

# EL DERECHO A LA IDENTIDAD TRANSEXUAL EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

---

Jhannina Anyela Huerta Requena<sup>1</sup>

## RESUMEN

La autora a la luz del caso Romero Saldarriaga (STC 06040-2015-PA/TC), analiza cómo el Tribunal Constitucional varía la postura jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA/TC, a razón de la posibilidad de reconocer qué clase de alcances tiene el derecho a la identidad personal de los transexuales, máxime si la doctrina jurisprudencial como se sabe vincula a los jueces a entender el sexo como un componente exclusivamente estático, restando discrecionalidad para analizar los casos en los que se solicitaba la modificación del sexo en los documentos de identidad, así las cosas, los justiciables difícilmente podrían acceder a un reconocimiento judicial de sexo, ya que la doctrina jurisprudencial del Tribunal al dilucidar los alcances del derecho a la identidad personal, bloqueaba la posibilidad de acceso.

## ABSTRACT

L'autore, alla luce del caso Romero Saldarriaga (STC 06.040-2.015-PA / TC), analizza come la Corte Costituzionale varia la posizione giurisprudenziale di cui la STC 0139-2013-PA / TC, una ragione per la possibilità di riconoscere che tipo di canocchiali hanno il diritto all'identità personale dei transessuali, soprattutto se la dottrina giurisprudenziale noto vincolante per i giudici per capire il sesso come una componente puramente statica, sottraendo discrezione per analizzare i casi in cui è stato richiesto il cambio di sesso in documenti di identità e le cose, parti in causa difficilmente potevano accedere al riconoscimento giuridico del sesso, come la giurisprudenza della Corte di chiarire la portata del diritto all'identità personale, bloccando la possibilità di accesso.

## PALABRAS CLAVES

Derecho – Derecho a la Identidad – Derechos Humanos – Disforia – Discriminación - Doctrina – Género – Identidad – Identidad Personal – Identidad Sexual – Jurisprudencia – Sexo – Sexualidad – Transexual – Tribunal Constitucional

## KEYWORDS

Destra - diritto all'identità - Diritti umani - disforia - Discriminazione - Dottrina - Sesso - Identity - Identità personale - Identità sessuale - Giurisprudenza - Sesso - Sessualità - Transexual - Corte Costituzionale

Fecha de recepción de originales: 06 de Febrero de 2017.

Fecha de aceptación de originales: 27 de Febrero de 2017.

---

<sup>1</sup> Abogada por la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión. Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Candidata a Doctora en Derecho por la misma Universidad. Investigadora y Docente Universitaria.

*con la atribución psicológica del sexo al que entienden pertenecer. El autor analiza las distintas soluciones que se han ensayado en el derecho contemporáneo, en especial la previa intervención quirúrgica que intenta emular artificialmente los genitales y los caracteres físicos del nuevo sexo. (CORRAL, 2007, p. 79)*

El autor se muestra en su estudio algo escéptico y se cuestiona sobre si ellas (al someterse a una intervención quirúrgica) no constituyen más bien un abandono de estas personas de los problemas que desgraciadamente las aquejan.

*La identidad de las personas trans es transversal a todos los momentos de la vida de la población y al fundamento del estigma y la discriminación constante que sufren. Esa configuración de la identidad trans, parte desde la asunción de la identidad femenina y, por ende la utilización de un nombre femenino. La vivencia de la identidad femenina en el contexto socio cultural actual, ocasiona que ellas se vean confrontadas cada vez que realizan un trámite en una institución estatal o privada. La identidad de género femenina de la población trans se visibiliza físicamente a través de la adquisición paulatina de características femeninas, que se van logrando a través de un largo proceso, físico y psicológico que en muchos casos se realiza de manera empírica, poniendo en riesgo la vida de ellas. Este proceso no corresponde únicamente a una cuestión estética, sino que implica la realización personal sobre cómo ellas se ven a sí mismas y cómo quieren ser vistas por los demás. (SALAZAR y VILLAYZÁN, 2010, p.15)*

En este estudio coincidimos con que la identidad no solo se refleja en la apariencia del cuerpo, sino en la necesidad de ser tratada en la vida cotidiana de acuerdo a esa identidad, lo cual implica el respeto y legitimación social de la misma.

*La supuesta alteración o «cambio» de sexo como situación fáctica, origina una situación jurídica, que pudiera tener la apariencia de controvertida, pues surge la interrogante si es un derecho (inclusive civil)*

*de toda persona humana a «cambiar» de sexo y como consecuencia de ello se reconozca su «nuevo» sexo o «nueva» identidad sexual. (ESPINOZA, 2014, p. 25)*

En este caso, por el tiempo de emisión la situación fáctica y jurídica a que hace alusión va cambiando de criterio y se empieza a cuestionar aún más el derecho a la identidad y de lo que realmente significa un cambio de sexo e identidad sexual.

*La transexualidad y sus repercusiones, tanto legales, sociales, psicológicas o morales, considera el tema acuciante en nuestros tiempos y una realidad de profundo contenido humano. Refiere que quienes han decidido someterse a una operación de reasignación de sexo, son personas que han tomado medidas extraordinarias en su ardiente deseo de vivir una vida ordinaria, en que se respete su humana naturaleza, como seres inteligentes, libres, iguales ante la ley, y con la noble aspiración de ser felices y sentirse realizados en la vida; dejando de lado la trágica disociación entre su identidad jurídica y su identidad cotidiana, la discriminación, la incompreensión social y el auto castigo de su propia soledad; pese a lo cual la doctrina jurídica y los operadores de justicia llamados a la protección de los derechos de la ciudadanía no han asumido un criterio protector acorde con esta realidad dejando evidentemente vulnerados los derechos de estas personas que lejos de haber nacido con determinado sexo son precisamente identificadas por la colectividad por el sexo opuesto al de su nacimiento, alejándose incluso de un derecho abiertamente reconocido en otros Estados cuyos principios jurídicos descansan en las mismas bases que en nuestra legislación. (ALEGRÍA, 2015, pp. 11-12)*

El estudio del autor pretende definir a través de un estudio completo de las normas y teorías jurídicas la posibilidad de reconocer el derecho a la identidad sexual de las personas pertenecientes a la comunidad TLGB del Perú, entre ellas, el transexual. Precisamente, uno de los derechos que se encuentra limitado es el derecho a la identidad, que muchas veces es desconocido en toda su extensión por razones diversas y

*sexual es la situación de las personas transexuales. Parte de su estudio es sobre la fundamentación del derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina, porque le permite hacerse una idea acerca de qué se habla cuando se refiere a la «transexualidad», bajo qué pautas está tutelado el derecho a la identidad en general, y a la identidad sexual en particular, y qué puntos relevantes pueden señalarse en relación a los casi veinte años de jurisprudencia argentina sobre el tema, para luego mencionar el avance en el Perú sobre temas vinculados a la diversidad sexual.* (SILVERINO, 2010, p 21)

Este estudio resulta interesante porque hay que recordar que en Argentina la legislación sobre estos temas es más desarrollado; no obstante, hace un análisis de la jurisprudencia peruana y su avance progresivo atinentes a la sexualidad, emitiendo algunas sentencias que permiten el cambio de nombre de los transexuales más no el cambio de sexo.

*Existe una población relegada a la invisibilidad, los LGTB (lesbianas, gays, transexuales y bisexuales), desde el derecho constitucional y el derecho internacional. Su reflexión gira en torno a los transexuales y al derecho que tienen estos a ser tratados como personas pertenecientes al género que han internalizado desde temprana edad. Asimismo, cuestiona algunos derechos que se desprenden de este trato. De la misma manera, analiza el papel del Estado peruano en este tema y los retos que todavía existen.* (MANRIQUE DE LARA, 2013, p. 12)

Existe unas primeras aproximaciones de discutir cuál debe ser el criterio bajo el cual el Tribunal Constitucional debe pronunciarse en sus jurisprudencias, teniendo como mejor referente los pronunciamientos internacionales sobre estos temas y su vinculación con los derechos humanos.

*Los diversos aspectos del derecho fundamental a la identidad personal, a propósito de una reciente sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano donde se desestima la pretensión de un ciudadano a que se inscriba en el Registro Nacional de*

*Identificación y Estado Civil su cambio de sexo. Asimismo, se encarga de analizar los argumentos que el Tribunal empleó para tomar esta decisión, así como también los usados por dos de sus magistrados que expresaron su desacuerdo mediante votos singulares. Se señala que en Perú no existe, como en otros países, una ley que regule el registro de cambio de sexo, sin embargo, para el autor esto no debió impedir que el Tribunal Constitucional aprobara este cambio.* (EUGUIREN, 2015, p. 4)

En una reciente sentencia el Tribunal Constitucional -vale precisar- conformado por nuevos miembros, se ha pronunciado sobre la posibilidad del cambio de sexo de los transexuales a través de la vía ordinaria. A diferencia de la opinión del autor en mención, si bien el Tribunal desestimó la demanda por una cuestión de competencia establecida en la norma, ciertamente, de sus fundamentos se desprende una consecuencia jurídica que deberá ser analizada por el legislativo a corto plazo y cuyos efectos jurídicos tendrán que ser debatidos y resueltos acorde a nuestra realidad y a la protección de los derechos humanos.

## **LA IDENTIDAD PERSONAL, SEXUAL, EL SEXO, LA SEXUALIDAD Y TRANSEXUALIDAD**

### **1. La identidad personal**

En principio, todos los seres humanos son iguales en su especie pero, no hay dos seres humanos idénticos, a lo mucho pueden ser parecidos, como es el caso de los gemelos, pero no hay dos proyectos de vida idénticos.

Según Sessarego (2015) «*La identidad personal supone ser «uno mismo» y no otro, pese a la integración social. Presupone una compleja trama de diferentes elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales uno son de carácter predominante psicossomático; mientras que otros son de índole inmaterial, espiritual como los elementos culturales, religiosos, profesionales, ideológicos, políticos, entre otros, que determinan su*

concepciones del «macho» o de la «hembra» absolutamente diferenciados. Sin embargo, al momento de nacer se suele tomar en cuenta el sexo anatómico; esta corporeidad es el modo de existir y de obrar de las personas; es decir, se es hombre o se es mujer.

Ahora bien, dado que el sexo tiene que ver con las características biológicas que hacen a una persona hombre o mujer. El sexo está determinado por varios factores:

- **Sexo cromosómico:** es el sexo con el que nacemos, y que hasta el momento los científicos no han podido variar. Las mujeres nacemos con el cromosoma XX y los hombres con el cromosoma XY.
- **Sexo gonádico:** depende de las glándulas reproductivas, las cuales están vinculadas al sexo cromosómico. Las personas con cromosoma XX tienen ovarios, y las personas con XY tienen testículos.
- **Sexo hormonal:** depende de las hormonas producidas por los testículos o los ovarios, las cuales determinan las características de género, masculinas y femeninas.
- **Sexo genital:** se refiere a los órganos sexuales externos, y a las características secundarias en la forma del cuerpo.

Cuando todas las características de los factores que determinan el sexo coinciden en lo femenino estamos ante una mujer, y cuando coinciden en lo masculino estamos ante un hombre. Pero no siempre es así, por ejemplo, existen personas que tienen ovarios y testículos, a ellas se les llama hermafroditas.

En la antigua Roma, se definía a partir del sexo con el cual se tuviese una mayor aproximación. Siglos después en Italia (antes de la ley de rectificación de sexo) las decisiones judiciales abrieron la posibilidad a una reasignación de sexo cuando no estaba claro el sexo al nacer o cuando con posterioridad no estuviera claro. Pese a todo esto, hoy en día hay casos en que no se

puede definir el sexo de una persona por lo que surgen las intervenciones de adecuación sexual. Aquí nos encontramos frente a intervenciones que tienen carácter terapéutico; las cuales se basan en el derecho a la identidad, el derecho a la salud y el libre desarrollo de la personalidad. En este punto se distingue el tema de la «intersexualidad» y el «transexualismo», ya que en el primero las intervenciones suelen ser leves y estar relacionadas con situaciones originarias de incertidumbre del sexo, mientras que en el segundo las operaciones suelen darse por una disociación entre el sexo biológico y el psicosocial.

#### 4.- Sexo estático y sexo dinámico

El sexo, al integrar el genérico concepto de identidad personal, presenta también dos vertientes:

- **Desde un punto de vista estático**, como elemento inmutable, está referido al sexo cromosómico, por sus caracteres anatómicos, fisiológicos y morfología externa, el sexo estático es aquél con el que cada persona nace y muere, y con el cual el sujeto es inscrito en los registros del estado civil. Por ello, en rigor no puede hacerse referencia a un «cambio de sexo» sino más bien, una adecuación de la morfología genital y a un consiguiente cambio de prenombre.
- **Desde un punto de vista dinámico**, el sexo se encuentra referido a la personalidad misma del sujeto, a su actitud y comportamiento psicosocial, a sus hábitos y modales, a su manera de sentir y de vivir. Estos caracteres son generalmente coincidentes con el sexo biológico. Sin embargo, existen excepciones como es el caso de los transexuales.

#### 5.- La sexualidad

Cabe precisar que, se suele reservar la expresión «sexo» para referirse a los elementos anatómicos y fisiológicos que lo constituyen, en tanto, se atribuye al concepto «sexualidad» un concepto más amplio dentro del cual se comprenden las diversas

### En el caso peruano

En la actualidad, existe una conducta reprochable a mi juicio, cuando uno ve a un homosexual en la calle, se puede percibir que todavía es objeto de burlas, por cuanto nuestra sociedad todavía lo concibe como un sujeto anómalo, que va contra el orden natural de las cosas y los seres vivos, a ello se junta el hecho de que las diferentes iglesias o credos muestran o generan opiniones respecto de los homosexuales como una abominación contra Dios, porque Dios solo creo al hombre y a la mujer; por lo cual, toda aquella persona que no está conforme a su sexo genético o cromosómico es un pecador, a veces lo ponen peor que a un pecador común como el hijo del pecado o del demonio. Es inevitable que, como ser social, el ser humano tienda a un desarrollo social, que muchas veces como producto de estos actos de discriminación ve impedido el ejercicio de su verdadera libertad; trayendo como consecuencia de ello una serie de limitaciones a su desarrollo psicológico, moral, social y político.

Uno de los derechos que se encuentra limitado por esta percepción social es el derecho a la identidad, que muchas veces es desconocido en toda su extensión por razones diversas y muchas veces por percepciones sociales. En efecto, muchos transexuales han demandado el cambio de su identidad en fundamentos psicológicos y sociales, muchos de ellos han recibido respuestas negativas en base a una percepción biológica de este derecho.

Los argumentos que se suelen esgrimir en la doctrina peruana para evitar la adecuación de sexo de las personas transexuales es que la intervención quirúrgica supone la configuración del delito de lesiones graves (artículo 121 del Código Penal). Por otro lado, algunos estiman que dicha intervención es contraria al orden público y a las buenas costumbres, pero este argumento no es válido. Las buenas costumbres se asocian a una concepción ética que pone los pilares de una sociedad en un momento dado. Esta concepción no puede sobreponerse al derecho de toda persona a su realización personal, en especial cuando la

adecuación quirúrgica no supone la vulneración de algún derecho de terceras personas sino que, por el contrario, es la armonización entre el sexo interior que los transexuales sienten como propio y los genitales externos.

Por otro lado, también se ha planteado que la adecuación de sexo no es lícita puesto que esta priva a las personas de la función endocrina y de la capacidad reproductiva; de tal forma que, alegan algunos, se terminaría afectando la integridad sicosomática establecida en el artículo 1 inciso 2 de la Constitución. No obstante ello, hay que entender que el derecho a la salud que tiene toda persona nos plantea la búsqueda del bienestar y que, como ya se ha dicho en este trabajo, la ciencia ha demostrado que el «transexual» no puede ser superado con psicoterapias. Con lo cual, en la búsqueda de proteger la capacidad reproductiva, terminaríamos violentando el derecho a alcanzar el bienestar; el cual se desprende del derecho de la salud.

### El derecho a la identidad transexual en la doctrina jurisprudencial

#### 1.- El derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico peruano

Nuestra Constitución Política preceptúa el derecho a la identidad en el artículo 2 inciso 1 en los siguientes términos: «Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)» asimismo, en su inciso 19 «Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural».

En el Código de los Niños y Adolescentes encontramos también un desarrollo más extenso de la norma sobre derecho a la identidad, en su artículo 6: «El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a llevar sus apellidos. Tienen también el derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes (...)». A su vez, el artículo 7 trata sobre la inscripción en el Registro del Estado Civil.

expresa la Corte, tiene un contenido mucho más amplio que comprende diversas tendencias y expresiones del sexo; de ahí que la sexualidad no se reduce a los órganos genitales sino se materializan en comportamientos masculinos o femeninos, roles, funciones, conductas, prácticas, sentimientos y emociones diferentes.

De otro lado, en el caso de Aldana Pineda, la solicitud de que se le reconozca la identidad de mujer se produce luego de practicada una intervención quirúrgica de conversión, que según el certificado médico del 5 de noviembre de 2003, se certifica que el demandante ha perdido en forma irreversible toda característica sexual masculina, adquiriendo las femeninas y ha cumplido con los requisitos psicológicos y terapias hormonales pertinentes, afirmándose un cambio sustancial en su personalidad.

La Corte en consecuencia, ordenó a la Municipalidad de Lima Metropolitana proceda a efectuar en la partida de nacimiento del demandante la rectificación, variación de su identidad sexual en el extremo que dice «manifestó ser varón», debiendo decir que su «condición es de mujer», de igual modo, ordenó que la mencionada Municipalidad rectifique los prenombrados masculinos del demandante por femeninos sustituyéndose por «Carolina Aidi».

**Sentencia del 9 de julio de 2008 emitida por el Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima en el caso Néstor Harry Cárdenas Calderón**

Otro acertado fallo sobre la identidad sexual, es el emitido por el Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, luego de valiosos considerandos sobre la libertad, los derechos a la identidad, a la igualdad, a la salud y a la no discriminación, premunido de abundante contenido doctrinario, declara fundada la demanda interpuesta por Néstor Harry Cárdenas Calderón de reconocimiento de pertenecer al género femenino no obstante haber nacido como varón.

El demandante refiere que en su partida

de nacimiento, inscrita en la Municipalidad Provincial de Maynas, se consigna su sexo como masculino; sin embargo, a través del tiempo, según sus palabras, sintió que no existía correspondencia entre su sexo estático y su sexo dinámico; es decir, asumió de manera natural y como una faceta de su personalidad, una identidad femenina; de ahí que, en toda su vida ha considerado como propio el sexo femenino, como una parte indelible de su naturaleza. Ante dicha situación decidió someterse a una intervención quirúrgica de adecuación de sus órganos genitales masculinos a su verdadera identidad sexual femenina, habiéndose realizado en la Clínica Santa Beatriz de Lima el 21 de noviembre de 2001, y el 13 de marzo de 2002, se expide por el médico que estuvo a cargo de la intervención, un certificado en el cual consta que sus órganos genitales guardan concordancia con su identidad sexual femenina. Es mujer desde el punto de vista psicológico y fisiológico.

La fundamentación legal que asume el juzgado para dictar la sentencia es amplia. En el primer lugar, cita los artículos 138 y el numeral 8 del artículo 139 de la Constitución Política mediante los cuales se prescribe que los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y que están obligados a emitir sentencia aún en el caso de vacío o deficiencia de la ley. En segundo lugar, se funda en los artículos 2 y 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se funda también en la doctrina haciendo referencia a la libertad, en cuanto ser del hombre y consecuentemente, a la libre decisión de la persona para proyectar su vida, para el libre desarrollo de la personalidad, es decir, decide por sí misma el rumbo de su existencia.

El juzgado considera que, «no obstante practicada la intervención quirúrgica, la situación del transexual no cambiaría si no se produce el cambio de nombre y sexo en su partida de nacimiento, en su documento de identidad, en todos sus papeles». Cabe resaltar, que el juzgado a pesar de reconocer la importancia y consecuente necesidad de un cambio de nombre en la documentación

permite considerar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad que una persona pueda adoptar sobre cómo vivir su sexualidad o las consecuencias de una determinada identidad sexual, cuestiones sobre las que el Estado no puede tener ninguna injerencia.

En otras ocasiones, dado el avance progresivo de los derechos fundamentales, las opciones personalísimas sobre cuestiones atinentes a la sexualidad ya no solo pertenecen a la esfera de las conductas privadas, sino que paralelamente han sido paulatinamente reconocidas como derechos. Hablamos de los derechos sexuales y reproductivos. Podrían entenderse afectados en este caso: el derecho a vivir una sexualidad placentera, responsable y libremente decidida; el derecho a la libre elección de prácticas sexuales; el derecho a la libre expresión de su orientación sexual, así como la regulación de las distintas situaciones que se desprenden de su ejercicio cotidiano; el derecho a la integridad corporal y la autonomía en el control del propio cuerpo.

El Tribunal encuentra inconstitucional que, «inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, susceptible de sanción la relación que establezca con uno de sus miembros. Por tanto, considera que es inconstitucional que el recurrente haya sido sancionado por sus supuestas relaciones ‘sospechosas’ con un transexual» (fundamento 24). Además, consideró, que se había atentado contra la libertad del recurrente al impedir el libre desarrollo de su personalidad, de sus legítimas opciones de vida, las que le corresponden como un ser humano; igualmente, considera que es inconstitucional que el recurrente haya sido sancionado por sus supuestas relaciones «sospechosas» con un transexual.

En la sentencia se considera que «el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada una de las esferas de desarrollo de la personalidad». Una de estas esferas de actuación del ser humano es el

derecho a su identidad y dentro de esta, al de su libertad sexual o de género.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional entiende que en un Estado constitucional de derecho, que se sustenta en una comunidad de hombres libres y racionales, las relaciones entre moral y derecho no se resuelven en el ámbito de los deberes, sino de las facultades (fundamento 24) «(...) Se está asumiendo que la opción y preferencia sexual de esa persona resulta ilegítima por antijurídica (...) se está condenando una opción o una preferencia cuya elección sólo corresponde adoptar al individuo como ser libre y racional» (Fundamento 23) «Asimismo, considerando ilegítima la opción y determinada preferencia sexual de una persona, con la consecuencia de sancionarla administrativamente, si es un servidor público, simultáneamente el Estado, de modo subrepticio, está imponiendo como jurídicamente obligatorio lo que él, autoritariamente, o una mayoría, juzga como moralmente bueno» (fundamento 24).

Finalmente, en esta sentencia se resuelve entonces el caso de un integrante de la Policía Nacional (PNP) que se casó sin permiso de la institución, y con un transexual. El Tribunal resuelve a favor del integrante de la PNP, pero no desarrolla si un transexual tiene o no derecho a contraer matrimonio, ya que en el caso no se puede determinar si la pareja del policía era o no transexual debido a plastias previas en órganos genitales.

#### **Sentencia N° 03605-2005-AA/TC**

Reconoce las uniones de hecho como una forma de familia que trae consecuencias distintas a las del matrimonio; pero no menciona las uniones entre homosexuales, lesbianas y transexuales.

#### **Sentencia N° 02273-2005-PHC/TC**

En el caso Karen Mañuca Quiroz (2005) la demandante interpone demanda de hábeas corpus contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC) por la negativa del organismo a otorgarle un duplicado de la última versión de su Documento Nacional de Identidad, lo cual

de urgencia del reconocimiento de su identidad sexual como mujer a través de la modificación de su sexo de masculino a femenino en los correspondientes documentos registrales. La acción la dirige contra el Ministerio Público y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil con la finalidad de que el juzgado disponga el cambio de datos sobre su sexo consignado en su documento en referencia. Su petitorio fue declarado fundado por un Juzgado Especializado en San Martín, pero luego revocado por la Sala de la Corte de Tarapoto, por considerar que esta materia no debía resolverse mediante un amparo sino en un proceso de conocimiento. Contra esta decisión se interpuso recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, quien lo resolvió con la sentencia objeto de análisis.

Esta sentencia del Tribunal Constitucional fue emitida por mayoría y con el voto en contra de dos magistrados. La sentencia empieza por reiterar lo expresado en la sentencia del caso Karen Mañuca Quiroz, respecto a la dimensión objetiva y que tiene su origen biológico y cromosómico o genético, que lo torna en indisponible para su titular, lo que autoriza a cambiar el nombre pero no el sexo registrado en el nacimiento. Es así que señala: «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). «Esta doctrina de la indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil, ya se encuentra en lo resuelto por este Tribunal en la STC 2273-2005-PHC/TC, donde se autorizó el cambio de prenombre del

recurrente (de masculino a femenino), pero manteniéndose «la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento)» (punto 2 resolutivo; énfasis añadido). Coherente con ello, la LORENIEC no prevé el cambio de sexo, pero sí contempla la inscripción de los cambios o adiciones de nombre (cfr. artículo 44, inciso «m», de la LORENIEC)» (Fundamento 7).

Según refiere la sentencia acotada, la inscripción sobre el sexo asignado en el acta de nacimiento, que se hace en función de la apariencia biológica y anatómica, puede ser modificada posteriormente solo en caso de comprobarse, mediante certificaciones médicas, la existencia de intersexualidad o hermafroditismo, pero no procede tal modificación en casos como los del demandante, que se define como transexual y que padece de una patología psicológica, porque su sexo biológico masculino no se corresponde con el sexo femenino al que manifiesta sentirse inclinado, lo que ha llevado a someterse a tratamiento hormonal, a una intervención quirúrgica de modificación de sexo y a realizar pruebas psicológicas en España. Estas consideraciones llevan a la sentencia a descartar el cambio de sexo solicitado, porque considera que el transexual padece de un trastorno de la personalidad de tipo mental o psicológico, sin ninguna alteración biológica ni anatómica. Agrega el fallo, como sustento a su decisión, que no existe certeza científica acerca de que la intervención quirúrgica sea la solución más adecuada para casos de transexualismo, ya sea porque puede limitarse a cambios artificiales en la morfología externa de los órganos genitales, o porque pueda generar otros nuevos desajustes en la relación somático-psicológica del individuo o incluso porque la persona pueda no sentirse satisfecho de su nueva situación y quiera retornar a la anterior.

Otro argumento que sustenta la sentencia y que no se tiene certeza es cuando refieren los magistrados que «este Tribunal es consciente de que una decisión favorable al pedido de cambio de sexo de P.E.M.M., podría generar que se invocara este caso para estimar casos similares —teniendo en

de las personas trans quienes a diferencia de otras personas deben validar su identidad y su subjetividad ante los jueces.

#### **4.- La doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Constitucional**

Como se ha referido en la Sentencia 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, además se asoció a la idea de que cualquier alteración de la identidad en función de ese criterio debía ser entendido como un «trastorno» o una «patología».

A la luz del caso Romero Saldarriaga (Sentencia 06040-2015-PA/TC), el Tribunal estima analizar la postura jurisprudencial antedicha si debe ser proseguida o no, a razón de la posibilidad de reconocer qué clase de alcances tiene el derecho a la identidad personal de los transexuales. Máxime si la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal vincula a los jueces a entender el sexo como un componente exclusivamente estático, restando discrecionalidad para analizar los casos en los que se solicitaba la modificación del sexo en los documentos de identidad, así las cosas, los justiciables difícilmente podrían acceder a un reconocimiento judicial de sexo, ya que la doctrina jurisprudencial del Tribunal al dilucidar los alcances del derecho a la identidad personal, bloqueaba la posibilidad de acceso.

Ahora bien, al haberse adscrito el Tribunal al entendimiento del sexo como una construcción social, señaló en el párrafo 14 que: «La forma en que [la persona] 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».

En ese sentido, pese a que el Tribunal en la redacción de toda su sentencia solo se refirió a las personas transexuales (quienes se han sometido a los denominados procedimientos de «reasignación genital» y que, por tanto, son solo una variante dentro de las personas trans), el derecho constitucional a la identidad personal debe ser garantizado también a otros sujetos, como las personas trans no binarias y toda persona que en general no se identifique dentro del sistema binario hombre-mujer. Ello debido a que la idea del sexo como construcción social «trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino».

La definición de la identidad de género por el Tribunal no ha considerado como referente a 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. Sin embargo, el Estado peruano debe considerar que, en el caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se reconoció la importancia de dicho instrumento de soft law (los Principios de Yogyakarta) para determinar las obligaciones contraídas por los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por lo desarrollado, cabe señalar que, si bien la sentencia bajo estudio ha establecido importantes avances, aún quedan algunos estándares que deben continuar siendo exigidos en favor de las diversidades de género y que nos deben llevar a continuar repensando el Derecho desde una lógica no binaria para subvertir las categorías legales de hombre y mujer que desde el orden jurídico se han legitimado.