentina, Bolivia and Uruguay.

2. Índice de contenido:

1. Introducción	(1)
2. Justificación	(1)
3. Antecedentes y hechos del caso	(2)
4. Problemas Jurídicos	(6)
5. Identidad desprotegida: el Activismo Judicial Dialógico como herramienta de protección de los derechos fundamentales en Latinoamérica	(7)
6. “Vía idónea” y la sede Administrativa para la tutela de derechos en el caso de Ana Romero	
6.1. Perspectiva crítica en torno al concepto de idoneidad	(11)
6.2. Ley de identidad trans: Implicancias del caso de Chile, Bolivia, Argentina y Uruguay en la adecuada protección de Ana Romero	(16)
6.3. Justicia Constitucional en sede Administrativa	(23)
7. Conclusiones	(28)
8. Recomendaciones	(28)
9. Bibliografía	(30)



1. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas se abordará el problema del derecho a la identidad de las personas trans circunscrito al proceso de cambio de sexo de Ana Romero. El principal aporte del presente trabajo, parte de la perspectiva crítica acerca del activismo judicial, el establecimiento de una verdadera vía idónea, sobre la base de la promulgación necesaria de una Ley de Identidad Trans y la justicia constitucional en la sede administrativa.

Como método empleado se ha recurrido al estudio interdisciplinario, haciendo empleo de fuentes provenientes de la filosofía del derecho, las ciencias sociales y la discusión en torno a la constitucionalización del Derecho.

La división de la estructura de esta investigación contiene dos segmentos principales. El primer capítulo muestra la importancia de aceptar el activismo judicial dialógico, no como un peligro para la democracia y la seguridad jurídica, si no como una herramienta constitucional para la adecuada protección de derechos fundamentales; en contextos donde las personas trans han sido histórica y sistemáticamente violentadas

El segundo capítulo aborda dos aspectos importantes. El primero de ellos, relacionado a determinar si la idea de vía idónea igualmente satisfactoria, realmente se condice con la protección de derecho a la identidad de Ana Romero. Para ello, se propone un estudio comparado en los países de Chile, Argentina, Bolivia y Uruguay, de donde se extraerá la propuesta de la Ley de Identidad Trans como la verdadera vía idónea en materia de protección del derecho a la identidad en el presente caso.

Finalmente, se abordará la idea de justicia constitucional en sede administrativa, resaltando el vínculo de complementariedad que existe entre ambos conceptos y que se verá plasmado en la demanda de acciones positivas por parte de RENIEC.

2. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo se justifica ante la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico, de un mecanismo suficiente y eficaz para la protección del derecho a la identidad y otros derechos conexos hacia las personas trans. La elección de esta sentencia, se encuentra referida al empleo del activismo judicial dialógico en contextos latinoamericanos, donde existe profunda desidia política en materia de derechos sociales. Ello hace necesaria una respuesta más garantista en la protección de derechos fundamentales por parte de los Tribunales Constitucionales.

La respuesta emitida en el desarrollo del presente caso, por parte del Tribunal Constitucional peruano, pone en evidencia el poco empleo de los recursos interpretativos y procesales que facultan al mismo a realizar exhortaciones a otras entidades públicas. La resolución del presente caso, genera una respuesta ambigua y en algún sentido contradictoria, respecto a la pretensión ansiada por la recurrente, Ana Romero, de poder realizar el cambio de su nombre y sexo en su documento nacional de identidad.

3. ANTECEDENTES Y HECHOS DEL CASO

La primera sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en materia del derecho a la identidad en personas trans, fue la recaída en el Exp. N.º 2273-2005-PHC/TC del 2006, tras una demanda de Hábeas Corpus a favor de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, a quien la RENIEC le había denegado por 4 años el otorgamiento de un duplicado de DNI con los nombres que fueron reconocidos mediante sentencia judicial.

Este proceso se remonta a la demanda interpuesta en 1989, para la rectificación de nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas a Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, tal como consta en el Acta de Nacimiento emitida por el Jefe del Registro Civil del Distrito de Guadalupe, departamento de La Libertad. En ese momento, se le entregó un DNI con los nombres rectificadas, pero este documento se le extravió y da inició a una disputa con la RENIEC, que se negó a emitir dicho duplicado.

En paralelo, con fecha 24 de mayo del 2000, se canceló la segunda inscripción y registro de la parte actora en aplicación del artículo 67º, inciso 4) de la Ley N° 14207- depuración de las inscripciones múltiples- a fin de evitar la multiplicidad de éstas. El Procurador Público de la RENIEC se apersonó al proceso y manifestó que la parte demandante “*ostenta una trayectoria pretensora de doble identidad sexual, como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas y como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas*”, haciendo una pormenorizada explicación sobre todas las inscripciones obtenidas por la parte accionante.

El Tribunal Constitucional en sus fundamentos señala una serie de problemas colaterales relacionados a la dignidad, el derecho a la identidad y el papel del documento nacional de identidad, en donde se refiere a ambos derechos como fundamentales, siendo el DNI, el que permite la materialización del derecho a la identidad por un lado; y como un requisito para

ejercer derechos civiles y políticos, en donde se consigna el nombre, estado civil, dirección y el sexo asignado al momento de su nacimiento.

Así mismo a pesar que consideró que la depuración efectuada por la RENIEC es legal, y solo la primera inscripción conservará su validez, en este caso la demandante posee una sentencia judicial que ha obtenido el carácter de cosa juzgada y que ha permitido la modificación de los nombres consignados en su partida de nacimiento. De esta forma se mantiene la regla general sobre que el nombre que figura en DNI es inmodificable; y que este caso constituiría una excepción, en donde lo único que ha variado es el nombre a “Karen Mañuca”. Posteriormente declara fundada su pretensión, ordenando se le entregue dicho duplicado, pero manteniendo intangibles los demás elementos de su identidad como edad, sexo y lugar de nacimiento.

Un segundo pronunciamiento al respecto del tema tiene lugar el 18 de marzo de 2014 mediante el Expediente N.º 0139-2013-AA, el cual se circunscribe a la demanda de amparo contra RENIEC por parte de P.E.M.M para que se efectúe el cambio de sexo en el DNI. Para el mismo, la persona demandante adjuntó una serie de documentos, así como la acreditación de una cirugía de reasignación de sexo realizada en España, adicionando la constancia, de que a través de un proceso en el Juzgado Civil de San Martín obtuvo un cambio de nombre de masculino a femenino inscrito con anotación marginal en su partida de nacimiento.

En sus fundamentos el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la supuesta vulneración al derecho a la identidad que reclamaba la recurrente, en ese sentido señaló que:

- Que el DNI es el documento que permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, siendo el sexo parte de la identidad de una persona.
- Para el Derecho el sexo proviene de lo biológico, cromosómico o genético y que esta realidad responde a un aspecto biológico y debe ser respetado en razón a la “naturaleza de las cosas”.
- Esta diferenciación de sexos (masculino y femenino), son una realidad biológica indisponible, y que esta teoría de la indisponibilidad del sexo como un elemento de la identidad, ha sido señalado en el caso de Karen Mañuca en donde se ordenó el cambio de nombre, pero manteniendo la intangibilidad de los demás elementos identitarios entre ellos el sexo.

- La única excepción de cambio de sexo en el DNI puede efectuarse tratándose de personas intersexuales o hermafroditas, en tanto estas presentan un desajuste biológico proveniente de la propia biología.
- En el presente caso a consideración del Tribunal la petición de P.E.M.M proviene de una razón psicológica ya que señala, no identificarse con el sexo masculino con el que se encuentra inscrito, la cual corresponde a una patología. Cita así mismo a la Organización Mundial de la Salud que clasifica el transexualismo con el que fue diagnosticada como un trastorno de la personalidad y el comportamiento.
- Respecto a la cirugía de reasignación de sexo adjuntada como prueba, señala que la misma solo recrea una aproximación a los genitales femeninos y que en ningún caso se relaciona a la morfología interna o al componente genético.
- El Tribunal señala que no existe una certeza científica que avale que la cirugía de reasignación sea el tratamiento más eficaz para el transexualismo, y que el Derecho no puede alejarse de la realidad científica.

Finalmente desestima la pretensión de la recurrente, declarándola infundada y alegando que de admitir la presente demanda traería como consecuencia que una persona pueda cambiar a su voluntad, su sexo en los registros y significaría aceptar el matrimonio del mismo sexo, ya que un transexual operado sigue teniendo el mismo sexo cromosómico. Estas consideraciones, a su vez les conminarían a tener que señalar por ejemplo, cuál sería la edad mínima para pedir un cambio de sexo, si la intervención quirúrgica debe ser autorizada por un juez, si dicho cambio de sexo requeriría autorización judicial o sólo podría realizarse por vía administrativa. Señalaron además que podrían darse casos de defraudación a terceros, la existencia de dos madres sobre un menor que carecería de la imagen paterna, entre otras.

Una vez emitida la anterior sentencia, que tuvo carácter de doctrina jurisprudencial, pasaron 2 años para que Tribunal Constitucional admitiera a trámite algún proceso sobre cambio de sexo. Ello se dio a través del expediente N. o. 06040-2015-AA, cuya sentencia data del 21 de octubre de 2016 y sobre el cual versa el presente informe: Ana Romero Saldarriaga.

Este caso se desarrolló en el contexto de un recurso de Agravio Constitucional interpuesto por Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga, quien se identifica como Ana Romero Saldarriaga, contra la resolución expedida en fecha 7 de agosto de 2015 por la Sala Mixta Descentralizada 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.

El 15 junio de 2012 Ana Romero, interpone un amparo contra la RENIEC, para que se proceda con el cambio de nombre y sexo en su DNI, siendo que el 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 12 de agosto de 2014 el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, 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. Mientras que el 25 de septiembre de 2014 el RENIEC interpone recurso de apelación alegando que existe una vía igualmente satisfactoria y no procedería el amparo.

Finalmente, el 7 de agosto de 2015, La Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, revocó dicha sentencia y es dicha resolución la que da inicio al presente proceso. La recurrente a lo largo de todo este proceso señaló que se había sometido a un proceso hormonal y de intervención quirúrgica colocándose implantes mamarios y realizándose una vaginoplastia (cirugía de reasignación genital).

Este Tribunal consideró que era necesario cambiar los fundamentos instaurados en la sentencia 0139-2013-PA, señalando que 1) no debería entenderse el transexualismo como una enfermedad o patología y 2) que, en determinados casos, el juez haciendo uso de su capacidad interpretativa deberá reconocer el cambio de sexo a fin de asegurar el derecho a la identidad de las personas trans.

En dicha resolución toma referencia a organismos que trabajan dentro de la OMS que en la actualidad buscan alejarse de la idea de patologizar el transexualismo, así como los alcances establecidos por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, organismos internacionales, Naciones Unidas y el Alto Comisionado, que señalan que el género se encuentra en un espacio de protección por parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Señaló además

que el sexo no debería entenderse únicamente desde lo genital, pues se estaría recurriendo a un determinismo biológico, que reduciría al ser humano a una naturaleza únicamente física, cuando en realidad debería entenderse que el sexo es también una construcción y debe comprenderse dentro de realidades sociales, culturales e interpersonales que se experimentan a lo largo de la vida humana.

Por otro lado, con el apartamiento de ese precedente, ya no habrá impedimento jurisprudencial para que los órganos judiciales tutelen el derecho a la identidad, por lo que los procesos sobre cambio de sexo deberán ser tramitados por vía sumarísima y aquellos procesos de amparo deberán reconducirse a esa vía, señalando que el artículo 546.6 del Código Procesal Civil sería bajo el cual el juez debe interpretar el derecho a la identidad personal.

Hizo referencia, además, al carácter residual del amparo y la acumulación de pretensiones de cambio de nombre, sustancialmente distinto a la rectificación del mismo; junto con la pretensión sobre el cambio de sexo que serán discutidos a través de la vía ordinaria.

Es por ello que, el Tribunal declaró fundada la demanda al haber acreditado una afectación al derecho al acceso a la justicia por parte de la recurrente, así como el apartamiento a la doctrina jurisprudencial instaurada a través de la sentencia del Expediente N.º 0139-2013-AA; sin embargo, declaró improcedente el cambio de sexo y nombre mediante esa vía, dejando abierta la posibilidad para que sea tramitado por la vía correspondiente.

4. PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO

Problema principal: La falta de acciones concretas y eficaces en el marco de las potestades del Tribunal Constitucional para la protección del derecho a la identidad de las personas trans.

Premisa 1: El tribunal Constitucional en el uso de sus potestades, tenía la facultad de ordenar la inscripción y cambio de sexo y nombre en el DNI de Ana Romero.

Premisa 2: Existe una demanda social de activismo judicial fuerte, a través de sentencias exhortativas hacia los poderes públicos y el desarrollo de políticas públicas en materia de reconocimiento de la identidad de las personas trans.

Problema secundario 1: Ineficiencia en la construcción de vías procesales idóneas

Premisa 1: El desarrollo de un proceso en la vía ordinaria, aunque sea sumarísimo, implica una barrera de acceso a la justicia y el reconocimiento de los derechos a la identidad por parte de Ana Romero.

Premisa 2: Inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de una Ley de Identidad Trans.

Problema secundario 2: El papel obstruccionista de la RENIEC para el logro del derecho a la identidad de Ana Romero

Premisa 1: Existe una deficiente vinculación entre la sede administrativa y la justicia constitucional en la protección de derechos fundamentales

Premisa 2: El papel de la administración pública en defensa de los intereses del Estado y en contra de los derechos de las personas.

5. IDENTIDAD DESPROTEGIDA: EL ACTIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO COMO HERRAMIENTA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMERICA

La sentencia sobre el Caso de Ana Romero, analizada en el presente informe, nos permite introducir ciertas temáticas abordadas desde el desarrollo constitucional y la presencia de Tribunales Constitucionales como entes de protección de derechos fundamentales y el aseguramiento de la supremacía de la constitución. En ese sentido, a través de una sentencia constitucional se reconocen, protegen y aseguran los mismos, por lo que la intervención directa y eficaz es un aspecto importante en contenidos relacionados a esta naturaleza.

Partiendo de esta premisa es que tiene sentido darle una mirada crítica a la intervención que el Tribunal Constitucional Peruano tuvo en el caso de Ana Romero, teniendo en cuenta además los antecedentes históricos de desprotección o protección parcial del derecho a la identidad de las personas trans; para a partir de ello, analizar la crítica que existe al mal llamado “activismo judicial” teniendo en cuenta las características de Latinoamérica y el caso materia de análisis.

Para ello, es importante señalar que la idea de activismo jurídico clásico no suponía un mayor diálogo entre las instituciones del Estado y la ciudadanía, se agotaba a través del empleo de herramientas de argumentación e interpretación, constituyéndose como una instancia final de

decisión (Timm, 2017,p.84). Esto se ha visto traducido en sentencias emblemáticas como *Brown v. Board of Education*, de 1954 que se pronunció sobre la segregación racial en las escuelas; y *Roe v. Wade* en 1973, que permitió la interrupción del embarazo hasta los 3 meses siguientes y a las que siempre se recurre cuando se quiere hablar del surgimiento de dicho concepto.

Atienza (2018) ha señalado que existe una disputa en el concepto original sobre el activismo judicial, sin embargo, en Estado Unidos, si existe un acuerdo en su origen que se remonta al siglo XIX con el caso *Lochner* de 1905, y que pone en evidencia el uso de técnicas de ponderación de la decisión de un caso que va más allá de lo que el derecho positivo establece. (p.1-2)

En estos casos el concepto de activismo judicial, se alude a la acción de los jueces de ir más allá de lo jurídicamente explícito, a través de técnicas constitucionales para darle una solución al caso concreto, buscando un impacto a nivel general. Al ser este un campo percibido como gris, en el que se está aplicando derecho, pero además el ámbito de discrecionalidad es mucho más amplio, se ha sostenido desde diversos autores concebir a esta herramienta como una intervención arbitraria por parte de los jueces y peligrosa para la construcción democrática del estado. (Lozada, 2018, p. 2-3)

Es una realidad señalar, que al existir un ámbito de mayor poder y decisión por el aparato judicial y que se reserve la decisión en última instancia a una corte de vértice como el Tribunal Constitucional, puede ser percibido en relación a otros poderes estatales, como una conducta que termina no sólo desafiando el ejercicio de determinadas potestades, sino además ejerciendo un control y una actuación que en muchos casos podría confundirse con la tenue línea con que se marca la separación clásica de poderes y potestades para los aparatos de gobierno.

Sin embargo, esta descripción de la realidad no necesariamente debe cargarse con una idea negativa del accionar de los jueces constitucionales, teniendo en cuenta además que, en estados como los latinoamericanos, las desigualdades, inacción política y barreras estructurales son una característica que amerita una toma de acción material.

Surge en ese contexto la necesidad del desarrollo de un activismo judicial alejado de lo clásico y orientado a un concepto dialógico, entendido como la acción *“impulsada por los tribunales de justicia y por la sociedad civil, busca generar diálogos democráticos que conduzcan a decisiones judiciales, y a sus respectivos procesos de ejecución, que contribuyan a generar los*

cambios sociales necesarios para poner fin a vulneraciones de derechos fundamentales propias de los conflictos graves y estructurales que se padecen en los países en los que este se ha desarrollado". (Timm, 2017, p. 23)

La intervención que puede darse desde el ámbito decisorio del juez constitucional, sin lugar a dudas, va a requerir de una argumentación jurídica para elaborar su justificación al emplearlo. Tal como ha señalado Kennedy (1999), en muchos casos nos empuja a observar cómo es que la ley está actuando, si en el caso concreto está protegiendo o limitando, establecer la diferencia entre lo que la ley ordena y la sentencia hacia la que el juez quiere llegar, cuya acción, desde la crítica hacia el activismo puede verse como arbitrario. (p. 130)

Ante esto cabe preguntarnos, ¿es el activismo judicial dialógico perjudicial para las democracias? ¿Es ilegal o inconstitucional el empleo de esta técnica para proteger derechos fundamentales? La respuesta a estas preguntas se podría observar como una forma en la que los jueces se hacen con el poder y discuten en una minoría, que en el caso peruano es de 7 personas, decisiones que tienen que ver con la estructura y el funcionamiento del ordenamiento, sin embargo aquellos casos en los que se ha acusado a los tribunales constitucionales de hacer activismo, son aquellos en donde se ha buscado dar una protección eficaz a ciertos derechos fundamentales, vinculados a una inactividad por parte del aparato legislativo o ejecutivo.

A pesar que el activismo judicial podría ser utilizado para menoscabar derechos fundamentales, no se puede sostener ni jurídica ni moralmente, que por sí mismo sea una herramienta negativa de la acción judicial en sede constitucional. Precisamente la función de las Cortes Constitucionales es la de proteger derechos, y el uso del activismo de corte dialógico no estaría haciendo otra cosa que cumplir con dicha disposición constitucional.

Probablemente lo que se esconde detrás de las críticas más clásicas, está pensada en estados en donde cada aparato estatal tiene una funcionalidad acorde con la demanda constitucional de derechos, sin embargo, repensado en contextos latinoamericanos, la leyes e incluso la Constitución ha atravesado procesos de desarrollo desde perspectivas eurocéntricas, y que además en el caso de la segunda, contiene una indeterminación lingüística compleja.

En el caso materia de análisis, el derecho a la identidad es un derecho fundamental contemplado en la constitución, sin embargo, la efectividad del mismo encuentra una serie de barreras para su satisfacción.

Es entonces que, el Tribunal Constitucional, se pronuncia sobre la vulneración que habría tenido Ana Romero del acceso a la justicia y además cambia de doctrina jurisprudencial. Propone alejarse del determinismo biológico y la construcción del género a través de este; sin embargo, en la parte resolutive, podemos advertir, que no señala como ámbito de protección de la sentencia, el derecho a la identidad de la recurrente, y tampoco realiza algún tipo de exhortación o pone en ejecución mecanismos estructurales de acciones por parte del órgano legislativo, o administrativo.

Nuestro Tribunal Constitucional, tiene como ámbito de acción principalmente la protección de derechos fundamentales, y por la tanto asegurar su eficacia, ¿ por qué entonces, no exhortó al legislativo a regular una ley de identidad trans, o a la RENIEC a inscribir el cambio de sexo y nombre que alegó la recurrente?, por el contrario el Tribunal dejó abierta la posibilidad de que nuevamente Ana Romero se enfrente a un proceso judicial, únicamente porque en sus fundamentos desarrollaron la existencia de una “vía idónea igualmente satisfactoria”. ¿Acaso el Tribunal Constitucional no podía concretar una acción material positiva, para asegurar la vigencia del derecho a identidad de la recurrente?

Pensemos en el caso paradigmático, que representa la sentencia sobre el matrimonio igualitario por parte de la Corte Constitucional de Colombia, en este caso, la Corte Colombiana hace un uso pragmático al señalar que lo que contenía la Constitución era una declaración expresa de matrimonio para parejas heterosexuales, pero que no debería entenderse como una prohibición para parejas del mismo sexo. Así mismo, le otorga un plazo mayor a 5 años al órgano legislativo para que se pronuncie al respecto, otorgando mayor legitimidad a su ámbito de aplicación, al reconocer principios como el de deferencia al legislador y democracia para reforzar su argumento. (Ancí, 2022, p. 18-19)

La respuesta dada por esta Corte, podría entenderse como la representación de un activismo judicial fuerte, pero además dialógico, en tanto involucra a los poderes del estado a emitir un pronunciamiento sobre un aspecto que le concierne. Precisamente, dado que el poder legislativo no se pronunció, fue la propia Corte, la que estableció canales de acción específico; como homologar el matrimonio y extenderlo a personas del mismo sexo, así como las implicancias a nivel de registros. Dicha actividad, pudo ser replicada en el caso de Ana Romero, pues el Tribunal Constitucional como ya he señalado tiene esa potestad en base a principios constitucionales como el pro persona y autonomía procesal.

Al respecto, me gustaría precisar, que lo aquí señalado no significa que el Tribunal Constitucional goce una suerte de poder ilimitado para todos los casos, pero es útil distinguir entre aquellos casos que se enmarcan dentro de una estructura normativa y social que no los protege y aquellos que tienen contenidos más desarrollados. El caso de las personas trans, en el que se inserta la recurrente, acarrea una serie de barreras al acceso de otros derechos conexos y sobre los cuales es deber principal del Tribunal proteger y asegurar; no puede hablarse de hacer primar la Constitución, si materialmente no es asegurada su eficacia.

6. “VÍA IDÓNEA” Y SEDE ADMINISTRATIVA PARA LA TUTELA DE DERECHOS EN EL CASO DE ANA ROMERO

6.1 Perspectiva crítica en torno al concepto de idoneidad

Un aspecto en el que el Tribunal Constitucional entra a tallar, es la fijación de una vía idónea o igualmente satisfactoria para tutelar el cambio de sexo y nombre. En este apartado haré referencia principalmente al cambio de sexo, cuya fundamentación se encuentra recogida en los apartados N°26 al 28 de la sentencia. En ellos señala que con la anterior doctrina jurisprudencial (STC 0139- 2013-PA/TC), no podía sostenerse que existiera una vía que tutelara el cambio de sexo en DNI. Ello debido a que, en base a esa sentencia, los órganos jurisdiccionales interpretaron que no existía sustento constitucional en el cambio de sexo y el derecho a la identidad de personas trans.

En ese sentido, el Tribunal señala que con esta nueva sentencia, no hay razón alguna para que dicho derecho no sea tutelado y que la “vía idónea” que satisfaría el mismo sería el proceso judicial ordinario en los parámetros del artículo 546.6 del Código Procesal Civil, en tanto es de aplicación en procesos 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"*. Concluye que dé así requerirlo la recurrente podría acudir a dicho proceso que cuenta con una mayor actividad probatoria.

Una vez expuesto ello, cabe formular algunas interrogantes en respuesta a la fundamentación emitida por el tribunal. La posibilidad abierta de dicha fundamentación, que por un lado, sugiere que la recurrente puede recurrir a una vía judicial “idónea”; y por otro, no pronunciarse

en la propia sentencia sobre el cambio de sexo solicitado, ¿convierte este análisis de idoneidad en una barrera de la tutela de derechos? ¿Esta solución es idónea para quién? y sobre todo ¿es el proceso judicial ordinario y los requerimientos probatorios una forma adecuada de tutelar el derecho a la identidad de Ana Romero?

Para esbozar algunas respuestas, es necesario primero entender cómo se ha construido el concepto tradicional de idoneidad a la luz de los procesos constitucionales y la tutela de derechos fundamentales.

Por un lado, la idoneidad se ha construido como un subprincipio parte de la herramienta constitucional de ponderación, entendida como una relación de medios y fines en donde se evalúa si la adopción de una medida específica conlleva al logro de algún fin constitucionalmente protegido (*Colegio de abogados del Cono Norte de Lima c. Consejo Nacional de la Magistratura, 2005*). Esto supone pensar la idoneidad en términos de lo adecuado, o útil para el logro de algún objetivo, como veremos más adelante sería el de tutelar el derecho a la identidad de una persona trans.

Robert Alexy (2011), ha recogido la idea de idoneidad, desde la siguiente formulación:

“Si el medio M no es idóneo para lograr la realización u obtención del principio P1 y sin embargo obstruye la realización de P2, entonces no perjudicará ni a P1 ni a P2 el hecho de que M sea omitido, aunque sí existirían perjuicios para P2 si M es adoptado. Por lo tanto, P1 y P2 en conjunto alcanzarán su mayor grado de realización respecto de lo fácticamente posible si M es dejado de lado. P1 y P2 tomados en conjunto, proscriben el uso del medio M.”(p. 13)

Esta formulación responde a la idea de que *“una posición puede ser mejorada sin que otra empeore”* (Alexy, 2011, pp.13). Esto quiere decir que, la asignación de una vía idónea igualmente satisfactoria al proceso judicial ordinario, no está contemplado algunas aristas que detallaremos más adelante; y que trae como resultado una ineficaz protección al derecho a la identidad de Ana Romero.

Antes de entrar a tallar en los aspectos críticos a la idea de idoneidad planteada por el tribunal constitucional, cabe decir que el precedente aquí empleado es el de Elgo Ríos (*Elgo Ríos Nuñez,*

2015), bajo el cual se encontrará satisfecha dicha vía en tanto cumpla de forma conjunta los siguientes requisitos:

- 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.

Como quedará demostrado a continuación ninguno de los requisitos establecidos por dicho precedente obtendrá cumplimiento en situaciones como las de Ana Romero, por las especiales características y la discriminación estructural que sufren las personas trans.

Primero, cabe señalar que los derechos fundamentales son “mandatos de optimización”, es decir “*son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas*” (Alexy, 2003, pp. 8). Esto quiere decir, que el derecho a la identidad al ser considerado uno de característica fundamental para el desarrollo en dignidad de la persona humana, demarca la realización de acciones positivas por parte de quien está obligado a preservarlo; el Estado, de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas que de este derecho se desprende.

Desde un enfoque de capacidades, tal como señala Martha Nussbaum (2006), estos derechos definen el deber del Estado de lograr su mayor grado de satisfacción, como verdadera representación y aseguramiento mínimo del respeto por la dignidad de las personas. Esta idea de mínimo social necesario para el desarrollo de las personas, se rige desde esta teoría, como las diversas posibilidades de acción que tiene una persona y la posibilidad de llevar a cabo el desarrollo de su vida de acuerdo a una idea de dignidad. (Pp.274-275)

A través de este enfoque que busca asegurar la libertad, nace una serie de bienes mínimos que deben ser garantizados. Ello en términos de justicia social, supone la posibilidad de que las personas podamos tener un campo de acción con la mayor cantidad de posibilidades para satisfacer nuestra existencia, y la construcción de un “*umbral para cada capacidad*” (Nussbaum, 2006, pp.288-289), debajo de la cual no sea posible pensar en las personas como fines y no como meros instrumentos.

Si establecemos entonces el derecho a la identidad de las personas, de forma universal y extensible a cualquier persona por el mero hecho de serlo, estaríamos trazando este umbral sobre aquel derecho y trayendo como resultado una capacidad, que, en el caso de Ana Romero, no estaría siendo efectivizada. Esto en tanto hay una serie de condiciones morales específicas que han trazado la idea de identidad desde la asignación biológica del sexo.

Teniendo en cuenta cómo este derecho a la identidad, pensado como una capacidad básica que satisfaga la dignidad humana, tiene el elemento biologicista como uno de desarrollo del mismo, va a demandar que quienes somos, está marcado por nuestra composición física, genital y cromosómica asignada al nacer. Este elemento que ha dotado de contenido el derecho a la identidad nos reconduce entonces, a la pregunta esbozada líneas arriba, ¿para quién es idónea la vía igualmente satisfactoria? La respuesta a la luz de estos elementos, sería para el sistema jurídico normativo, que va a seguir cumpliendo una serie de parámetros establecidos para el proceso de amparo, pero pensados en una lógica únicamente de economía procesal y celeridad. No se está tomando en cuenta que la idea de plantear la vía judicial ordinaria, sea o no sumarísima, asienta una barrera de discriminación estructural hacia las personas trans y que se aleja de suponer una vía idónea en los parámetros de satisfacción del derecho a la identidad alegado.

Así mismo, si a estas características se le añaden otras variables identitarias dentro de un sistema cisheteronormativo, que oprime aquello que se aleja de lo femenino y masculino biológicamente hablando, tendríamos como resultado la necesidad de esbozar la medida idónea desde una acción afirmativa por parte del Tribunal Constitucional, no la regresión a otra vía de la recurrente luego de haber transcurrido casi 4 años litigando.

La comprensión aislada, del proceso constitucional y el conservadurismo del Tribunal, traen como resultado una “revictimización”, desde la sociedad, pero también desde el Estado y sus aparatos judiciales. En tanto el Tribunal, goza de las prerrogativas de realizar una suerte de activismo dialógico, en concordancia con su función primigenia de tutela de derechos fundamentales, tiene el deber de buscar la solución más acorde con el derecho fundamental y no más acorde con el sistema político o jurídico.

A simple vista la aplicación del precedente que establece una vía igualmente satisfactoria podría derivar en pensar que el principio de seguridad jurídica y celeridad procesal estarían

siendo asegurados; sin embargo, desde una mirada crítica a esos propios precedentes, el contexto en el que estuvieron pensados no toma en cuenta las situaciones fácticas y constitucionales que asisten a las personas trans.

En ese sentido en aplicación de la formulación realizada por Alexy tendríamos que:

(M) empleo de precedentes vinculantes sobre la satisfacción de vías igualmente satisfactorias

(P1) Seguridad jurídica

(P2) tutela del derecho a la identidad de una persona trans

El empleo de precedentes vinculantes sobre la satisfacción de vías igualmente satisfactorias, que han determinado como dicha vía al proceso judicial ordinario con exigencias probatorias, no va satisfacer la condición de seguridad jurídica, en tanto ello ha sido contemplado para procesos judiciales que, aunque no tengan una vía diferenciada suponen el reconocimiento de derechos explícitamente reconocidos para poblaciones específicas.

De acuerdo a un principio de realidad y experiencia previa, no es verdad, que con un proceso de dicha naturaleza se encuentre asegurada la tutela del derecho a la identidad de una persona trans. Primero porque se está desconociendo el factor de identidad de género que no siempre se encuentra asociado a una intervención quirúrgica de adecuación de genitales, lo cual se ve evidenciado en el uso de la terminología por parte del tribunal al hablar de transexuales y no personas trans.

Segundo, dentro de un proceso judicial, podría darse el caso en que la RENIEC como usualmente procede en base a su principio de legalidad, presente algún recurso de apelación u otro recurso que dilate más dicho reconocimiento.

Tercero, más allá que la vía judicial sea sumarísima o no, desprende un detrimento económico, que nos sugiere el desconocimiento sobre la situación de precariedad económica en la que muchas personas trans se encuentran conforme han arrojado diversos estudios¹.

¹ Defensoría del Pueblo a través del Informe de Adjuntía N°007-2018-DP-/ADHPD, arrojó que un 62.2% de mujeres trans se dedican al trabajo sexual debido a la falta de oportunidades de empleo.

De esta manera, no se puede hacer una extrapolación generalizada del concepto de idoneidad a todos los contextos. No podemos sostener que hablar de idoneidad, en el sentido de garantizar la mayor optimización de los derechos fundamentales, va a suponer lo mismo en el contexto de Lima que en el contexto de una comunidad amazónica o andina; mucho menos va a suponer lo mismo para la población de personas trans que para una población de personas cisgénero.

Las mujeres, niños, niñas, personas de la tercera edad y personas de la comunidad LGTBIQ han sido reconocidas como población en especial protección². Esto supone reconocer que las características específicas de esa población requieren ajustes razonables sobre todo en la argumentación vertida por el Tribunal Constitucional peruano.

Como sugeriré más adelante, una verdadera vía idónea supondría la elaboración de una Ley de Identidad Trans, aspecto que el tribunal no consideró ni exhortó a las autoridades correspondientes con la emisión de esta sentencia. Desde un enfoque de justicia social y capacidades, el mínimo básico para el derecho a la identidad de personas trans, no ha sido superado ni asegurado, por lo que en los parámetros de Nussbaum no sería posible hablar del logro del desarrollo de una vida digna.

6.2 Ley de identidad trans: Implicancias del caso de Chile, Bolivia, Argentina y Uruguay en la adecuada protección de Ana Romero

El asunto sobre el cambio de sexo en países latinoamericanos ha tenido una creciente progresión en los últimos años que ha provenido de diversos factores entre los cuales se encuentra la creciente aparición de colectivos LGTBIQ, apoyo de actores políticos y alianzas con sectores de la sociedad, que coadyuvaron que se promulgarán leyes en protección y reconocimiento de la identidad de las personas trans, y por ende el abanico de posibilidades de acceso satisfactorio a otros derechos, como trabajo, educación, salud, etc.

Puesto que el propósito del presente trabajo es demostrar que la idoneidad en materia de protección del derecho a la identidad, y en este caso el de Ana Romero; es la necesidad de la existencia de una Ley de Identidad Trans. Para ello, es importante hacer referencia a los procesos internos en 4 países de Latinoamérica que se encuentran próximos a Perú demográfica

² <https://www.gob.pe/10367-grupos-de-especial-proteccion-de-la-defensoria-del-pueblo>

y socialmente hablando y que actualmente gozan de leyes que reconocen la identidad de las personas trans.

El primer país en implementar normativa referente al cambio de sexo fue Uruguay con la promulgación de su ley N°18.620 “Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documento identificatorios”, el 17 de noviembre de 2009, que da un reconocimiento a la identidad de las personas trans y la posibilidad de derribar barreras existentes en el alcance de dicho derecho.

Antes de la existencia de esta ley, las personas trans solo podían acceder al “cambio de nombre estético”, mas no estábamos frente a la posibilidad de cambio de sexo; así mismo el proceso judicial que demandaba no solo largos años si no un despliegue de costos altos, exigía además la realización de una cirugía de reasignación de sexo. Así mismo dicho proceso culminaba través de un reconocimiento judicial de la Suprema Corte de Justicia. (Gomez, 2016, pp.76)

En ese sentido, antes del logro de esta ley existía una situación similar al contexto peruano, en donde la certificación de cambio de genitales era imprescindible y había aún esta concepción biológica de entender la identidad bajo dichos parámetros. Esto podemos observarlo en los primeros casos que se plantearon ante el Tribunal Constitucional peruano, y que además fueron pruebas que Ana Romero utilizó para sustentar su identidad.

Para que dicha ley se haya convertido en una realidad se necesitó de la fuerte presencia de activismo político, existieron entonces en el escenario uruguayo, representantes de organizaciones civiles y militantes a favor de la “diversidad sexual”. Uno de estos importantes actores fue el partido gobernante de ese entonces denominado “Frente Amplio”, cuya senadora comenzó a trabajar con grupos de activistas en el diseño de esta ley, para su posterior presentación. Dicho trabajo comenzó desde el 2007, y hubo una crítica hacia el binario sexual (hombre/mujer). Se reunieron una vez por semana para ir analizando los temas necesarios para generar un avance legislativo. (Gomez, 2016, 77)

Otro aspecto que se buscó trabajar, fue evitar dejar a la mera decisión judicial el asunto del cambio en el registro; puesto que se señalaba que, de ser así, cada juez de cada distrito emitiría una propia forma de decisión al respecto. De esta manera y posterior a la Ley, se dio en el 2010 la creación del Equipo Multidisciplinario y Especializado en Identidad de Género y Diversidad Sexual, que se encarga de llevar adelante las solicitudes sobre los procesos de cambio de sexo y cambio de datos en los registros. (Gomez, 2016,77)

Esta crítica a recurrir a una instancia judicial como propone el Tribunal Constitucional peruano en el presente, podría generar una barrera procesal, y dado que no existe una delimitación clara sobre los aspectos que debe verificar un juez, podría ocurrir que se hagan requerimientos probatorios excesivos, desconociendo la complejidad y las aristas que pueden contener la identidad de una persona en término de género.

Esta colaboración cercana entre la clase política uruguaya del momento y la acción de colectivas trans en el diseño de dicha ley, lograron hacer que, en dicha normativa, se deje de patologizar aspectos relacionados a la acreditación psicológica y quirúrgica para certificar que se trataba de una persona trans.

Otro factor importante fue el fortalecimiento y el espacio ocupado por lo jóvenes activistas en la lucha por derechos de las personas trans, esto marcó una posición generacional puesto que los jóvenes se encontraron más expuestos y del lado de este tipo de luchas de diversidad sexual, que además actuaron de “bisagra” con las personas de mayor edad que ya formaban parte de dichas colectivas. (Aguiar, 2018, pp. 57)

El trabajo colectivo entre actores políticos y activistas, de manera sostenida en el tiempo, fueron dos aspectos fundamentales para que finalmente pudiera darse la aprobación de esta ley que permitió el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans.

Un segundo país en adoptar en su legislación una ley de identidad de género es Argentina, promulgando el 23 de mayo de 2012, la Ley N° 26.743, que establece el reconocimiento de la identidad de género y los requisitos para el proceso de cambio de sexo, que al igual que en el caso uruguayo se alejan de la constatación medica de algún tipo de genital en específico o de un profesional que avale.

Los requerimientos en dicha ley pasan sobre todo por la edad, para lo cual se exige la mayoría de edad o la autorización parental en caso de menores; así como la vinculación de dicho cambio, tanto de nombre como sexo, a obligaciones frente a terceros. Finalmente se recalca la confidencialidad de dicho cambio, que asegura un trato digno y el reconocimiento de una identidad autopercebida tal como señala la ley respecto a la idea de género.

En el caso argentino, este logro se debió a 3 factores que considero importantes, 1) la separación marcada entre el Estado y la Iglesia, 2) el impulso político del gobierno de ese entonces y 3) el involucramiento de activistas en acciones de presión social. Así, es importante recalcar que

antes de esta ley, lo que existía era la necesidad de una autorización judicial para la realización de algún tipo de intervención quirúrgica, que con el debate de esta normativa consolidó la idea de que *“biotechnological and bodily modification as a right that cannot be, at the same time, an obligation”* (De Mauro, 2015, pp.16). De esta manera se alejó la obligación de tener que presentar algún tipo de certificado médico para acreditar estos procesos.

Respecto al primer factor es importante señalar que ya durante los dos gobiernos kirchneristas (2003-2007 y 2007-2011), existió una división marcada con la Iglesia Católica, siendo incluso de exposición pública declaraciones de Kristina Kirchner, en las que instó al arzobispo de ese entonces que dejará atrás acciones medievales y de inquisición. Ambos gobiernos estuvieron marcados por fisuras con la iglesia por contener dentro de sus propuestas acciones de corte progresista para con los derechos de las mujeres, gays y minorías en el país. Estos eventos, coincidieron además con un profundo respaldo de la población hacia el gobierno que coadyuvó a la realización del segundo factor. (Tabbush, 2015, pp.31)

Ambos gobiernos, estuvieron marcados por una agenda progresista en el desarrollo y alcance de derechos, como por ejemplo el matrimonio igualitario, logrado dos años antes, que fue aprovechado por grupos activistas para seguir esbozando propuestas legislativas.

De esta manera, la independencia de acción claramente marcada por parte del gobierno, permitió el impulso de legislaciones y respaldo a proyectos de ley de este tipo que favorecen los derechos de las personas trans. La promulgación de esta ley contó con el voto de 55 diputados y sólo una abstención.

Finalmente, como último factor no se puede quitar protagonismo, a la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans y al Frente Nacional por la Ley Identidad de Género, siendo que, en el primer caso, utilizaron técnicas para diseñar estrategias similares al lenguaje del kirchnerismo que en su momento volvió popular la expresión “matrimonio igualitario”. Ambos operaron como red temática, para unificar la causa y traducir en derechos los reclamos y las necesidades de las personas trans junto con otros profesionales, esto permitió que los reclamos por derechos y necesidades se tradujeran a un lenguaje jurídico y normativo que permitiera la construcción colectiva de esta legislación. (Tabbush, 2015, pp.43)

De esta manera podemos observar otra vez la importancia de los colectivos y el respaldo político, pues en el caso de Argentina, dicho respaldo y la aprobación que existía hacia el gobierno permitió poner sobre la mesa y aprobar una legislación de este tipo.

El tercer caso latinoamericano, es el boliviano; en donde se discutió el reconocimiento de las personas trans y mediante la Ley N° 807 de Identidad de Género, promulgada en mayo de 2016, se permite el cambio del nombre, sexo e imagen en el documento de personas trans mayores de edad por vía administrativa. No exige acreditar intervención quirúrgica ni terapias hormonales, pero sí un examen técnico psicológico para avalar la decisión.

El caso de Bolivia, nos muestra que esta ley significó el triunfo después de 8 años del colectivo LGTB que logró llevar adelante proyectos políticos y aunar esfuerzos con el gobierno de Evo Morales que se mostró liberado del peso de la iglesia católica y a favor de los derechos de este sector de la población, para que fuera realidad el reconocimiento de las personas trans, la agenda política del gobernante estaba entonces enfocada en devolverle canales institucionales a la población que había votado por él que correspondían a minorías históricamente vulneradas, así como luchar frente al racismo y la discriminación. Así mismo para el 2009 en la Constitución boliviana quedaron inscritos el reconocimiento a la identidad de género y la orientación sexual gracias a la participación de militantes del gobierno y grupos activistas, como mujeres, indígenas, personas con discapacidad, etc., que trabajaron dentro de la Asamblea Constituyente, para la aprobación de dicha Constitución. (Pascale, 2020, pp. 33-34)

Así mismo estos colectivos regionales aprovecharon a su favor las recomendaciones realizadas por la OEA en materia de derechos humanos, la ventaja del escenario boliviano es que desde la década de los 90, los activistas homosexuales y trans se convirtieron en agrupaciones políticas, que forjaron los proyectos políticos que más adelante tendrían sus efectos, como la aprobación de esta ley.

Por otro lado, un factor favorable también sumado a los esfuerzos de colectivas, fue la separación del poder político con la iglesia y el respaldo del gobierno; fue la existencia en otros contextos cercanos del debate de legislación similar que aunó fuerzas con el contexto interno, marcado por este trabajo continuo y colectivo.

Al respecto de esta ley 3 años después, la Defensoría del pueblo, ha señalado que la tarea pendiente del Estado se encuentra en la actuación y efectivización de los sostenido en dicha ley en instituciones como el Ministerio de Educación, Ministerio de Defensa, Dirección General de Régimen Penitenciario, Policía Boliviana, Sistema Nacional de Registro de Antecedentes Policiales (SINARAP), y las Cajas de Salud Pública, para que pongan en vigencia sus

reglamentos correspondientes y la materialización pronta de derechos específicos en la población trans.

En el 2016, se planteó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 de la mencionada ley, solicitando la interdicción del matrimonio igualitario. A pesar que el Tribunal Constitucional, reafirmó el objetivo de la ley y respaldó el reconocimiento a la igualdad de género, le dio la razón al grupo de demandantes provenientes de una coalición de iglesias católicas y evangelistas, señalando que lo que a la ley reconoce es el goce individual de dicha identidad, creando de esta manera la idea fragmentada que las personas transexuales “*serán hombres o mujeres en sus papeles, pero sus derechos corresponderán a su sexo biológico*”. (Pascale, 2020, pp. 43)

Finalmente, y el país más reciente en implementar una ley de este tipo es Chile, con la llamada “Ley nacional de identidad de género”, promulgada en 2018, que permite el cambio de nombre y sexo registral de una persona desde los 14 años, cuando dicha partida no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género. En el caso de los jóvenes de entre 14 y 18 años deberán tener el permiso de sus padres o tutores y realizar la petición ante un juez de familia, quien definirá si la petición procede o no.

En el 2013 se introdujo el proyecto de ley al Senado y durante el gobierno de Michelle Bachelet, incluyó el tema de la identidad de género dentro de su agenda política sumado al trabajo conjunto de colectivas trans, como la fundación Iguales. Para el 2015, la mandataria, dio su respaldo público a dicho proyecto de ley, y para noviembre de ese año la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, despachó dicho proyecto con lo que se esperaba pudiera ser votado en pleno³.

Esta ley fue debatida durante 5 años en el parlamento desde donde los sectores conservadores apuntaron a señalar, que con esa ley se relativizaba las cuestiones “naturales”, así como seguir señalando que el sexo de una persona está basado en su corporalidad y genitales y que tal y como estaba diseñada la norma no representaba seguridad jurídica alguna, pues según este sector de diputados, favorecía a las estafas y a los incumplimientos civiles.

En contraparte a ello, el sector a favor, señaló que el ejercicio de la identidad de una persona en nada afectaba al desenvolvimiento de las demás personas en sociedad y que debería abogarse

³ <https://www.iguales.cl/incidencia-politica/ley-de-identidad-de-genero/>

por una despatologización de las personas trans, así como un reconocimiento de las mismas dentro de la sociedad, lo cual pasaba por marcar un claro reconocimiento y ampliar los conceptos que se tenían en torno al derecho a la identidad, dejando de lado un componente meramente genital o biológico para referirse a dicho derecho.

Es importante señalar que como precedente en este país, existen amplias recopilaciones de una serie de actos de tortura y condena especialmente durante la dictadura militar de Pinochet, que buscó reforzar valores conservadores-religiosos. Siendo que la progresión en el reconocimiento de derechos a estas minorías, ha tomado en este caso largos años, en los cuales se ahondó en la patologización de la transexualidad como un trastorno psiquiátrico. (Carvajal, 2016, pp. 106-108)

En este contexto, tal como en los anteriores contextos descritos, los movimientos sociales evidenciados en colectivos LGTB, fueron pieza fundamental para hacer presión social y obtener el respaldo de cierto sector de la política, resultando que a pesar de los años de debate se diera la aprobación con éxito de dicha ley.

Ahora bien, teniendo en cuenta estos 4 contextos latinoamericanos, podemos observar que existe un común denominador entre los factores que favorecieron la existencia de este tipo de ley en sus correspondientes legislaciones, con la participación social a través de colectivos y la acción de la clase política comprometida con esta causa.

Como hemos podido observar en Latinoamérica sucede que la iglesia católica y los procesos relacionados a ideas progresistas sobre la sexualidad permanecen en tensión con una presencia muy marcada de la religión en asuntos de Estado, sin embargo, como hemos podido identificar, el reconocimiento del derecho a la identidad de personas trans, hace necesario, primero marcar una separación entre el poder que puede ejercer la iglesia y el debate relacionado a derechos fundamentales; y segundo lo necesario de incluir a estos colectivos en el diseño de los proyectos de ley, el caso Argentino por ejemplo, y su papel como actores de presión social.

Observar las leyes de identidad de género desarrolladas en estos 4 países latinoamericanos, es una herramienta que permite concretizar la crítica a la idea de idoneidad construida en nuestro sistema normativo. En la sentencia sobre el caso de Ana Romero, el Tribunal Constitucional, construye la idea de la vía idónea para amparar la pretensión de la recurrente a su cambio de sexo y nombre, y establece que la vía a emplear sería la sumarísima a través de un

procedimiento judicial, para lo cual señala que la norma aplicar sería el artículo 126° del código procesal civil.

Sin embargo, tal como hemos advertido del punto de partida y desarrollo de estas 4 leyes de identidad es despatologizar las características físicas y crear lineamientos a nivel de la administración para que se dé trámite a este tipo de solicitudes sin mediar una resolución judicial expedida por un juez.

El desarrollo de una ley de identidad trans, impactará positivamente en la protección al derecho a la identidad de estas personas y logrará la eliminación de la barrera enorme que puede suponer el iniciar un proceso en la vía judicial. Aunque sea sumárisimo, tal como se encuentra diseñado podría implicar que exista una dilación debido a la posible aparición de impugnaciones. No podemos perder de vista, que lamentablemente la administración pública aún mantiene una visión formalista del asunto, y mientras no se exhorte y/o se realice por parte del legislativo o judicial un desarrollo encaminado a tener lineamientos concretos de admisión de cambios de sexo, nombre e incluso imagen tal como lo tiene implementado Bolivia, seguirá sin existir la tan nombrada vía idónea.

La implicación más directa del desarrollo de las leyes de identidad de género mostradas, nos hace repensar el caso de Ana Romero, a la luz de los alcances materiales que otorgó la emisión de la presente sentencia, los cuales, de acuerdo a la postura desarrollada, fueron limitados. La sentencia a pesar de señalar el reconocimiento del derecho alegado por la recurrente, no ordenó los cambios solicitados, tampoco exhortó algún tipo de lineamientos; si no que por el contrario prácticamente retornó el caso a la mencionada “vía correspondiente”, sin tomar en cuenta el gasto de energía y dinero desplegado por Ana Romero; quien, de acuerdo a lo señalado en la sentencia, tendría que volver a interponer su solicitud en la vía judicial ordinaria

6.3 Justicia Constitucional en sede administrativa

A lo largo del presente caso y la discusión sobre el derecho a la identidad existe un elemento que debe ser considerado la puerta de entrada para el acceso a otros derechos: El Documento Nacional de Identidad. Así, los datos de identificación que ahí aparecen permiten que todas las personas, podamos desde realizar trámites ante entidades públicas, acceder a empleos, gozar de los beneficios del sistema de salud, celebrar contratos, entre otros.

Es precisamente en el DNI en donde se consigna el nombre y el sexo, que fueron puestos en discusión en la presente sentencia y que aseguran el acceso a otros derechos conexos a la recurrente Ana Romero. Al ser este documento uno de carácter administrativo he creído conveniente señalar la vinculación entre la sede administrativa y la justicia constitucional pues es precisamente la RENIEC, la institución que ha marcado una clara oposición a adecuar sus actos y procedimientos administrativos en pro del reconocimiento y protección del derecho a la identidad de personas trans.

Es importante señalar que el Derecho Administrativo y los actos que emanan de la administración, tienen como antecedente la estrecha vinculación del poder político con las instituciones públicas; siendo que, durante el siglo XIX la ley era el medio para llegar a los objetivos del Estado Liberal y el orden capitalista, respondiendo a los intereses del gobierno que se encontraba ejerciendo el poder. (Landa, 2016, pp. 201)

La aparición de la ley como fuerza vinculante entre los poderes, trajo consigo la aparición del principio de legalidad y la codificación, primero del Código Civil y luego el Código Penal, que tras las revoluciones del siglo XIX trajeron consigo una nueva forma de entender el Derecho Público, dentro del cual se encuentra el Derecho administrativo. (Landa, 2006, pp.201) Este principio de legalidad, es precisamente el que se enuncia desde una idea positivista y legalista del Derecho Administrativo y es base del fundamento que la RENIEC ha empleado para apelar en los casos de cambio de sexo.

En ese sentido, la naturaleza mal entendida de esta rama del derecho, ha traído como consecuencia pensar en la aplicación meramente subsuntiva y reglamentaria de la ley, como por ejemplo se realiza a la base del artículo 29° del Código Civil, en donde se regula el cambio de nombre y la necesidad de una resolución judicial para su cambio, cuya aplicación ha sido extendida desde la administración para el cambio de sexo como otra variable identitaria.

La idea de la unidimensionalidad del derecho, trae como consecuencia pensar que se puede disociar la formulación normativa de los aspectos de la realidad, con un falso afán de lograr una categorización en abstracto y bajo un ideal de objetividad. (Marcuse en De Trazegnies, 1969, pp. 43) Esta es una de las razones que explican por qué la Administración pública a través de sus instituciones, como la RENIEC, ha realizado una aplicación formal e irrestricta de la

ley, quedándose ancladas a una idea del derecho y la aplicación normativa, aislada de los cambios sociales a los cuales no han sabido adaptarse ni mucho menos tutelar.

Es en esta concepción legalista que aún en pleno siglo XXI conserva la administración, la que hace necesaria una precisión en cuanto a la vinculación intrínseca que tiene la misma respecto de la constitución y los derechos fundamentales. Desde la enunciación del artículo 1° de la Constitución de 1993, se marca una clara y vinculante protección a la persona humana y su dignidad, ese solo enunciado, señala el papel central que juega cada individuo y a quien el Estado y sus instituciones están encargados de proteger, satisfacer en cuanto a los derechos que le asisten.

No se debe tampoco pensar en la vinculación del Derecho Constitucional y el Derecho administrativo es únicamente por derivación, si no que en realidad son complementarios, ya que la ley de la administración debe interpretarse de acuerdo o conforme a los valores, derechos y principios que se encuentran señalados en la Constitución, dejando de lado la idea de que la Administración es una entidad aislada que se agota en sí mismo, si no que por el contrario basa sus justificaciones y actuaciones en la protección de las personas administradas, que son sujetos que gozan de una serie de facultades de exigencia al Estado a través de sus instituciones de satisfacer y proteger los derechos que les amparan. (Schmidt-Aßmann, 2006, pp. 52-53)

Precisamente el reclamo que enuncia Ana Romero, a través de la interposición de esta demanda de amparo, responde a la idea de la sujeción que debe tener la Administración en sus actuaciones a los derechos constitucionalmente consagrados. En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional señalando que:

“[...] En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla. En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infra constitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.” (Ana Romero, 2005)

Si observamos la sentencia en mención podremos observar que no existe algún tipo de argumentación sostenible por parte de RENIEC, ya que lo planteado como estrategia procesal se concentró únicamente en observar aspectos procesales, señalando que en nuestro ordenamiento jurídico no es posible el cambio de sexo por no ser la vía adecuada, así como por carecer de sustento legal.

Dicho intento de sustentación es erróneo a la luz de la vinculación con los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, así como la vinculación entre la Administración Pública y la constitución. De esta manera no existe ninguna ley que impida el cambio de la denominación sexo en el DNI, así como tampoco una prohibición en la constitución. Por el contrario, lo que sí se encuentra regulado es el respeto fundamental al derecho a la identidad de las personas, por lo carece de sentido negarle a alguien su identidad únicamente porque no existe una ley que expresamente lo avale. Al respecto, Adaman Schmidt ha señalado que:

“El derecho subjetivo no se entiende ya en términos de otorgamiento expreso: para su reconocimiento no es necesario que la norma haya declarado formalmente la atribución de un concreto derecho en favor del ciudadano, sino que basta con que la legalidad objetiva reconozca implícitamente algún interés individual digno de protección para que pueda hablarse de derecho subjetivo” (Schmidt-Aßmann, 2006, pp. 61)

Por ello, las prácticas conocidas por parte de la RENIEC se entranpan en una serie de tecnicismos y burocracia, que se erige como una barrera para la consecución de derechos, y es en ese formalismo del siglo pasado, el que utiliza para plantear apelaciones innecesarias, así como para dilatar la adecuación de sus reglas formales, que de acuerdo a sus potestades podrían realizar.

Precisamente, existen una serie de principios contemplados en la Ley 24447 Ley del Procedimiento Administrativo General, bajo los cuales se sustenta la adaptación de reglas formales en protección del derecho alegado. Se tiene primero que, desde el principio de legalidad, se ha entendido el respeto a la Constitución y la aplicación normativa a la luz de dicho texto, el principio de informalismo, el cual señala expresamente que la exigencia de

aspectos formales por parte de la administración pública no puede suponer una amenaza o menoscabo en los derechos pretendidos. Junto a ellos se enuncia el principio del debido procedimiento administrativo y el de celeridad, ambos relacionados a la respuesta que debe brindar la administración. Bajo estos principios las instituciones de la administración públicas están obligadas a realizar una debida motivación y evitar interponer actos procesales que dilaten la obtención del derecho solicitado.

Esto se relaciona con el cambio de paradigma en la relación de la Administración y el administrado, que se ha convertido en un sujeto facultado para exigir sus derechos frente al Estado y recibir de este una respuesta informada y motivada que pueda ser insuma para algún cuestionamiento judicial en tanto vulnere algún derecho o valor constitucionalmente protegido. (Cassese, 2012, pp. 606)

De esta manera tal como sostiene Landa, *“se ha entendido que un requisito sine qua non que deben de cumplir los actos administrativos es el de la debida motivación, que como sabemos es un derecho fundamental procesal (...) cuyo incumplimiento conlleva su nulidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 10.2. Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de Derecho”*. (Landa, 2016, pp.206)

Por todo lo señalado, incluso cuando la RENIEC ha hecho referencia al artículo 29° del Código Civil, para señalar que el cambio de nombre cuya autorización es de carácter judicial debe extenderse así al cambio de sexo, el empleo de dicha norma, trasgrede los principios enunciados, así como la finalidad que persigue la existencia de un documento de identidad en un Estado Constitucional de Derecho, esto es el de permitir el goce y disfrute de otros derechos y opciones en la sociedad; así como el reconocimiento acorde a la autodeterminación personal.

El papel de la RENIEC como ente administrativo encargado de la efectivización del derecho a la identidad, a través de la emisión del DNI; nos hace mirar a la experiencia comparada que hemos analizados líneas arriba, y demandar un mecanismo en el que la manifestación de la voluntad se requisito suficiente y válido para que la administración materialice el reconocimiento de dicho derecho.

7. CONCLUSIONES

1. El activismo judicial dialógico, se erige como herramienta constitucional en contextos de exclusión sistemática y estructural de poblaciones, como el caso de las personas trans.
2. La idea del proceso judicial como una vía idónea en los casos de cambio de sexo en el Perú, se ha construido sin observar la barrera que supone el sistema de justicia para la protección del derecho constitucional a la identidad, así como el desgaste económico y de tiempo que supone litigar en el poder judicial.
3. El Documento Nacional de Identidad como elemento de entrada al goce y reconocimiento de otros derechos, supone la necesidad de un pronunciamiento y adecuación por parte de la Administración Pública a la luz de los valores constitucionalmente protegidos.
4. El reconocimiento del derecho a la identidad de las personas trans en el Perú, debe abandonar la exigencia de intervenciones quirúrgicas o certificaciones mentales, y emulando las leyes de identidad de género de Bolivia, Uruguay, Chile y Argentina se cree un sistema que reconozca la diversidad dentro de la comunidad trans y su genuino derecho a identificarse de la forma que mejor decidan.

8. RECOMENDACIONES

Una primera recomendación es la necesidad clara y actual de una Ley de Identidad de Género que incorpore en su regulación el concepto de género y de identidad. Esto supondrá una despatologización de la solicitud por parte de las personas trans para el cambio de sexo y nombre que requieran. Por lo tanto, los requisitos “probatorios” como intervenciones quirúrgicas, atenciones psicológicas, entre otras, deberán ser dejados de lado, partiendo del hecho de que no todas las personas trans buscan intervenir sus cuerpos quirúrgicamente y no todas sufren de dismorfia corporal. Esto supone privilegiar la manifestación de voluntad libre y voluntaria.

La segunda recomendación se encuentra ligada a una perspectiva interseccional, intercultural y desde un enfoque de salud mental, que privilegie la necesidad urgente de las personas trans por el reconocimiento de su derecho a la identidad. Esto demandará el establecimiento de

acompañamiento emocional y psicológico de ser necesario; en el procedimiento de expedición de un documento de identidad, en tanto las violencias atravesadas por las personas trans afectan principalmente su salud psico-emocional.



9. BIBLIOGRAFÍA

- Absi, P. (2020). El género sin sexo ni derechos: La Ley de Identidad de Género en Bolivia. *Debate feminista*, 59, 31-47. <https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.2020.59.02>
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, 22(66), 13-64.
- Alexy, R. (2010). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *El canon neoconstitucional*, 2010, ISBN 978-84-9879-162-4, págs. 106-116, 106-116. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3333468>
- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 11-29.
- Antía, S. A. (2018). Agenda de derechos en Uruguay. Acontecimiento, biopolítica, inmunidad y fuerza de ley. *Athenea digital*, 18(1), 51-69.
- Atienza, M. (2013). Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo—Columnistas—
Opinión | El Universo. <https://www.eluniverso.com/opinion/2013/11/02/nota/1665691/mas-alla-neoconstitucionalismo-formalismo/>
- Atienza, M. (2018). Siete tesis sobre el activismo judicial. *Grand place: pensamiento y cultura*, 10, 39-47.
- Ancí, N. (2022). Reconocimiento del matrimonio igualitario por Cortes Constitucionales que se enfrentan al texto de la constitución: ¿Límites al Activismo Judicial?
- Bourdieu, P., & Teubner, G. (2002). *La fuerza del Derecho* | varios autores. Siglo del Hombre Editores.
- Cádiz, P. (2017). Ley de Identidad de Género: El tenso debate que marcó el primer día de votación en el Senado. <https://www.facebook.com/teletrece>. Recuperado 29 de junio de 2022, de <https://www.t13.cl/noticia/politica/semanal/ley-de-identidad-de-genero-el-tenso-debate-que-marco-el-primer-dia-de-votacion-en-el-senado>

- Canevaro Montesinos, C. A. (2020). Los Principios de Yogyakarta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16262>
- Carvajal, F. (2016). Sexopolítica en los inicios de la dictadura de Augusto Pinochet: El “cambio de sexo” de Marcia Alejandra en los discursos de la prensa. *Sexualidad, Salud y Sociedad* (Rio de Janeiro), 103-129. <https://doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2016.24.05.a>
- Cassese, S. (2012). New paths for administrative law: A manifesto. *International Journal of Constitutional Law*, 10(3), 603-613. <https://doi.org/10.1093/icon/mos038>
- Defensoría del Pueblo del Perú. (2018). Informe de Adjuntía N° 007-2018-DP/ADHPD. <https://www.defensoria.gob.pe/informes/informe-de-adjuntia-n-007-2018-dp-adhpd/>
- DEFENSORIA DEL PUEBLO ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. (2019). A TRES AÑOS DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 807 DE IDENTIDAD DE GÉNERO. <https://www.defensoria.gob.bo/noticias/a-tres-anyos-de-la-promulgacion-de-la-ley-807-de-identidad-de-genero>
- De Trazegnies Granda, F. (1969). Marcuse y el «derecho unidimensional». *Derecho PUCP*, 27, 42-60. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.196901.005>
- Eguiguren Praeli, F. J. (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. *IUS ET VERITAS*, 50, 298-312.
- Mendoza, L. (2016). Bolivia. Cambio de sexo y nombre en el CI es posible y tardará 30 días. *eju.tv*. <https://eju.tv/2016/05/bolivia-cambio-sexo-nombre-ci-posible-tardara-30-dias/>
- Ferrer Mac-Gregor, E., & Martínez, F. (2014). Diccionario de Derecho procesal constitucional y convencional. <http://www.marcialpons.es/libros/diccionario-de-derecho-procesal-constitucional-y-convencional/9786077822738/>
- Gobierno del Perú. (s. f.). Grupos de especial protección de la Defensoría del Pueblo. Recuperado 30 de junio de 2022, de <https://www.gob.pe/10367-grupos-de-especial-proteccion-de-la-defensoria-del-pueblo>

- Gómez Sónora, V. (2016). El derecho a la identidad de género desde una mirada etnográfica. *Revista Uruguaya de Antropología y Etnografía*, 1(2), 73-88.
- LA NACIÓN. (2018, noviembre 28). Chile promulga ley que permite cambio de sexo en documentos desde los 14 años. *La Nación*. <https://www.nacion.com/el-mundo/interes-humano/chile-promulga-ley-que-permite-cambio-de-sexo-en/53QVPTAXLBFUTNDFGY2EG4Y4MI/story/>
- Machuca Rose, M., Cocchella Loli, R., & Adriana Gallegos, D. (2017). Nuestra Voz Persiste: Diagnóstico de la situación de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer en el Perú | International IDEA (No Tengo Miedo, Ed.; Tránsito-Vías de Comunicación Escénicas). <https://www.idea.int/publications/catalogue/nuestra-voz-persiste-diagn%C3%B3stico-de-la-situaci%C3%B3n-de-personas-lesbianas-gays>
- Nussbaum, M. C. (2006). *Las fronteras de la justicia* (3era ed.). Ediciones Paidós.
- Rucovsky, M. D. M. (2015). Trans* necropolitics Gender Identity Law in Argentina. *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, 20, 10-27.
- Salazar, X., & Silva-Santisteban, A. (2018). *Existimos: Vivencias, experiencias y necesidades sociales de los hombres trans de Lima: Un estudio exploratorio* (1a ed.). http://iessdeh.org/usuario/ftp/20180227_LIBRO_EXISTIMOS.pdf
- Schmidt-Assmann, E. (2006). Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de innovación y presupuestos metodológicos. *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, 2006, ISBN 978-84-611-4758-8, págs. 15-132, 15-132. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2485977>
- Siverino Bavio, P. (2010). El derecho ante la diversidad: La transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina. *IUS ET VERITAS*; Núm. 41 (2010). <https://doi.org/10/12676>
- Soley-Beltran, P. (2014). Transexualidad y Transgénero: Una perspectiva bioética. *RBD. Revista de Bioética y Derecho*, 21-39. <https://doi.org/10.1344/rbd2014.30.9904>
- Tabbush, C., Díaz, M. C., Trebisacce, C., & Keller, V. (2016). Matrimonio igualitario, identidad de género y disputas por el derecho al aborto en Argentina. *La política sexual*

durante el kirchnerismo (2003-2015). *Sexualidad, Salud y Sociedad* (Rio de Janeiro), 22-55. <https://doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2016.22.02.a>

Timm Hidalgo, A. K. (2017). *Activismo judicial dialógico en América Latina: La lucha por los derechos*. <http://hdl.handle.net/10016/24578>

Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N.o. 045-2004-PIITC. Sentencia del 29 de octubre del 2005.

Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N.o. 0050-2004-PI. Sentencia 3 de junio de 2005. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>

Tribunal Constitucional. (2006). Expediente N.o. 02273-2005-PHC/TC. Sentencia 20 abril 2006. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

Tribunal Constitucional. (2014). Expediente N.o. 0139-2013-AA. Sentencia 18 de marzo 2014. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00139-2013-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. (2016). Expediente N.o. 06040-2015-AA. Sentencia 21 de octubre del 2016. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06040-2015-AA.pdf>



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 incompreensión 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. Afirma 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 Tarapoto 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 revolvió 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 749.9° del Código Procesal Civil regula la posibilidad de solicitar la rectificación de nombre mediante un proceso no contencioso, el cual, de conformidad con el artículo 750° del mismo Código, es de competencia del Juez de Paz Letrado o de Notario. En cuanto al pedido de cambio de nombre, previsto en el artículo 29° 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.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:


JANET OYAROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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, sí merecen una protección reforzada o especial por parte del Estado por la situación de constante denegación de sus derechos que se ha advertido tanto en el pasado como en el presente, y que los coloca en una situación de manifiesta desigualdad con el resto de la población.

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



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 atraviesen 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, qué 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: [l]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 Riffo 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

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 1.1 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 formar 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

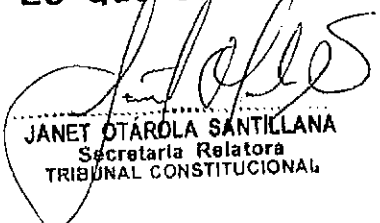
SALDARRIAGA)

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.

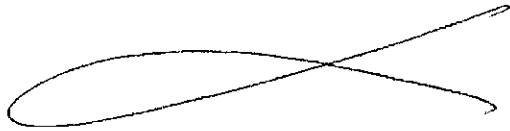
LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria 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
RODOLFO 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. No. 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 deber 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

Eloy Espinosa Saldaña

Lo que certifico:

Janet Otárola Santillana
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, disintimos 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 disintimos 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 MARTÍN
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 transgénero 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*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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 MARTÍN
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 MARTÍN
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.acpeds.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 afirmarí 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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.



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 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-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 SATISFACITORIA?

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



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