

DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

LA DEMOCRACIA DE LAS MINORÍAS: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL CAMBIO DE SEXO DE LAS PERSONAS POR EL TC DEL PERÚ

THE DEMOCRACY OF MINORITIES: THE RECOGNITION OF THE RIGHT TO THE CHANGE OF SEX OF PEOPLE BY THE TC OF PERU

<i>Recebido em:</i>	23/04/2017
<i>Aprovado em:</i>	09/06/2017

Anibal Quiroga León¹

RESUMEN

La democracia representativa supone como premisa esencial la primacía de la voluntad de las mayorías sobre las minorías, ya que es un proceso cuantitativo que tiene una traducción política cualitativa. Pero eso no significa en modo alguno que la mayoría esté autorizada a aplastar o desaparecer a la minoría, ya que eso, pudiendo ser legal, no resulta ni legítimo ni democrático. Es, más bien, antidemocrático. Ahí están las experiencias numéricamente

¹ Profesor Principal y ex Editor General de la Revista *Derecho-PUC* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima; Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; Investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-UNIDROIT (Roma, 2002); Ex Codirector de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional; Ex-Presidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República; Secretario Ejecutivo del Centro de Investigaciones de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO); Abogado. E-mail: asdasdasd12395@yahoo.com



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

mayoritarias del nazismo, del fascismo o del comunismo que, so pretexto del bien de una mayoría, intentaron desaparecer a las minorías de sus sociedades, con las consecuencias que todos conocemos. Y es que mayoría y minoría forman parte de un todo democrático. La exclusión de cualquiera de ellos (la minoría se impone sobre la mayoría o la mayoría aplasta a la minoría) excluye al resultado de un verdadero valor democrático. Pedro de Vega enseñaba que la verdadera democracia no es aquella donde todo piensen y sientan de igual manera, monocorde; sino aquella sociedad en que el conjunto de gentes puedan pensar y sentir diferentes y sin embargo compartir un espacio y una sociedad de modo igualitario sobre la base de un común denominador y de valores e ideales mínimos de respeto por todos. El TC del Perú (TC) acaba de sentenciar un importante caso, dejando de lado una posición doctrinaria anterior (que no era precedente vinculante) ha determinado que una persona (nacida biológicamente como hombre o mujer) tiene derecho a solicitar al Estado el reconocimiento del cambio de sexo, y que ese nuevo género sea ingresado a su ficha en el RENIEC a fin de que la sociedad, el Estado y el sistema legal le reconozca y de trato con el nuevo género voluntariamente escogido.

Palabras clave: Minorías; Democracia; Inclusión Social; Políticas públicas

ABSTRACT

Representative democracy presupposes the primacy of the will of the majorities over minorities, since it is a quantitative process that has a qualitative political translation. But that does not mean in any way that the majority is authorized to crush or disappear the minority, since that, being legal, is neither legitimate nor democratic. It is, rather, undemocratic. There are the numerically majority experiences of Nazism, fascism or communism which, on the pretext of the good of a majority, tried to disappear the minorities of their societies, with the consequences that we all know. And it is that majority and minority are part of a democratic whole. The exclusion of any of them (the minority



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

imposes itself on the majority or the majority crushes the minority) excludes the result of a true democratic value. Pedro de Vega taught that true democracy is not the one where all think and feel the same way, monocorde; But that society in which the group of people can think and feel different and yet share a space and a society equally on the basis of a common denominator and values and minimum ideals of respect for all. The TC of Peru (TC) has just sentenced an important case, leaving aside a previous doctrinaire position (which was not binding precedent) has determined that a person (born biologically as a man or woman) has the right to request the State recognition of the Sex change, and that this new gender be entered in his file in RENIEC so that society, the State and the legal system recognize him and of treatment with the new genre voluntarily chosen.

Keywords: Minorities; Democracy; Social inclusion; Public Policy.

I. SENTENCIA DEL TC DEL PERÚ QUE RECONOCE EL CAMBIO DE SEXO DE LAS PERSONAS

El TC se encuentra definido en el texto de la Constitución como el *Órgano de Control* de la misma ⁽²⁾. Esto significa que la Constitución peruana de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V *De las Garantías Constitucionales* ha optado de manera clara y meridiana por el denominado control ad-hoc de la constitucionalidad, también conocido como el *modelo europeo* o de *justicia constitucional concentrada* ⁽³⁾, con todo lo que ello

(2) Cabe señalar que en proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993 que se preparó durante el Gobierno Transitorio que tuvimos desde diciembre del 2000 hasta julio del 2001 se ha sugerido que se la definición del TC sea modificada por la de *intérprete supremo de la Constitución*. Ello tomando como ejemplo lo que prevé la Constitución Española de 1978, desarrollada en el Art. 1 de la Ley Orgánica del TC 2/1979.

(3) FIX-ZAMUDIO, Héctor.- *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional. (1940-1968)*; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances. Su ley orgánica le adiciona, además, ser el supremo intérprete e integrador de los postulados constitucionales.

Siendo el TC el órgano de control de la Constitución, le corresponden dos prerrogativas esenciales que son implícitas al poder del control: i) la interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y, ii) dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás Órganos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la Nación

Corresponde al TC, dentro de esta misma premisa de ser el supremo intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes* con efecto vinculante, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que pueda determinar el alcance de las trascendentes facultades que la Constitución Política del Perú le ha conferido.

La función de control directo que la Constitución ha asignado al TC se halla definida en tres facultades o potestades específicas a saber: i) La determinación en instancia única que una Ley debe ser derogada *erga omnes* por contravenir la Constitución en la forma o en el fondo; ii) La dirimencia de los conflictos de competencia o de atribuciones de los órganos constitucionales, según la interpretación del alcance de las mismas en la Constitución; y, iii) La resolución en última y definitiva instancia de las resoluciones provenientes del Poder Judicial en las acciones de garantía constitucional de hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, siempre que su sentido haya sido desestimatorio al



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

demandante en sede judicial y por la vía del Recurso de Agravio Constitucional en la llamada *jurisdicción negativa de la libertad*.

En el ejercicio de esta última facultad es que se expide la Sentencia que es materia de análisis, en tanto el demandante interpone Recurso de Agravio Constitucional (RAC), que es el medio impugnativo contra las sentencias expedidas en segunda instancia en el Poder Judicial, que posibilita a las personas a acudir al TC como última instancia para obtener el restablecimiento de sus derechos constitucionales vulnerados o amenazados.

El RAC es el medio de impugnación constitucional mediante el cual la Constitución establece que el TC conozca, de modo excepcional, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento en lo que se ha denominado por la doctrina nacional la *jurisdicción negativa de la libertad*. Lo que quiere decir –recuerda Bernal–⁽⁴⁾ que interpuesto el respectivo recurso impugnatorio, tomará conocimiento y ejercerá jurisdicción sobre el fondo y forma del asunto, emitiendo la última resolución que pasará, así, en calidad de cosa juzgada.

Del voto en mayoría.-

El RAC interpuesto por el demandante, quien se identifica con nombre femenino, fue contra la resolución expedida por la Sala colegiada de segunda instancia del Poder Judicial, que revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que había declarado fundada la pretensión de cambio de nombre y, reformándola, la declaró improcedente.

La demanda de amparo constitucional fue interpuesta contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y contra el Ministerio Público (MP), solicitándose el

(4) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. “*El amparo contra el abuso de poder*”: en Legal Expres: suplemento de Gaceta Jurídica, año 2 N 21. Lima, p. 844.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

cambio de su nombre y sexo en sus documentos de identificación sosteniendo que, desde su infancia, pese a haber nacido biológicamente con el sexo masculino (tal como fue identificada desde su nacimiento) siempre se ha identificado como 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.***

El demandante alegó que toda su vida se ha identificado como una mujer, lo que ha derivado una vida marcada por la discriminación y abusado por sus compañeros de clase y sus propios padres quienes lo maltrataban física y psicológicamente para forzarle el común comportamiento varón. Terminado el colegio optó por adoptar una fisonomía más femenina, se sometió a una cirugía de cambio de sexo en España, que implicaba ingesta de hormonas, implante de siliconas y vaginoplastía acompañado de un tratamiento psicológico como soporte emocional. Sin embargo, los actos discriminatorios no cesarían

El Juez de primera instancia declaró fundada la demanda al considerar que se ha 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. Agregando que el ***sexo constituye una unidad biopsicosocial, por lo que es la persona quien decide libre y voluntariamente a que sexo pertenecer.*** Asimismo, dejó sentado que el Estado debe 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 respecto a su dignidad.

El RENIEC apeló aduciendo, en cuanto a la forma, que el cambio de prenombre y sexo pudo haber sido reclamado en otra vía igualmente satisfactoria. En cuanto al fondo sostiene



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

que el TC cuenta con doctrina en la que precisa que no es viable solicitar el cambio de sexo de conformidad con la legislación nacional.

Este antecedente a que hace referencia el RENIEC es la STC 0139-2013-PA/TC que 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 que cualquier alteración de la identidad en función de este criterio debía ser entendido como un “trastorno” o una “patología”, con lo cual existía una elevada probabilidad de desestimar los pedidos vinculados al cambio de sexo

El TC ha decidido en este caso reanalizar nuevamente los alcances del derecho a la identidad personal llegando a considerar que su propio antecedente suponía un severo e irrazonable impedimento para la viabilidad de esta clase de pedidos en el Poder Judicial asumiendo que el transexualismo era una mera cuestión patológica y/o médica; sin embargo, las actuales evidencias científicas aclaran que ello no es así.

Por ejemplo, la *American Psychological Association (APA)*, entidad de prestigio mundial, sostiene que este enfoque se encuentra superado la tipificación como enfermedad o trastorno, derrotero seguido por la *Organización Mundial de la Salud (OMS)*. 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 para clasificarlo como uno de disforia de género, excluyéndola expresamente de ser una patología ⁽⁵⁾.

(5) La transexualidad forma parte de la lista de enfermedades mentales de la OMS, sin embargo, a partir de este año se han hecho conocidas las intenciones de la OMS de dejar de considerar tal categorización de “desviación sexual” a “disforia de género” tal como lo ha hecho al APA.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

De esta manera se abandona la idea que para el Derecho el sexo viene a hacer biológico, femenino o masculino según sea cromosoma XX (femenino) y XY (masculino), por tanto, se afirma que el sexo es una realidad extrajurídica y puramente biológica que debe ser respetada por fundarse en la “naturaleza de las cosas” (Art. 103 de la Constitución), convirtiéndose en indisponible para el individuo. Considerando como “excepción” los casos en que exista un desajuste biológico, 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 o errores biológicos que el individuo registrado no haya causado voluntariamente (fundamento 9).

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 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). Estas entidades han coincidido 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.

Entonces, el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología; así las cosas, y en consonancia con estas evidencias, respaldadas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por los organismos internacionales, el



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

TC consideró dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial desarrollado hace algunos años.

El TC 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.

El TC con esta sentencia ha dejado claro que las personas transexuales pueden realizar esta clase de pedidos en la vía judicial ordinaria, existiendo entonces una vía judicial igualmente satisfactoria en la que la parte recurrente puede hacer valer el derecho que ahora invoca.

De los fundamentos adicionales de voto de dos de los Magistrados Ledesma y Espinoza.-

Agregando al razonamiento en mayoría, dos de los Magistrados decidieron expedir sus respectivos votos de fundamento adicionales complementando la motivación del mismo según sus perspectivas.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

Así, la Magistrada Ledesma, considera que en mérito a una interpretación dinámica, progresiva y evolutiva de las disposiciones constitucionales, en el momento actual, se debe permitir afrontar el problema sobre la interpretación de determinadas cláusulas constitucionales. Así, *“todo cambio de 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).

Desarrolla su fundamento en la obligación estatal de protección de las minorías, que en el presente caso se ve representada por las personas trans. El TC ha sostenido que *“la democracia implica 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 sino se encuentra 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”*.

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 sido siempre variando con el mismo transcurrir de las sociedades y los tiempos. 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



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

morfológico no coincide con el psicológico y con el asignado legalmente entonces debería prevalecer el sexo psicológico.

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 a la personalidad ⁽⁶⁾.

Ahora bien, 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 la jurisprudencia de los tribunales internacionales autorizados para interpretarlos (Art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), es posible concluir que la orientación sexual y la identidad de género son expresiones de la diversidad de la naturaleza humana que merecen protección constitucional.

Por lo tanto concluye que el Estado debe emprender a este respecto, tanto en virtud de los principios constitucionales como en razón de las obligaciones internacionales provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución como del Art. 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

⁽⁶⁾ Cfr. Exp. No 2868-2004-AA/TC, FJ. 14



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

general y del desarrollo integral y equilibrado de la Nación, como dispone el Art. 44° de la Constitución.

Por su parte, el Magistrado Espinosa inicia su discurso señalando que 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 autoconstrucción personal, la cual, por lo mismo, no puede ser impuesta por nadie. Intentar imponer una identidad a alguien implica en los hechos negar a ese alguien y a la vida que quiere vivir y disfrutar.

Hoy para alcanzar su reconocimiento jurídico, ser considerada una persona transexual involucra ser descartado encontrarse dentro de una patología psiquiátrica, o anomalías cromosómicas u hormonales (propias más bien de estados intersexuales). La transexualidad no es una enfermedad (en rigor, nunca lo fue ni debió ser entendida así).

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 pruebas de adecuación (intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales de adecuación sexual), 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.

Resalta asimismo que, más que encontrarnos con un tema de tutela del discriminado, estamos ante un caso de afirmar los alcances del derecho a la identidad. Trae a colación el párrafo 19 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "*Orientación sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares*



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

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 el caso Karen Atala vs. Chile del 2012 y Duque vs. Colombia o en el reciente Flor Freire contra Ecuador, donde se considera la identidad de género y a la orientación sexual como categorías o aspectos protegidos por la Convención Americana.

Propone que en una dinámica tuitiva de derechos, bien pudieran ser entendidas en sede administrativa como sucede en Argentina y Bolivia; sin embargo, esta 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 TC.

Sostiene de manera enfática que la doctrina jurisprudencial destinada a apuntalar una indisponibilidad del sexo (STC 139-2013-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 modifique un dato identificatorio que viola su identidad, no es afortunadamente un dogma irrefutable. Coincide en dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 139-2013-PA/TC.

De los votos singulares de los magistrados Urviola, Blume y Sardón 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.-



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

Los votos singulares opuestos a la mayoría en la sentencia del TC carecen de eficacia jurídica dado que no vincula jurídicamente a las partes, pero sí forman parte del mismo fallo y sí ostentan un valor jurídico de considerable relevancia en el marco del Estado Constitucional para explicar el sentido final del fallo mismo, a la par de contribuir a una actividad pedagógica. Expresan, al mismo tiempo, el sentido de la mayoría y la minoría en una actividad democrática, como el proceso de sentencia en el TC. Funciona como un disenso que evalúa las razones expresadas por la posición mayoritaria. Un voto singular no está dirigido solamente a los colegas jueces, sino también a la opinión pública (7).

En ejercicio de esta facultad tres de los siete Magistrados expresaron su claro rechazo a la posición mayoritaria considerando que la demanda de amparo que motivó debió ser declarada improcedente en todos sus extremos, por considerar que la intención del TC en la STC 139-2013-PA/TC en ningún momento fue considerar a la transexualidad sea una patología, toda vez que a la fecha la OMS es quien así lo define, independientemente de las especulaciones que formulan los votantes en mayoría sobre la actividad futura de la OMS sobre el particular.

Sostienen que 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 TC. Y el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(7) Cfr. LANDA ARROYO, César. *Los votos singulares en la jurisprudencia del TC del Perú*. Ediciones ECB, Thomson Reuters. Lima, 2012. Pp. 25 y sgtes.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

que respaldaría su posición se trataría de una traducción mal empleada, resultando que lo que se dice por dicho Tribunal no corresponde a lo que éste realmente ha sostenido. Enfatizando 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.

De lo que se trataría pues es de apreciaciones erradas sobre las formulaciones de la doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia No 0139-2013-PA/TC, en tanto, los Informes médicos emitidos que obraban en el Exp. judicial, en ningún caso refieren el demandante sea intersexual o hermafrodita, sino que padece un trastorno de orden psicológico. Así el cirujano plástico reconstructivo y estético no dejó constancia que la paciente sea intersexual o hermafrodita, sino que padece un trastorno de orden psicológico.

Es a partir de estas pruebas que el TC determinó que no se trataba de 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 necesitaba 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 trataba pues, de “una persona que muestra una incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico” (STC 139-2013-PA/TC, fundamento 12).

Por lo tanto, los médicos al hablar de diagnóstico hicieron referencia a una enfermedad que denominaban “*transexualismo*”. El TC no es un organismo especializado en



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

tema médicos, recurre a la información científica para entender que es la sexualidad y la opinión autorizada respecto de la OMS que clasifica al transexualismo dentro de los trastornos de la personalidad.

Concluyen de manera categórica que el sexo como elemento de identidad es el que corresponde al biológico y que éste no puede ser modificado (salvo excepciones), por lo que 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 socio cultural”*.

Un extremo interesante que plantea este voto singular es el análisis, conforme al principio de previsión de consecuencias, podría generar que se invocara este caso para estimar casos similares. Asimismo, existen otros efectos que no toma en cuenta la sentencia del TC, tales como:

- i) Una persona que legamente 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), 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.
- ii) 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 de edad; o si los padres podrían solicitarlo en representación de sus hijos menores.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

- iii) Habría que definir si para el cambio registral de sexo será necesaria la previa cirugía transexual.
- iv) Habría que precisar si se requieren pericias o informes médicos y/o psicológicos que diagnostiquen el trastorno sexual y el número de estos dictámenes.
- v) Habría que indicar si se exigirá un periodo 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.
- vi) 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.
- vii) Tendría que tenerse una respuesta a los casos en que el transexual estando casado requiere la intervención del cónyuge y si el cambio de sexo en el registro acarrearía la disolución del matrimonio y la relación materno- filial y paterno -filial.

La referencia en la sentencia al caso ante la Corte IDH Karen Atala vs. Chile y Duque vs. Colombia, en los cuales se precisó que la idea de la *“identidad de género”* encuentra cobijo en el Art. 1.1. de la Convención Americana, no obstante no existe regulación a nivel internacional 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. Además estos casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no fueron personas que reclamaban el cambio de sexo en los registros civiles de sus Estados.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

El recurrente en ningún momento aduce ser cromosómica, hormonal, gonádica o morfológicamente correspondiente al sexo femenino. El reclamante 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)*”, por lo que consideran que la demanda debió ser declarada improcedente.

De la posición de la Defensoría de Pueblo: Informe Defensorial “*Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*”.-

Conforme a la Constitución peruana la Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo, constituido con la finalidad de defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos de la ciudadanía. En el ejercicio de estas facultades y en atención a la situación de muchas personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) en el Perú, que demuestra la necesidad de contar con una política pública que atienda la grave situación que impide ejercer sus derechos fundamentales en condiciones de igual y discriminación es que ha expedido el Informe Defensorial “*Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*” tratando esta problemática.

Según la Defensoría del Pueblo las personas LGBTI afrontan una serie de problemas en el ejercicio de sus derechos a causa de los prejuicios, estereotipos y estigmas sobre su orientación sexual e identidad de género. La primera, entendida como la capacidad de la



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

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 sexuales con estas personas y, la segunda, referida a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona lo siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento.

Esta situación lo convierte en grupo especialmente vulnerable y proclive a sufrir atentados contra su vida e integridad, discriminación, exclusión y negación de derechos no solo por las autoridades o terceras personas sino también por su propia familia y entorno más cercano. Abusos que se sustentan en prejuicios, estereotipos y estigmas en torno a su orientación sexual e identidad de género.

Respecto al caso de los trans en el ejercicio de su derecho a la identidad, sea por estar indocumentados o porque no exista correspondencia entre el sexo y nombre asignado que aparece en el DNI, y resaltan su incorporación al “Plan Nacional Perú contra la indocumentación 2011-2015”. Este plan considera a las personas transgénero como un grupo de atención prioritario, al señalar que la problemática de indocumentación en el Perú está relacionado –entre otros motivos- con la exclusión y la discriminación que los afecta. Se reconoce que “el problema se agudiza al gestionar sus documentos de identidad, por cuanto no se les permite presentar una fotografía con la imagen que habitualmente ostenta, ni firmar con el nombre que socialmente emplean, constriñéndolas a presentar la documentación en función de su identidad legal, razón por la cual muchas de estas personas optan por no tramitar su DNI, permaneciendo en situación de indocumentadas”.

En abril de 2016 se conformó un Grupo de Trabajo para la documentación de las personas transgénero, presidido por la Gerencia de Restitución de la Identidad y Apoyo



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

Social (GRIAS) del RENIEC. El plan de acción de este grupo contempla la elaboración de una propuesta normativa que facilite a la población trans realizar el cambio de sexo de manera administrativa, así como un protocolo de atención a las personas trans en las diferentes instancias del sistema de identificación a cargo del RENIEC.

Explica que los seres humanos pueden ir construyendo su identidad personal a partir de su sexualidad, ésta es considerada como un aspecto trascendental en la configuración de la identidad de las personas y por ello es su derecho poder ir construyendo su identidad sexual a partir de sus convicciones y sentimientos. La identidad sexual tiene tres componentes: i) la identidad de género, ii) el rol de género y iii) la orientación sexual:

- i) La identidad de género.- que es la convicción íntima y profunda que tiene cada persona de pertenecer a uno u otro sexo, más allá de sus características cromosómicas y somáticas;
- ii) El rol de género.- referida a la expresión de masculinidad o feminidad de un individuo, acorde con las reglas establecidas por la sociedad y;
- iii) La orientación sexual, vinculada a las preferencias sexuales en la elección del vínculo sexo-erótico. ⁽⁸⁾

Por su parte los Principios de Yogyakarta ⁽⁹⁾ recomiendan a los Estados adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de

⁽⁸⁾ SIVERINO BAVIO, Paula. *Diversidad sexual y derechos humanos: hacia el pleno reconocimiento de las personas sexualmente diversas*. Op. Cit., p. 14.

⁽⁹⁾ *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona – incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos- reflejen la identidad de género que la persona define por y para sí. ⁽¹⁰⁾

Se advierte que también que los estados siguen considerando al sexo como un elemento estático de la identidad de las personas que, no puede ser cambiado. Esta concepción estática de la identidad responde a una definición clásica, la cual ha sido superada ampliamente en los últimos años, pues existe doctrina que señala que el sexo está conformado no solo por elementos biológicos o cromosómicos sino también por elementos psicológicos, sociales, culturales, entre otros. De ahí que el propio Fernández Sessarego haya reconocido, con posterioridad, que los elementos del sexo no son estables, por lo que debería descartarse una concepción estática de la sexualidad ⁽¹¹⁾

Por eso concluye que para la tutela y el ejercicio pleno del derecho a la identidad de las personas trans no basta con la inscripción del sexo asignado al nacer en los registros civiles, pues este puede variar en función de la vivencia y sentir de cada uno. ***Se requiere de una protección real que tutele esta nueva concepción de la identidad, la misma que no debe estar ligada necesariamente a su genitalidad*** (subrayado agregado).

El impedir el cambio de nombre y sexo en el registro civil de nacimiento y en el documento nacional de identidad es una afectación a la identidad de las personas trans, en

⁽¹⁰⁾ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los Derechos Humanos. Disponible en <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>

⁽¹¹⁾ FERNÁNDEZ SESSAREGO, César. *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima, Universidad e Lima: 1990, p. 174.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

consecuencia se les excluye a una serie de servicios, además de vulnerarse su derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de identidad de género.

Estas vulneraciones afectan directamente a la dignidad humana como valor intrínseco, principio central del ordenamiento constitucional peruano y base de todo el marco normativo internacional de protección de la persona humana. Este marco genera obligaciones para el Estado peruano que debe respetar, garantizar y satisfacer el derecho a la identidad de las personas trans, dado que son un colectivo vulnerable expuesto a la violencia, al asesinato y a la negación de sus derechos.

Por ello el cambio de nombre y/o sexo de las personas trans debe ser considerado como una manifestación del derecho humano a la identidad que genera obligaciones que todo Estado debe cumplir. El cambio de nombre y/o sexo forma parte del derecho a la identidad y como tal debe ser facilitado por los registros civiles, e incorporado en los documentos que identifican a las personas.

En el ordenamiento jurídico peruano las principales garantías del derecho a la identidad son la inscripción en los registros civiles y el acceso al DNI. De ahí que las solicitudes de cambio de nombre y/o sexo de las personas LGBTI deban orientarse a que este cambio se formalice en estos registros y, como consecuencia, en los documentos de identidad (el DNI y el pasaporte).

El ordenamiento jurídico peruano protege a la identidad en sus diversas manifestaciones (nombre, inscripción de nacimientos, entre otros), tanto a nivel constitucional como legal. Pese a ello, se requiere mejorar el ámbito de protección del



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

derecho a la identidad de género con el fin de atender la realidad de las personas trans que requieren especial protección al ser un grupo vulnerable.

El derecho a la identidad está reconocido como un derecho fundamental en virtud del Inc. 1 del Art. 2º de la Constitución Política, que establece que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y, a su libre desarrollo y bienestar”. Dado que este reconocimiento es indeterminado, su especificación debe ser desarrollada mediante una norma legal o través de jurisprudencia.

II. A MANERA DE CONCLUSIÓN.-

Como se puede apreciar hay tres posiciones frente al llamado “*derecho de género*”. En la primera la determinación es absoluta: la biológica. Se nace cromosomática y genéticamente como hombre o mujer (XX o XY) y eso lo determina la biología y la naturaleza, y eso no se puede alterar. O se es hombre o se es mujer, y eso además se demuestra con la existencia de los genitales que corresponden a uno u otro género. Por lo tanto, resulta antinatural –por la razón que fuera- que a lo largo de su vida esa determinación natural no puede ser alterada por la mano humana ni por las leyes del Estado. En la segunda posición, al extremo opuesto, el derecho del género explica que la determinación del sexo ya no es una marca genética, ni biológica, sino una “adquisición cultural”. Si bien las personas nacen en principio como hombre o como mujeres, será en entorno social, cultural, familiar y el medio ambiente el que determine finalmente el género que se quiera adoptar. Por lo tanto, el sexo sería una “determinación social y cultural” perteneciente a la esfera de la intimidad de cada persona, por lo que independientemente del sello biológico con el que se nazca, una persona a lo largo de su vida puede desarrollar la



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

conducta, forma y maneras del otro sexo, y tienen derecho a que ello se reconocido, admitido y protegido por el Estado.

En la posición intermedia es donde la Sentencia (en mayoría) del TC se asienta. En esta posición ecléctica se determina que las personas nacemos con una sexo determinado por la biología humana, y por una carga cromosomática. Y eso es definitivo. Pero, también reconoce que algunas de estas personas van a desarrollar un comportamiento correspondiente al género opuesto. Y eso que antes se consideraba como una patología, y se deja fuera del reconocimiento estatal, ahora (reproduciendo nuevos conceptos de la Organización Mundial y de la American Psychological Association (APA)), y tomando como base precedentes de la Comisión Interamericana de DDHH, de la Corte Interamericana de DDHH, del Tribunal Europeo de DDHH y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los DDHH, se descarta la concepción patológica en el cambio de sexo, adoptándose aquella que determina que es una **“disforia de género”**, anteriormente llamada trastorno en la identidad sexual, lo que constituye un diagnóstico psiquiátrico asignado a las personas que sienten una discordancia significativa o distrés entre el sexo asignado al nacer, con el que no se identifican ni sienten como propio, y la identidad de género adoptada voluntariamente en su vida consciente.

Esto es lo que ha reconocido como nueva posición doctrinaria el TC, dejando de lado sentencias anteriores en que negaban esta posibilidad. Pero, el TC se ha lavado las manos y ha determinado, en posición mayoritaria, que ese no es un derecho que haya que pedir al TC, ni que la vía del amparo constitucional sea la idónea para ello, sino que ha indicado que ese derecho a la determinación de un género diferente al determinado en el nacimiento hay que solicitárselo al juez del poder judicial, como cuando se hace una rectificación de partida o cambio de nombres.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

Sin duda alguna es un cambio y un avance que el TC, en mayoría, ha reconocido. También es verdad que la nueva composición del TC ha facilitado ello, donde visiblemente dos de sus actuales integrantes comulgan evidentemente con estas ideas, haciendo inclusive su defensa pública. La comunidad LGTBI constituye una minoría (y no dejará de serlo) cualitativamente significativa como para carecer de reconocimiento del Estado o como para que sus integrantes no vean satisfechos de modo pleno el respeto y disfrute de sus derechos fundamentales.

Dentro de este análisis, es fácil encontrar fundamentos y lugares comunes en la justificación a la esclavitud o para negar la igualdad de razas o para negar el sufragio a las mujeres o a los analfabetos o a los militares y policías. Todas estas discriminaciones históricamente superadas han tenido, y tienen, un común denominador: El miedo atávico del ser humano a lo desconocido. El avance social en la comunidad de ideas es imparable en el desarrollo de la humanidad y en la consolidación de un verdadero ideal de democracia y del Estado social de derecho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FIX-ZAMUDIO, Héctor.- *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional (1940-1968)*; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. “*El amparo contra el abuso de poder* “: en Legal Expres: suplemento de Gaceta Jurídica, año 2 N 21. Lima, p. 844.

LANDA ARROYO, César. *Los votos singulares en la jurisprudencia del TC del Perú*. Ediciones ECB, Thomson Reuters. Lima, 2012. Pp. 25 y sgtes.

SIVERINO BAVIO, Paula. *Diversidad sexual y derechos humanos: hacia el pleno reconocimiento de las personas sexualmente diversas*. Op. Cit., p. 14.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.177>

FERNÁNDEZ SESSAREGO, César. *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima, Universidad e Lima: 1990, p. 174.