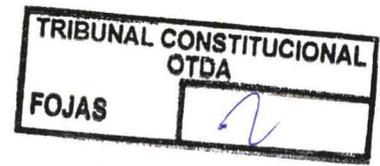




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

RAZÓN DE RELATORÍA

En la presente causa, la sentencia ha sido votada por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pero no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar sentencia, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de marzo de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente ~~sentencia~~, con el voto singular de los magistrados Mesía Ramírez y Eto Cruz, que se agrega

ASUNTO

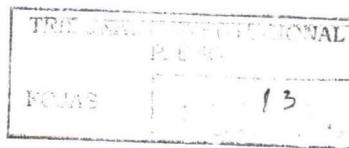
Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Rafael Alonso Ynga Zevallos, en representación de P.E.M.M. contra la resolución de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 361, su fecha 10 de septiembre de 2012, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de agosto de 2010, el recurrente, en representación de P.E.M.M. interpone demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y por consiguiente en su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

partida de nacimiento. Asimismo, solicita que esta demanda se ponga en conocimiento de la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima).

Alega el recurrente que su poderdante (en adelante, P.E.M.M.) obtuvo, mediante un proceso judicial de cambio de nombre ante el Juzgado Civil de San Martín (Exp. 104-2008), que éste fuera cambiado de un prenombre masculino (J. L.) a uno femenino (P. E.), cambio que fue inscrito como anotación marginal en su partida de nacimiento en la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima). Posteriormente P.E.M.M. solicitó al RENIEC que le expida un nuevo DNI con sus nuevos nombres (P.E.), adjuntando para ello la partida de nacimiento con la anotación marginal. Refiere que el RENIEC cumplió con cambiar el prenombre de P.E.M.M. pero indicando que su sexo es “masculino”, lo cual considera que afecta su derecho fundamental a la identidad pues esto le causa un estado de depresión e incomodidad.

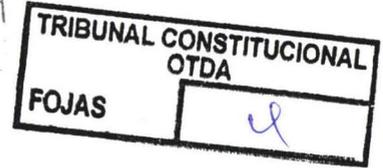
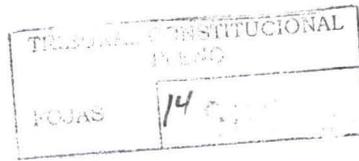
Aduce el recurrente que P.E.M.M. es un transexual, no un hombre, sino “*una mujer reasignada*” mediante una cirugía realizada en España, por lo que debe ser tratada como tal, y que no basta sólo tener un prenombre femenino, sino que el sexo señalado en el DNI debe estar acorde con su actual identidad.

Para el recurrente, la transexualidad es el fenómeno por el que algunas personas “*cambian su sexo y adoptan socialmente el sexo contrario al de su nacimiento, sin que exista una razón física aparente que parezca predisponer a esa decisión*”. Según el recurrente, en el pasado, cuando uno se preguntaba por el contenido que definía el sexo se pensaba que este era únicamente un elemento estático del ser humano, vinculado de manera exclusiva con la dimensión biológica y cromosómica; sin embargo, y gracias al avance de disciplinas como la psicología, la medicina o la antropología, la comunidad académica mundial ha convenido que el sexo es una característica dinámica ya que se da y evoluciona con el desarrollo de la persona, por lo que se puede hablar en la actualidad de un sexo social (actitud que uno asume en la sociedad) y un sexo psicológico (hábitos y comportamientos), los cuales muchas veces pueden diferir o ser contrarios al sexo cromosómico o biológico. Esto lleva a afirmar que el sexo, como categoría conceptual, debe ser visto como un todo, es decir, como una entidad bio psicosocial, por lo cual, de existir alguna contradicción entre esas dimensiones —la biológica o cromosómica, la física, social o psicológica—, es la persona la que elegirá libremente a qué sexo pertenecer y el sexo elegido debe guardar coherencia con el consignado registralmente.

Coherentes con este planteamiento, a juicio del recurrente, son las razones que esgrimió P.E.M.M. al solicitar judicialmente su cambio de prenombre: “*el nombre J. es propio de una persona masculina y no me identifico con dicho sexo y mucho menos con*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

el nombre antes referido, es por ello que solicito judicialmente el cambio de nombre, ya que me identifico con el sexo femenino”.

Según el recurrente, la medicina está proponiendo a la justicia lo que se conoce como la “teoría del sexo psicosocial”. El fundamento básico de esta teoría consiste en considerar la “*subjetividad*” del sexo como un dato del mismo rango científico que los datos biológicos, por lo que los juristas deben entender que si el sexo morfológico no coincide con el psicológico y, como consecuencia de ello, no coincide con el legalmente asignado, debe prevalecer el sexo psicológico. No obstante, precisa el recurrente que sobre esto no hay acuerdo científico, por lo que el Derecho “*debe enfrentarse a esta situación sin la certeza de la ciencia*” (fojas 81) y que su poderdante es un transexual que desde una óptica es varón y desde otra es mujer, “*ya que ni la intervención quirúrgica a la que se sometió ni el pretendido cambio de su nombre modifican este estado de hecho en virtud de la inmutabilidad de lo genético*” (fojas 87).

El RENIEC contesta la demanda expresando que ésta colisiona con el artículo 22 del Decreto Supremo N° 15-98-PCM (Reglamento de Inscripciones del RENIEC), que precisa los hechos inscribibles en el acta de nacimiento, entre los que no se encuentra el cambio de identidad sexual. Además, refiere que el Tribunal Constitucional en la STC 2273-2005-PHC/TC si bien ordenó el cambio de prenombre de masculino a femenino (Karen Mañuca Quiroz Cabanillas), mantuvo intangibles los demás elementos identificatorios (edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento.

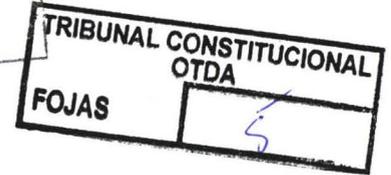
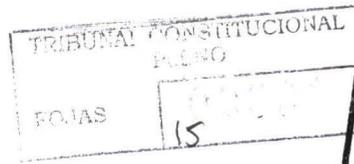
A fojas 170, la Fiscal Provincial Encargada de la Primera Fiscalía Provincial de Familia de San Martín, Tarapoto, devuelve la demanda, expresando que, de conformidad con el artículo 96° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Fiscalía Provincial Civil no interviene en esta clase de procesos.

La Municipalidad Distrital de Miraflores se apersona al proceso y afirma que si bien la demanda se sustenta en la STC 2273-2005-PHC/TC, en ella sólo se ordena el cambio de prenombre (de masculino a femenino: Karen Mañuca Quiroz Cabanillas) en el DNI, pero no de sexo.

El Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 3 de mayo de 2012, declara fundada la demanda, ordenando el cambio de sexo a femenino de P.E.M.M., tanto en su DNI como en su partida de nacimiento, por considerar que si en un inicio se pensó que el sexo era sólo un elemento estático de la personalidad del ser humano, al hacerse referencia al sexo biológico o cromosómico al momento de inscribir el nacimiento en el Registro Civil, dicha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

definición ha cambiado y así, desde un enfoque multidisciplinario, el sexo es un elemento dinámico, ya que se da en el transcurso del desarrollo de la persona y está referido a la peculiar actitud que asume ésta en sociedad (sexo social), a los hábitos y comportamientos (sexo psicológico), los que incluso pueden diferir del sexo cromosómico, por lo que de existir contradicción entre el sexo cromosómico, psicológico, físico y social (disforia de género), es la persona quien decide libre y voluntariamente a qué sexo pertenecer. En el caso de autos, P.E.M.M. se siente pertenecer al sexo femenino y no al masculino, existiendo una disociación entre su sentimiento, pensamiento y vida como mujer con la apariencia genital, repudiando su nombre y todo lo que tiene que ver con la condición masculina que le asignaron al nacer.

A su turno, la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, revocando la apelada declaró improcedente la demanda, por considerar que el amparo no es la vía idónea para pedir el cambio de sexo en el DNI y en la partida de nacimiento, sino el proceso de conocimiento conforme al artículo 475, inciso 1, del Código Procesal Civil.

FUNDAMENTOS

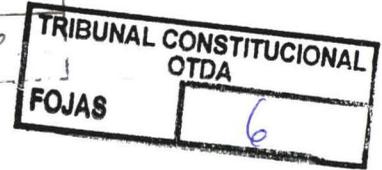
1) Delimitación del petitorio

En el caso de autos, el recurrente pide que se cambie el sexo (de masculino a femenino) en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M.M. Ello en razón de que ya ha conseguido judicialmente que su prenombre masculino sea cambiado por uno femenino (de J.L. a P.E.), y así consta en su partida de nacimiento y DNI, pero en dichos documentos su sexo permanece como masculino.

En cuanto al derecho fundamental supuestamente afectado en el presente caso, este Tribunal considera que éste es el derecho a la identidad. No sólo porque ese es el derecho invocado por el recurrente (cfr. fojas 70), sino también porque ya antes este Tribunal ha considerado que ese es el derecho involucrado en controversias relativas al registro de estado civil (cfr. SSTC 2273-2005-PHC/TC, 5829-2009-PA/TC). Debe mencionarse también que el recurrente hace una enumeración de otros derechos que, a su juicio, se relacionan con el derecho a la identidad (cfr. fojas 81 a 87), pero luego precisa que en concreto éste es el derecho que considera violado en el caso de autos (cfr. fojas 87), por lo que el pronunciamiento de este Tribunal se centrará en dilucidar si existe o no la alegada afectación al derecho a la identidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

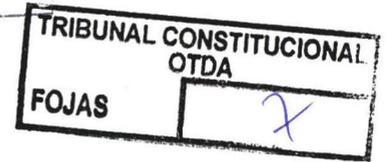
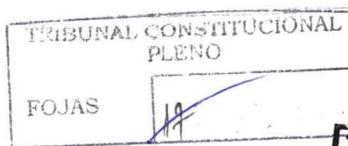
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

2) Sobre la vulneración al derecho a la identidad (artículo 2, inciso 1, de la Constitución)

1. Ya ha referido este Tribunal que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Constitución, *“entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)”* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21). *“La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros”* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 22). De esta forma, cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras, pero aun *“cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral”* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 23).
2. Ha destacado también este Tribunal que en nuestro ordenamiento jurídico el DNI permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; pero también constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución (cfr. STC 5829-2009-PA/TC, fundamento 6).
3. Respecto a la partida de nacimiento, este Tribunal ha señalado que *“es el documento a través de cual se acredita el hecho del nacimiento y, por ende, la existencia de una persona. Con este asiento registral y sus certificaciones correspondientes en los registros civiles se deja constancia del hecho inicial o*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

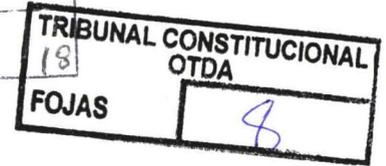
determinante de la existencia de una personalidad humana” (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 11) y permite la probanza legal:

- *Del hecho de la vida.*
- *De la generación materna y paterna, salvo las omisiones por legitimidad.*
- *Del apellido familiar y del nombre propio.*
- *De la edad.*
- **Del sexo.**
- *De la localidad en que surge a la existencia, que lleva consigo la nacionalidad.*
- *De la soltería, mientras no se ponga nota marginal del matrimonio (...)*
(STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 12; énfasis añadido).

4. Queda claro que el sexo forma parte de la identidad de la persona y, como tal, debe quedar correctamente constatado en el Registro del Estado Civil en donde se inscriben los nacimientos (cfr. artículo 44, inciso “a”, de la Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en adelante LORENIEC). El Tribunal Constitucional ha precisado al respecto que la identificación que se asigna al recién nacido relativa al sexo lo ubica en el género *masculino* o *femenino* y que entre los factores que pueden constituir el sexo del individuo (que cabe clasificar en *biológicos* y *psicosociales*), “*al momento de nacer la persona sólo se toma en cuenta el sexo anatómico*” (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 15), es decir, el *sexo genital*, que es parte del *sexo biológico*.
5. 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.
6. 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*).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

7. 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).
8. 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).
9. 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.
10. En el caso de autos, el recurrente en ningún momento aduce que P.E.M.M. sea cromosómica, hormonal, gonádica o morfológicamente correspondiente al sexo femenino. El recurrente sustenta 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. Asimismo, en la solicitud judicial de cambio de prenombre que presentó P.E.M.M. (expediente N° 00104-2008, que viene como acompañado), ésta afirma 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 con sus documentos se *“confrontaba con una realidad no deseada, la de que biológicamente era hombre”*, y 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),*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

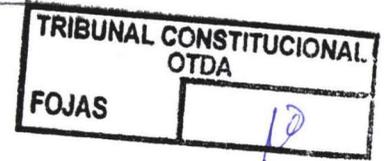
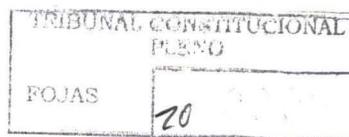
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

podía superar esta patología” (fojas 30-31). Es claro que no *identificarse* con el sexo biológico masculino o *sentirse* del sexo femenino, hace alusión a una *“patología”* (como ella misma le llama) psicológica, como lo prueba además, según ella manifiesta, haber sido sometida a una *“evaluación minuciosa”* de orden psicológico para diagnosticarle *“transexualismo”*.

11. En el mismo sentido, los informes médicos emitidos en España que obran en el referido expediente judicial que viene como acompañado, 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”*, *“ha recibido tratamiento hormonal por tiempo superior a un año”* y ha sido intervenida por él *“de cambio de genitales externos y vaginoplastia cutánea peneana”* (fojas 7). Igualmente, el informe psiquiátrico de fojas 74 señala que *“se confirma el diagnóstico de trastorno de la identidad sexual”* (énfasis añadido), que *“la paciente está realizando tratamiento hormonal desde los 16 años, manteniendo tratamiento hormonal feminizante”*, que *“ha sido sometida a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer”*, por lo que concluye que *“ha recibido el tratamiento adecuado para su trastorno, y desde el inicio del tratamiento la adaptación progresiva a los cambios ha sido favorable”*.
12. De todo ello queda claro que P.E.M.M. 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 (cfr. fojas 87), es decir, de una persona que muestra una incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico.
13. La Organización Mundial de la Salud (OMS) 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].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

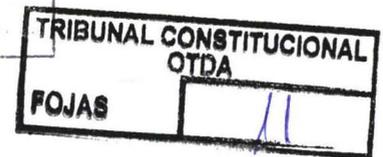
SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

14. No debe confundirse la transexualidad con el hermafroditismo o los estados intersexuales ya referidos. El transexualismo es un trastorno mental, en el que no hay ninguna patología anatómica o genética. El transexual posee un sexo biológico perfectamente definido, sin ambigüedades, como hombre o mujer. Tiene la convicción de que su sexo anatómico es erróneo, pero el error está en su mente, no en su anatomía. Por ello, desde la medicina se dirá que *“el transexual no modificado por las técnicas médico quirúrgicas presenta unos caracteres somáticos de absoluta normalidad. No se observa en ellos ninguna ambigüedad, ni mucho menos anomalías, en su conformación somática. Tanto los caracteres sexuales secundarios como los órganos genitales externos, las gónadas y los órganos genitales internos, incluso el sexo genético, cromatínico y cromosómico, son absolutamente normales”* (J. A. GISBERT CALABUIG, *Medicina legal y toxicología*, Masson, Barcelona 2004, p. 653).
15. P.E.M.M., según indica el recurrente, es un transexual, que se siente (psicológicamente) pertenecer al sexo contrario a su sexo biológico, sin que este último se vea modificado por la cirugía que le fue practicada pues, afirma el propio recurrente, *“ni la intervención quirúrgica a la que se sometió ni el pretendido cambio de su nombre modifican este estado de hecho en virtud de la inmutabilidad de lo genético”* (fojas 87).
16. Este Tribunal Constitucional coincide con el recurrente en lo referido a la inmutabilidad del sexo genético o cromosómico (masculino) de P.E.M.M., ya que en otra ocasión ha afirmado que *“la realización de una plastía no es evidencia de una alteración del sexo de una persona, pues la plastía también puede utilizarse con medios meramente estéticos”* (STC 2868-2004-AA/TC, fundamento 26).
17. Esto resulta corroborado por el propio cirujano plástico reconstructivo y estético que operó en España a P.E.M.M., cuando afirma: *“está intervenida por mí de cambio de genitales externos y vaginoplastia cutánea peneana”* (...) encontrándose *“después de la intervención con labios mayores y vagina muy a semejanza de los femeninos”* (fojas 7 del expediente judicial que viene como acompañado; énfasis añadido). Ello significa que la cirugía sólo ha permitido una cierta aproximación en apariencia (*“muy a semejanza”*) al sexo femenino en cuanto a su morfología externa, pero en ningún caso en la interna o en el componente cromosómico o genético.
18. Entonces, las denominadas operaciones de cambio de sexo sólo transforman (y ni siquiera totalmente) la morfología de los órganos genitales externos del individuo pero no su sexo cromosómico, aun con cirugía altamente sofisticada y tratamientos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

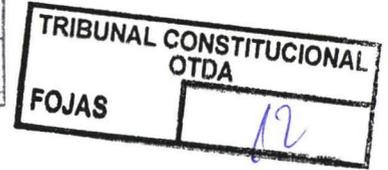
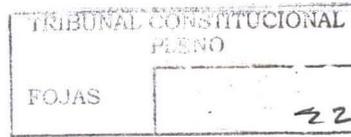
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

hormonales (cfr. sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *I. v. The United Kingdom*, del 11 julio de 2002, n.º 62; y *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, del 11 julio 2002, n.º 82) y pese a que se permita el cambio de sexo en el registro civil.

19. Para el recurrente, la discrepancia entre lo psicológico (*sentirse* del o *identificarse* con el sexo femenino) y lo biológico (ser del sexo masculino) que tiene quien padece el síndrome transexual (como es el caso de P.E.M.M.), se resuelve con la cirugía transexual y con la prevalencia, inclusive para efectos legales, del sexo psicológico sobre el biológico. A este propósito, habla de lo que denomina la “teoría del sexo psicossocial” cuyo fundamento básico, según él, es la “*subjetividad*” del sexo como un elemento del mismo rango científico que los datos biológicos, por lo que si el sexo biológico no coincide con el psicológico y, como consecuencia de ello, no coincide con el legalmente asignado, debe prevalecer el sexo psicológico.
20. El recurrente sostiene la tesis de que el sexo de los transexuales lo determina el sexo *psíquico* y no el sexo *cromosómico* (que en el caso de éstos, como en todas las personas, permanece siempre el mismo), por lo que el sexo para el Derecho debe ser el sexo psíquico, abandonándose el principio, ya sustentado en esta sentencia, de que el sexo cromosómico define el sexo de la persona y que éste es indisponible.
21. Sin embargo, este Tribunal advierte que este es un planteamiento sobre el cual no existe actualmente certeza o consenso científicos, sino, por el contrario, un arduo debate. En efecto, aquello que el recurrente y P.E.M.M. afirman concluyentemente sobre la cirugía como el tratamiento indicado para el trastorno de la transexualidad y la consecuente prevalencia del sexo psíquico sobre el cromosómico, está en realidad sujeto a gran polémica en el mundo científico.
22. Así, P.E.M.M. sostiene que al ser diagnosticada de transexualismo, la única posibilidad de “*superar esa patología*” era “*a través de una operación de cambio de genitales externos y vaginoplastia cutánea peneana*” (fojas 30 y 31 del expediente judicial que viene como acompañado). El cirujano plástico reconstructivo y estético afirma que frente al diagnóstico de transexualismo “*la intervención quirúrgica*” es “*la terapia más oportuna*” (nótese que no dice que sea la *única*) (fojas 7 del expediente judicial que viene como acompañado). Y el informe psiquiátrico indica que P.E.M.M. “*ha recibido el tratamiento adecuado para su trastorno*”, consistente en mantener “*tratamiento hormonal feminizante*” y someterse “*a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer (vaginoplastia 2001 y prótesis mamaria 2000)*” (fojas 74 del expediente judicial que viene como



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

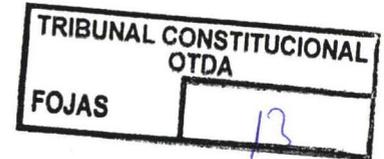
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

acompañado).

23. No obstante, este Tribunal puede advertir que la cirugía como el tratamiento adecuado para el trastorno transexual, no es aceptada pacíficamente en el campo científico (cfr., por ejemplo, lo ocurrido en la jurisdicción interna alemana, en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 12 de septiembre de 2003, *Van Kück v. Germany*, n.ºs 12 a 28). Existen posiciones científicas para las que siendo psíquica la causa del transexualismo, se debe más bien actuar sobre la mente, por lo que es un error pretender curar lo psíquico actuando sobre lo físico, ya que en el cuerpo no hay ninguna anomalía orgánica. Por ello, en estas escuelas se abogará por un tratamiento psicológico-psiquiátrico, buscando que el transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él.
24. Desde estas escuelas se advierte que científica y técnicamente un “cambio de sexo” no es realizable, incluso con la cirugía más perfecta. En el caso de varón a mujer, que es el más frecuente, la cirugía consiste en la extirpación de los órganos genitales, falo y testículos, y la orquiectomía y vasectomía. Posteriormente se realiza la construcción de una vagina artificial y creación de senos. Luego hay que adaptar otras partes masculinas del cuerpo, como la manzana de Adán, el cuello, el mentón, las mejillas y las caderas. Después de estas intervenciones, hay que continuar permanentemente con un tratamiento de hormonas, que tendría efectos secundarios. Aparte de las consecuencias meramente médicas, el transexual de varón a mujer en muchas ocasiones sigue sin sentirse satisfecho con su “nuevo” cuerpo porque mantiene rasgos de varón: talla, forma de la cara, mejillas, pies y manos, persistencia de la próstata y las vesículas seminales. En el caso de mujer a hombre, se precisa de la ooforectomía y mastectomía, y se construye un falo artificial con el que es imposible realizar una cópula fisiológica. Todo esto no permitiría hablar de genitales masculinos y femeninos, respectivamente, de manera que no se puede sostener que el sexo haya cambiado desde el punto de vista anatómico.
25. Por todo ello, lejos de darse por satisfecho después de las intervenciones quirúrgicas, el transexual en muchos casos sigue experimentando una nueva escisión, ahora no sólo entre su soma y su psique, sino en su propio cuerpo, en el que se conjugan elementos externos artificiales de un sexo y su propia realidad cromosómica y hormonal, de la que no consigue deshacerse, aunque haya incluso logrado un cambio legal de su sexo (cfr. *“Transexual belga decidió morir por eutanasia tras insatisfacción con operaciones”*, diario “El Comercio”, Lima 1-X-2013).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

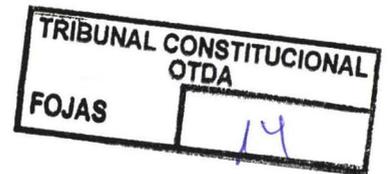
SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

26. De hecho, ocurren casos de transexuales inscritos en el registro civil según el nuevo sexo que quieren volverlo a cambiar, lo cual plantea nuevos problemas al Derecho (cfr., por ejemplo, “*Un transexual pide al RENIEC que le devuelva su identidad de varón*”, diario “El Comercio”, Lima 20-VI-2013). Al margen de que la cirugía transexual es irreversible, pues es imposible recomponer los órganos genitales, en los países donde se lleva tiempo realizando esta cirugía puede apreciarse el problema jurídico que supone que el transexual insatisfecho con el cambio pretenda otra nueva rectificación del registro civil.
27. Como puede apreciarse, la ciencia pone en tela de juicio que la intervención quirúrgica se muestre como el único medio eficaz válido para la atenuación o eliminación del síndrome transexual. Que la transexualidad sea una patología, que genere sufrimiento y que requiera tratamiento e intento de curación, además de la comprensión social, es indiscutible. Pero, como ha quedado demostrado, en lo que los científicos no están todavía de acuerdo es sobre cuál sea el tratamiento más eficaz. El Derecho deberá interpretar sus normas o cambiar su legislación a la luz de lo que aporte la ciencia médica al respecto.
28. La pretensión del recurrente puede identificarse con aquellas tendencias que intentan romper con el modelo que afirma que el Derecho debe proteger jurídicamente lo que viene dado por la biología (o la naturaleza humana), para ir hacia un modelo conforme al cual el género es siempre construido culturalmente y no debe respetar necesariamente la naturaleza. Es decir, 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) 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 el recurrente—, 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.
29. Este Tribunal ha establecido que no cabe dictar precedentes vinculantes “*sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública*” (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 46). Igualmente, aunque aquí no se esté considerando la emisión de un precedente vinculante, del espíritu de esa autolimitación del Tribunal Constitucional puede



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

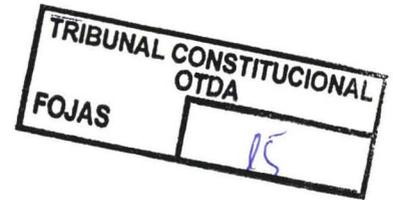
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

rescatarse que no puede acogerse una tesis como la del recurrente, que plantea la absoluta prevalencia en el transexual operado del sexo psicológico sobre el cromosómico, y consecuentemente darle efectos legales al primero, si consta a este Tribunal que este planteamiento actualmente está sujeto a ardua polémica en diversos campos. Y aún admitiéndose que la especificación sexual pudiera no agotarse en el aspecto cromosómico, cabría preguntarse si resulta admisible una forma de especificación que prescinda en absoluto de él.

30. Consecuentemente, mientras no haya certeza científica de que la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz para el transexualismo y que, realizada ella, debe prevalecer legalmente el sexo psicológico sobre el biológico —como plantea el recurrente—, el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que —también según la ciencia— es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de “*la naturaleza de las cosas*” (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico.
31. Por todo ello, este Tribunal juzga que debe desestimarse la pretensión del recurrente de modificar el sexo masculino en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M.M., pues, por las razones aquí expuestas, este Tribunal no puede eximir a P.E.M.M. de la exigencia que impone el ordenamiento constitucional de que el sexo de la persona consignado en el registro de estado civil corresponde a su sexo biológico.
32. En otro orden de cosas, 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 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 los efectos o 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).
33. Desde esta perspectiva, estimar el pedido del recurrente acarrearía, de entrada, los siguientes impactos en nuestro ordenamiento jurídico: 1) que una persona pueda cambiar a voluntad su sexo en el registro civil; 2) admitir el matrimonio de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

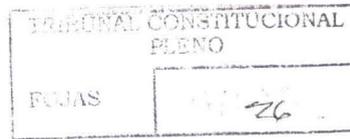
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

personas del mismo sexo, ya que un transexual operado, a pesar del cambio externo, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico.

34. En efecto, de obtener el recurrente un pronunciamiento estimatorio, P.E.M.M., podría reclamar cuanto sea inherente a la condición de mujer, pues la consecuencia de estimar la pretensión comprende la adquisición de cuantas expectativas, facultades y derechos pudieran asistirle desde la sobrevenida condición legal femenina; un nuevo *status* a partir del cual no podría menos que serle reconocida la capacidad para contraer matrimonio, el *ius connubii* o *ius nubendi*. Y ya que, según se ha visto, jurídicamente el sexo se define según el sexo cromosómico, la consecuencia de la modificación del sexo en el registro civil es que no habrá obstáculo para el matrimonio de un transexual con una persona del mismo sexo que el suyo de origen. La admisión de un transexual al nuevo sexo implica, entonces, el reconocer el matrimonio homosexual, lo cual también plantea el problema de la adopción de menores por esta nueva pareja.
35. Si la sentencia de este Tribunal ordena el cambio legal de sexo de P.E.M.M. que pasa a tener el sexo femenino, no sería viable introducir limitaciones, como prohibirle contraer matrimonio con varón, pues éstas podrían ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo, además de resultar una incongruencia con lo pretendido, que es el más pleno reconocimiento legal de la condición femenina.
36. De esta forma, este Tribunal estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo 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 tal matrimonio —en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de familia que configura el Derecho civil— debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes (artículos 43, 45 y 90 de la Constitución), por lo que su discusión y eventual decisión debe hacerse en sede legislativa —cuyo producto legal podrá luego estar sujeto, por supuesto, al control de la jurisdicción constitucional—, pero no jurisprudencialmente, ya que el diálogo democrático implica la discusión abierta al pueblo y a los parlamentarios que lo representan. Lo contrario significaría que este supremo intérprete de la Constitución desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado al Congreso de la República, rompiendo el equilibrio inherente al Estado Constitucional, presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, que debe encontrarse siempre plenamente garantizado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

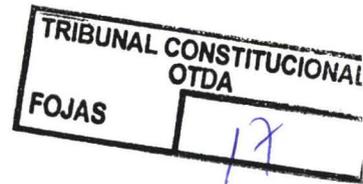
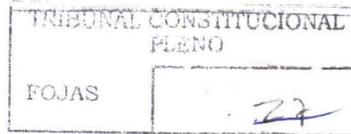
SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

37. Además, amparar el pedido del recurrente implicaría una serie de consecuencias adicionales, sean éstas aplicables al caso de P.E.M.M. o de otras personas que quieran acogerse a lo resuelto en este caso, de gran impacto y complejidad especialmente en el campo del Derecho civil, que este Tribunal no puede resolver sin, nuevamente, invadir competencias propias del legislador, contraviniendo los principios de separación de poderes y de *corrección funcional*.
38. Así, 1) habría que determinar la edad mínima para solicitar el cambio de sexo en el registro de estado civil; 2) si la intervención quirúrgica debe ser autorizada por un juez; 3) si el cambio de sexo en el registro civil requiere orden judicial o basta una petición en sede administrativa (como afirma P.E.M.M. que le ocurrió en España, cfr. fojas 31 del expediente judicial que viene como acompañado); 4) si se requieren o no pericias o informes médicos y/o psicológicos que diagnostiquen el trastorno transexual y el número de estos dictámenes; 5) si se exigirá o no un período mínimo de tratamiento médico para acomodar las características físicas del transexual a las del sexo reclamado, y un tiempo mínimo de vivir según el sexo deseado antes del cambio de sexo en el registro civil. También, si para el cambio registral de sexo es necesaria o no la previa cirugía transexual. En caso que ésta no se exigiera (como ocurre en la legislación española: Ley 3/2007, de 15 de marzo, artículo 4), podría ocurrir que una persona originalmente de sexo masculino que ha conseguido cambiar su sexo en el registro civil a femenino, *“termine absurdamente por generar —a pesar de haber sido jurídicamente reconocida como “mujer”— un hijo, el mismo que tendría, paradójica y formalmente, dos madres, careciendo de la figura paterna”* (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima 1990, p. 254).
39. Asimismo, 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. Tendría que tenerse una respuesta también, en la hipótesis de que el transexual hubiera estado casado, al problema de si el cambio de sexo en el registro civil acarrearía la disolución del matrimonio y, en relación a los hijos nacidos en éste, el trastrueque de la relación paterno-filial antecedente 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. Habría en general que considerar y dar previsiones jurídicas a las consecuencias de todo orden que el cambio de sexo en el registro civil lleva aparejadas, especialmente en todas las relaciones jurídicas en que el sexo de la persona haya sido determinante para su constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

40. Respecto al problema del matrimonio anterior al cambio de sexo en el registro civil, se ha advertido desde la doctrina: *“Es fácil comprender las muy graves consecuencias que para la vida familiar, protegida por las diversas constituciones que rigen a todos los estados del planeta, tendría el facilitar al transexual casado, en mérito a causales sobrevinientes al matrimonio, el cambio de sexo. Aparte de la destrucción de la vida familiar se lesionaría el derecho del cónyuge y de los hijos, en particular si son menores de edad. (...) Si, por un lado, el cónyuge ve frustrado su matrimonio, del otro, los hijos menores quedarán desconcertados frente a la mutación sexual del padre o de la madre. De repente, sin comprenderlo, tendrán dos padres o dos mamás, según el caso. Es fácil imaginar el daño que en la formación del niño puede producir esta insólita situación. El problema no se reduce, por cierto, a que el juez pueda, llegado el caso hipotético, determinar a quién corresponde la tenencia de los hijos menores o fije las reglas de las visitas y aquellas concernientes al mantenimiento de los mismos. No se trata de manipular objetos inanimados e insensibles. La situación, como es fácil percibir, es mucho más profunda y preocupante. Ello obliga a tener muy en cuenta este aspecto en lo que atañe a un posible cambio de sexo de una persona casada”* (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima 1990, pp. 235-236).
41. Además, la modificación del sexo en el registro civil no sería posible sin inevitables consecuencias de defraudación a terceros si, por ejemplo, en caso llegara a permitirse al transexual el matrimonio según el nuevo sexo, la otra parte no tuviera forma de conocer que se ha dado esa modificación, pues lo contrario, además de hacer cómplice al registro civil de un posible engaño, daría lugar a un matrimonio cuya anulabilidad podría solicitar el cónyuge perjudicado por el *“error sobre la identidad física del otro contrayente”* (artículo 277, inciso 5, del Código Civil).
42. Finalmente, este Tribunal observa que el derecho a la identidad de P.E.M.M. se encuentra debidamente protegido con el cambio de prenombre de J.L. al prenombre femenino de P.E., que se ha efectuado tanto en su partida de nacimiento como en su DNI según refiere el recurrente. De esta forma, este Tribunal es del criterio, sostenido ya en la STC 2273-2005-PHC/TC (punto 2 resolutivo), que en tutela del derecho a la identidad puede admitirse el cambio de prenombre, pero mantenerse intangible un elemento de identidad como el sexo de la persona. Consecuentemente, al estar ya inscrito el cambio de prenombre de P.E.M.M. este Tribunal considera que no se ha acreditado la vulneración de su derecho a la identidad.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 23

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 18



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC
SAN MARTIN
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda, al no haberse acreditado la afectación del derecho fundamental a la identidad.
2. Declarar que la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI**

CALLE HAYEN

ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:



OSCAR ZAPATA ALCÁZAR
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 29

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 19



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS ETO CRUZ Y MESÍA RAMÍREZ

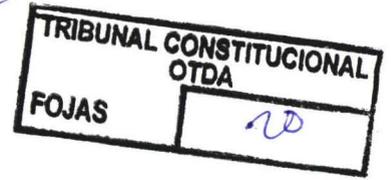
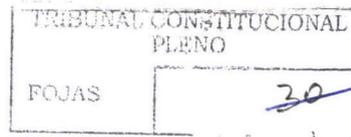
Con el debido respeto por nuestros colegas, disentimos profundamente de lo resuelto y consideramos necesario hacer diversas críticas a varios puntos de la fundamentación utilizada para desestimar la demanda, pues entendemos que varias afirmaciones hechas son abiertamente equivocadas. En el desarrollo de nuestra argumentación también daremos las razones que justifican declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el recurrente.

1. El recurrente, en representación de P.E.M.M., presenta demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y en su Partida de Nacimiento; pretensión que sustenta en su derecho a la identidad sexual. Refiere el demandante que su poderdante obtuvo mediante sentencia judicial con calidad de cosa juzgada (Exp. 104-2008, seguido en el Juzgado Civil de San Martín) el cambio de su prenombre masculino a prenombre femenino, fundado en su derecho a la identidad sexual. Este cambio logró ser inscrito en su Partido de Nacimiento y en su DNI, pero la RENIEC se rehusó a cambiar su sexo acorde con su nuevo nombre, lo que según el recurrente viola su derecho fundamental a la identidad. Agrega el demandante que su poderdante es un transexual que se identifica con el género femenino y que en virtud a ello ha adecuado su apariencia a este género mediante la cirugía de reasignación sexual. Afirma que el sexo no es un elemento estático, determinado solo por la dimensión biológica o cromosómica, sino que tiene también una dimensión dinámica, donde influyen los factores sociales y psicológicos al punto que en algunos casos como el de su poderdante estos aspectos psicológicos priman sobre los biológicos y definen su verdadera identidad sexual.

El RENIEC ha contestado la demanda afirmando que el cambio de sexo no se encuentra recogido entre los hechos inscribibles en el acta de nacimiento, de acuerdo al D.S. 15-98-PCM, por lo que esta entidad no puede proceder a efectuar dicho reconocimiento. Además sostiene que en la STC 2273-2005-PHC/TC (caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas), el Tribunal Constitucional, si bien dispuso el cambio de prenombre de uno masculino a uno femenino, ordenó mantener intangibles los demás elementos de identificación (edad, sexo o lugar de nacimiento).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

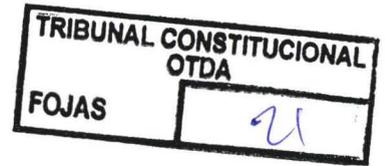
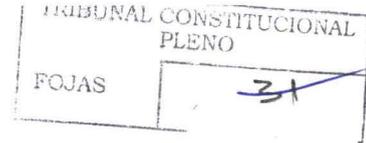
2. El proyecto en mayoría ha resuelto declarar infundada la demanda, basado en tres grupos de argumentos:

- i) Un primer argumento de tipo **autoritativo**, de acuerdo al cual el sexo que el Tribunal Constitucional ha reconocido es solo el sexo biológico, cromosómico o genético. En efecto, la posición mayoritaria cita el fundamento 15 de la STC 2273-2005-PHC/TC, para respaldar esta posición, entrecomillando la frase “*al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico*” (fundamento 4). De esta expresión, la postura mayoritaria deduce que “*Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado al momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino...*” (fundamento 5). La sentencia en mayoría continúa su argumentación de tipo autoritativa sosteniendo que, según el fundamento 21 de la STC 2273-2005-PHC/TC, “*el sexo (femenino o masculino) asignada 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*” (fundamento 6). De estas dos premisas, la sentencia en mayoría concluye afirmando que, como el sexo cromosómico (única dimensión del sexo reconocida) no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el sujeto. Esto que la sentencia llama “doctrina de la indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil”, nuevamente pretende fundarse en una premisa de autoridad, cuando sostiene que dicha doctrina “*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 resolutivo 2)*” (fundamento 7).

En síntesis, de acuerdo a la posición mayoritaria, como la única dimensión del sexo admisible jurídicamente es el sexo biológico o cromosómico, y como éste no puede ser cambiado, el cambio de sexo en el registro civil no procede. Este argumento es de tipo autoritativo, pues no razona por qué el Derecho solo debe reconocer esta dimensión del sexo, sino que se respalda en una **autoridad jurídica** que previamente haya afirmado que la única dimensión admisible del sexo es el sexo biológico. Para la sentencia en mayoría dicha autoridad es el propio Tribunal Constitucional. Como veremos luego, esta afirmación es falsa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

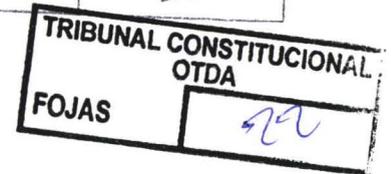
P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

- ii) Un segundo argumento de tipo **científico**, de acuerdo al cual la identificación de una persona con el otro sexo al que indica su sexo biológico es una “patología psicológica” (fundamento 10). Esta aseveración se sustenta -en la sentencia en mayoría- en la autoridad científica de la Organización Mundial de la Salud, que ha clasificado la disociación entre el sexo psicológico y el sexo biológico como un trastorno de la personalidad denominado “transexualismo” [ICD-10, F64.0] (fundamento 13). En esta línea, la postura mayoritaria llega a afirmar categóricamente: *“El transexualismo es un trastorno mental, en el que no hay ninguna patología anatómica o genética. El transexual posee un sexo biológico perfectamente definido, sin ambigüedades, como hombre o mujer. Tiene la convicción de que su sexo anatómico es erróneo, pero el error está en su mente, no en su anatomía”* (fundamento 14). Es decir, según la mayoría, la identificación con el otro sexo no está determinada por ninguna condición física, sino que se trata de una pura alteración mental.

Y esta creencia errada de que se pertenece al otro sexo, no puede ser tenida en cuenta por el Derecho, dado que –según la sentencia en mayoría- dicha creencia no altera el hecho objetivo de que el sexo biológico no se puede cambiar, pues los tratamientos hormonales y las cirugías de reasignación de sexo solo darán lugar a cambios externos o aproximaciones físicas, mas nunca a un cambio en el aparato sexual interno o el componente cromosómico o genético, que es el elemento que finalmente determina el sexo del sujeto (fundamentos 17 y 18). Tampoco puede ser tomada en cuenta la subjetividad del sujeto en cuanto a su identidad de género, dado que –según la postura mayoritaria- no existe **consenso científico** respecto de si la disociación entre sexo biológico y sexo psicológico debe ser atendida por tratamientos hormonales o procedimientos quirúrgicos que traten de adecuar el cuerpo al sexo sentido por el sujeto. Así, según la sentencia en mayoría, *“Existen posiciones científicas para las que siendo psíquica la causa del transexualismo, se debe más bien actuar sobre la mente, por lo que es un error pretender curar lo psíquico actuando sobre lo físico, ya que en el cuerpo no hay ninguna anomalía orgánica. Por ello, en estas escuelas se abogará por un tratamiento psicológico-psiquiátrico, buscando que el transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él”* (fundamento 23). De acuerdo a la sentencia en mayoría, la inadecuación de los tratamientos para adecuar el cuerpo al sexo deseado por el sujeto queda comprobada por el hecho de la insatisfacción que aún experimenta el transexual luego de estos tratamientos, para lo cual se cita una noticia publicada en el Diario El Comercio del 1 de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC
SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

octubre de 2013, donde se da cuenta del suicidio de un transexual por esta insatisfacción (fundamento 25). Por último, la postura mayoritaria entiende que la pretensión del recurrente se sustenta en un modelo de apreciación cultural, que intenta resaltar más allá del dato biológico, la construcción cultural que implica el género; modelo que sin embargo tiene un respaldo *minoritario* en los ordenamientos jurídicos frente a la mayoría de ordenamientos que brindan protección solo al sexo biológico. En todo caso – dice la mayoría– se trata de una discusión sobre la relación entre naturaleza y cultura, biología y derecho, que no está cerrada (fundamento 28).

La sentencia en mayoría concluye este apartado afirmando que el Tribunal Constitucional no puede asumir una postura afirmativa sobre la pretensión de la recurrente, dado que le está vedado decidir en un ámbito de incertidumbre científica (fundamento 29), donde al no saberse con certeza si lo adecuado para el transexual es la afirmación de su subjetividad a través de los tratamientos de adecuación corporal al sexo deseado, *“el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que –también según la ciencia– es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de la “naturaleza de las cosas” (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico”* (fundamento 30).

Las consideraciones expuestas en esta sección son de tipo científico, en tanto la mayoría trata de desechar la pretensión del recurrente recurriendo a posturas científicas que contradecirían la premisa según la cual el sexo tiene un componente psicológico que define también, de un modo determinante, el género del sujeto. Según la mayoría, la ciencia ha establecido que este tipo de identificación con un género diferente al sexo biológico, no es más que un “error de la mente”, una alteración psicológica que, por lo demás, puede curarse a través de tratamientos psicológicos-psiquiátricos postulados por determinadas “escuelas científicas”. Estas afirmaciones, sin embargo, como veremos luego, no solo no se encuentran sustentadas en ninguna referencia científica, sino que son visiblemente erróneas, de acuerdo a los estudios científicos más recientes.

- iii) Un tercer argumento de tipo **consecuencialista**, dirigido a resaltar las consecuencias problemáticas que traería el reconocimiento legal del cambio de sexo registral. En este punto, la sentencia en mayoría parte sentando una posición de principio según la cual la Constitución exige a los poderes públicos actuar con responsabilidad en la toma de decisiones (fundamento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

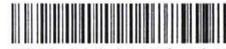
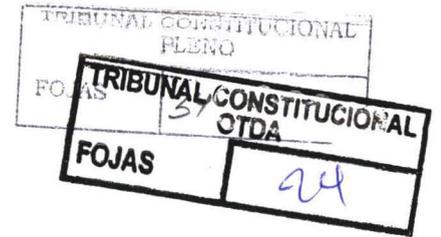
32). Las consecuencias problemáticas de una decisión favorable se darían – según la mayoría- en tres ámbitos: 1) en la apertura indiscriminada que haría el Tribunal de la autorización del cambio de sexo, dado que no se encuentran precisados en el ordenamiento jurídico los *requisitos* para proceder a esta autorización (edad mínima, autoridad competente, si se requieren pericias o dictámenes médicos y el número de ellos, si es exigible la cirugía de reasignación sexual o no, el tiempo necesario viviendo según el sexo deseado, los efectos *ex nunc* o *ex tunc* del reconocimiento, etc.) (fundamentos 39 y 40); 2) en la admisión por vía jurisprudencial del *matrimonio homosexual* (dado que –de acuerdo al fundamento 34 de la sentencia de la mayoría- el transexual que desea casarse con una persona de sexo opuesto al sexo con el que aquel se identifica no deja de ser de su sexo biológico, por lo que en puridad estaría pretendiendo casarse con alguien de su mismo sexo), admisión que –afirma la mayoría- corresponde discutirse en sede parlamentaria (fundamento 36); y 3) en los *efectos dañosos para terceros* de dicho reconocimiento, en por lo menos dos casos: a) en el caso de que dicho reconocimiento se otorgue a una persona casada, con lo cual el “cambio de sexo” podría originar el rompimiento del vínculo matrimonial, y un daño moral grave a los hijos que de pronto pueden verse sorprendidos con que tienen dos padres o dos madres (fundamentos 39 y 40); y b) en el caso de que el reconocimiento efectuado suponga una defraudación a quien se case con un transexual desconociendo el sexo original de su consorte (fundamento 41).

3. En cuanto al **argumento de tipo autoritativo**, es evidente que la posición mayoritaria busca encontrar en la STC 2273-2005-PHC/TC una posición de respaldo para su afirmación de que el sexo biológico es la única dimensión del sexo protegible jurídicamente, pues no encuentra este respaldo en ninguna otra fuente normativa. Y aquí empiezan a desplegarse toda la serie de errores graves en que incurre esta sentencia. Y ello no solo en cuanto omite otras fuentes normativas relevantes (como las que podemos encontrar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que sí han reconocido otros elementos en la conformación de la identidad sexual), sino en cuanto trastoca los argumentos recogidos en la STC 2273-2005-PHC/TC, afirmando cosas que dicha sentencia no dice y extrayendo conclusiones que no se desprenden de su lectura.

Es cierto que en el ordenamiento jurídico peruano no existe ninguna fuente normativa expresa que reconozca otros elementos en la conformación de la identidad sexual distintos al elemento biológico, aunque tampoco hay una fuente normativa expresa que prohíba dicho reconocimiento. Lo único que existe es el artículo 2, inciso 1 de la Constitución que recoge el *derecho a la identidad*, pero



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

que por tener una redacción indeterminada, requiere una especificación vía legislativa o jurisprudencial. Sin embargo, sí existen en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos fuentes normativas que efectúan el reconocimiento de otros elementos distintos al biológico en la conformación de la identidad sexual. Estas fuentes normativas son relevantes jurídicamente, en tanto la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 establece que “Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. A esta interpretación de los derechos fundamentales conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos, el Tribunal Constitucional peruano ha añadido el reconocimiento de la relevancia normativa interna de las interpretaciones que sobre dichos tratados efectúan los órganos encargados de llevar a cabo dicha interpretación (por todas STC N.º 05854-2005-AA/TC, Caso Lizana Puelles, FF.JJ. 22 y 23). No obstante dicho reconocimiento de relevancia normativa interna del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al momento de definir el ámbito protegido por un derecho fundamental, la sentencia en cuestión simplemente ignora estas fuentes normativas de origen supranacional.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se puede reconocer claramente que estas otras dimensiones de la identidad sexual son protegidas, cuando se hace alusión a la categoría jurídica de “identidad de género”, la cual se utiliza para remarcar la diferencia existente entre sexo y género, a partir de la cual el DIDH ha reconocido que no solo cabe proteger a las personas contra la **discriminación por razón de sexo** (para lo que se ha constituido todo el corpus normativo relativo a la discriminación contra la mujer), sino también contra la **discriminación por razón de su “identidad de género”**, en clara alusión a las personas trans, para quienes el género no se conforma solo con el elemento biológico, sino también con elementos psicológicos, culturales y sociales. Así lo ha explicado convenientemente 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), cuando ha afirmado que:

“14. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

“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.

15. Social y doctrinalmente se ha establecido una diferenciación entre el sexo y el género y actualmente existe una tendencia a marcar esta distinción también en el lenguaje legislativo. Sin embargo, a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable. Por lo tanto, en el caso de algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría “género”, se **interpreta** que la categoría “sexo” comprende también la categoría “**género**”, con el fin de asegurar el **objeto útil de la protección jurídica integral**”.

En el DIDH, hasta tres organismos de interpretación autorizada de tratados de derechos humanos suscritos por el Perú han recogido esta referencia a la categoría jurídica de “identidad de género”, con el objeto de precisar la ampliación que produce la categoría “género” como objeto de protección en el ordenamiento jurídico:

- En primer lugar, el Comité de las Naciones para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ha interpretado en su Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010), que *“Si bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5 se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de **género**. El término “sexo” se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. 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 la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar. La aplicación de la Convención a la **discriminación por motivos de género** se pone de manifiesto en la definición de discriminación contenida en el artículo 1. Esta definición señala que cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

fundamentales constituye discriminación, incluso cuando no sea en forma intencional. De esto se desprendería que el trato idéntico o neutro de la mujer y el hombre podría constituir discriminación contra la mujer cuando tuviera como resultado o efecto privarla del ejercicio de un derecho al no haberse tenido en cuenta la desventaja y la desigualdad preexistentes por motivos de género” (párrafo 5). En síntesis, para el CEDAW, el “género” como categoría construida socialmente importa para el Derecho, en tanto las identidades, las funciones y los atributos con los que se construye la identidad femenina pueden ser fuente de discriminación cuando suponen una restricción de los derechos y libertades de las mujeres.

- Luego, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General N° 20 (E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009), ha interpretado que el término “otra condición” presente en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como motivo prohibido de discriminación, incluye “la identidad de género”. Expresamente establece el Comité: “La **identidad de género** también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transexual, 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” (párrafo 32).
- Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 91, ha dejado establecido que la “**identidad de género**” es una categoría protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos y que, por tanto, está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona o en la identidad de género.

Aunque no tienen el carácter jurídico *vinculante* que tienen las interpretaciones realizadas por los órganos autorizados de interpretación arriba citados, existen otros organismos de Derecho Internacional que han recogido la categoría “identidad de género”, dando cuenta de la protección más amplia que supone considerar otros elementos distintos del biológico en la definición de la identidad:

- Así, a nivel del sistema de protección universal de derechos humanos que reside en la ONU, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos mediante su Informe “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

identidad de género” (A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011) ha expresado su preocupación por cómo la falta de reconocimiento legal de la real identidad de género de las personas impacta en el ejercicio de otros derechos, encontrando numerosas dificultades prácticas como pueden ser el acceso al empleo, la vivienda, crédito o prestaciones sociales del Estado o cuando viajan al extranjero, entre otras; llegando, en sus recomendaciones a los Estados miembros, a exhortar que: **“h) Faciliten el reconocimiento legal del género preferido por las personas trans y dispongan lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos, sin conculcar otros derechos humanos”**.

- A nivel del sistema regional americano de protección de derechos humanos, 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 recogido – como ya vimos- la distinción entre sexo y género, y ha considerado que la categoría “identidad de género” incluye a las personas trans y que la misma puede definirse, usando los Principios de Yogyakarta, como *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”*. Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en señalar que, aún cuando la “identidad de género” es una categoría *dinámica* que depende de la asunción subjetiva del individuo en su relación con la sociedad, esta identidad llega a formar parte de las *características esenciales* de la persona, en el sentido de que una persona no puede separarse de dicho atributo a riesgo de poner en entredicho su propia identidad; lo que se traduce –según la Comisión-, en el ámbito jurídico, en dos exigencias: *“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 orientación sexual, identidad de género y expresión de género. No obstante, estas categorías y esta posible fluctuación y movilidad de una o todas estas categorías inherentes a la persona no supone que puedan ser modificadas por terceras personas o por el Estado, so pena de configurarse*



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

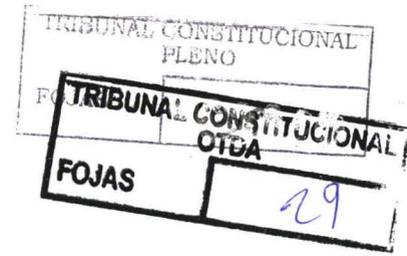
una vulneración de su dignidad” (párrafo 8).

- En la misma línea, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos a través de las resoluciones 2435 (XXXVIII-O/08), 2504 (XXXIX-O/09), 2600 (XL-O/10), 2653 (XLI-O/11), 2721 (XLII-O/12) y 2807 (XLIII-O/13), todas denominadas “Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género”, ha condenado “todas las formas de discriminación contra personas por motivos de su orientación sexual e **identidad** o expresión **de género**”, alentando a los Estados miembros a que “consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género”, entre otras medidas de protección a favor de las lesbianas, los gays, las personas bisexuales, trans e intersex (LGBTI).
- Finalmente, aunque no es un sujeto de Derecho Internacional, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, ha formulado los “Principios de Yogyakarta” o “Principios sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual e Identidad de Género” (2007), que se citan frecuentemente en los documentos de Derecho Internacional que abordan la temática de los derechos de las personas LGBTI. En este documento de carácter orientador, se recogió como Principio N° 3 el Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o **identidad de género** que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad”.

Las posturas asumidas por el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la OEA y la Comisión Internacional de Juristas si bien no resultan vinculantes, no pueden dejar de ser tomados en cuenta. Y ello no solo porque, como ya ha sostenido este Tribunal, el *soft law* resulta una guía con efectos jurídicos en la interpretación, en tanto recoge y plasma las metas y objetivos que se impone la comunidad internacional (STC 0022-2009-PI/TC, FJ. 8), sino porque, en este caso, las posturas glosadas (salvo la de la OEA) especifican de un modo más concreto lo que implica el reconocimiento del derecho a la identidad de género, a saber: el derecho a que el ordenamiento jurídico reconozca la autodefinición que las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

personas trans hacen de su género, o mejor dicho, la admisión del cambio de sexo registral.

Estas posturas, sin embargo, así como las interpretaciones vinculantes del CEDAW, del Comité de DESC y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, si bien no reconocen expresamente el derecho al cambio de sexo registral, recogen el presupuesto para su admisión, esto es, el reconocimiento de del derecho a la “identidad de género”, como una identidad conformada por elementos distintos al biológico (psicológicos, sociales y culturales), no han sido consideradas en la sentencia en mayoría, la que más bien ha adoptado una tesis contraria a esta doctrina convencional: la de que el Derecho solo puede admitir el sexo biológico como elemento configurador de la identidad sexual de una persona. En conclusión, bien puede decirse que la sentencia en mayoría no solo contiene una fundamentación claramente *inconventional*, sino que ella misma resulta contraria a las obligaciones internacionales que el Estado peruano ha asumido en materia de protección de derechos humanos al desconocer el “derecho identidad de género” como derecho conformante del ordenamiento jurídico peruano.

Por si esto fuera poco, la única premisa autoritativa en la que se basa la sentencia en mayoría es abiertamente errónea. Dicha premisa es la que afirma que el Tribunal Constitucional peruano en la STC 2273-2005-PHC/TC reconoció que el único elemento a considerar en la definición de la identidad sexual es el sexo biológico, lo que le llevó a formular la doctrina de la indisponibilidad del sexo por el sujeto. Esta afirmación es simplemente falsa, pues el Tribunal Constitucional en la referida sentencia ni dijo que el sexo biológico era la única dimensión de la identidad sexual relevante, ni formuló ninguna doctrina de la indisponibilidad del sexo.

En efecto, cuando el Tribunal Constitucional dice en la STC 2273-2005-PHC/TC que “*Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico*” (FJ. 15), no lo hace para afirmar –como concluye la sentencia en mayoría– que el único elemento a considerar en la identidad sexual es el elemento biológico, sino sólo para recodar que los otros elementos que conforman la identidad sexual solo ingresarán a tallar con el desarrollo del niño(a). Por esta razón es que el TC completa la frase arriba citada, diciendo que, “*ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse*” (FJ. 15). Por otro lado, en el mismo fundamento 15 citado, el Tribunal llega a afirmar que: “*El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, sicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto*”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

de tal forma que lo configuran”. La cita jurisprudencial en la que se sustenta la mayoría ni siquiera ha sido citada pues de modo completo a efecto de comprender bien la aseveración hecha por el Tribunal. Lo más cuestionable, sin embargo, no es que se extraiga una conclusión a partir de una lectura tendenciosa y parcial de una frase contenida en un fundamento de la STC 2273-2005-PHC/TC, sino que se afirme que el Tribunal ha dicho algo que en realidad nunca dijo. Como ya vimos *ut supra*, la sentencia en mayoría sostiene su argumento de autoridad, en el fundamento 21 de la STC 2273-2005-PHC/TC, donde el Tribunal habría afirmado que el sexo es un rasgo de carácter **objetivo** (fundamento 5 de la sentencia en mayoría). Sin embargo, el Tribunal nunca llega a realizar tal aseveración, pues cuando clasifica los elementos que configuran la identidad en elementos objetivos y elementos subjetivos, nunca menciona que el sexo tenga que incluirse entre los primeros. Ésta es la cita literal del fundamento 21 de la STC 2273-2005-PHC/TC:

“Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)”.

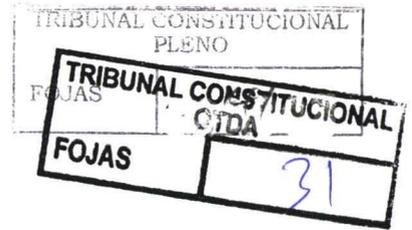
Lo curioso del caso es que el Tribunal no solo no llega a hacer la afirmación categórica que se recoge en el fundamento 6 de la sentencia en mayoría, sino que de los fundamentos de la STC 2273-2005-PHC/TC donde se desarrolla el derecho a la identidad, parece desprenderse una lectura más bien *habilitante* de la interpretación según la cual otros elementos distintos al sexo biológico pueden determinar la identidad sexual del individuo. Veamos qué es lo que dijo en realidad el Tribunal en la STC 2273-2005-PHC/TC (FF.JJ. 22 y 23):

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

Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas”.

Finalmente, como ya adelantamos, en el propio fundamento 15 de la STC 2273-2005-PHC/TC –mal utilizado por la mayoría-, el Tribunal llega a reconocer que “*El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran*”.

¿Cómo es entonces que con base en la STC 2273-2005-PHC/TC se afirma que “*Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético*”?

Por otro lado, el Tribunal nunca formuló una “doctrina de la indisponibilidad del sexo” como afirma la sentencia en mayoría en su fundamento 7, ni ésta se deriva de lo resuelto por el TC en el punto resolutorio 2 de la STC 2273-2005-PHC/TC. Si bien allí se dispuso “*la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento, atendiendo a lo expuesto en el fundamento N.º 35, supra –mandato judicial–*”, ello no fue en razón a que el Tribunal entendiese que dichos otros elementos no podían ser cambiados, sino porque la razón que llevó a ordenar el cambio de prenombre del recurrente de masculino a femenino era la preexistencia de una sentencia con calidad de cosa juzgada, la que había dispuesto dicho cambio de prenombre pero que no había ordenado el cambio de otro elemento identitario (léase sexo). Con base en el respeto de una sentencia con calidad de *cosa juzgada* el Tribunal ordena al RENIEC el cambio de prenombre de masculino y femenino, pero con base en ese mismo respeto dispone que permanezcan los otros elementos identitarios que dicha sentencia no había cambiado. Es preciso destacar además que la *pretensión* de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas no fue que se cambie su sexo en el DNI, sino que se le entregue un duplicado de su DNI, el que no se le entregaba en razón a que el RENIEC se resistía a cumplir la sentencia del Poder Judicial con calidad de cosa juzgada que disponía su cambio de prenombre de masculino a femenino. La demanda fue interpuesta pues en respeto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de la autoridad de cosa juzgada de una sentencia firme, por lo que la STC 2273-2005-PHC/TC no podía excederse de los términos de dicha sentencia judicial. La no incursión en un supuesto de pronunciamiento *extra petita* y el respeto por la cosa juzgada llevaron al Tribunal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

a disponer que no se cambie el sexo en el DNI de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, pero en ningún caso la consideración de que dicho cambio no era posible o estaba prohibido, como afirma con suma ligereza la sentencia en mayoría.

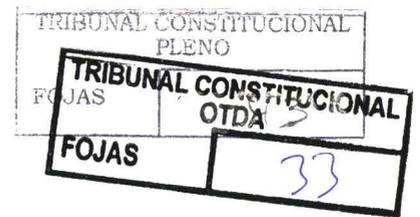
En conclusión, el argumento de autoridad utilizado por la mayoría para fundamentar la desestimación de la demanda de cambio de sexo registral no tiene, pues, ningún asidero, y revela más bien un empleo parcializado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

4. En cuanto al **argumento científico**, éste ha sido construido obviamente para desacreditar como “anormal” la pretensión de reconocimiento legal de la subjetividad de una persona trans que manifiesta una identidad cruzada. La sentencia en mayoría, pues, más que centrarse en un examen jurídico del alcance de la autonomía moral y el derecho a la identidad en el caso de autos, centra su atención en sostener que la ciencia considera como patológica la identidad cruzada de un transexual. Y es que si el deseo de un transexual de ser reconocido como una persona del otro género es producto de una alteración mental, obviamente dicho deseo no podrá ser asumido como una manifestación de la libertad del sujeto para autodefinir su identidad: y el Derecho no podrá reconocer una libertad que no es tal. Sucede, sin embargo, que la construcción argumentativa de esta supuesta afirmación científica es abiertamente incorrecta, y ello no solo porque la lectura que se hace de las fuentes científicas citadas para afirmar la anormalidad del transexualismo es parcial, en un caso; dichas fuentes ni siquiera aparecen en otro; y se han obviado muchas fuentes científicas que refutan la idea de la anormalidad de la persona trans.

En primer lugar, en lo relativo a la afirmación de que el transexualismo es un “error de la mente” o una patología psicológica, dado que la Organización Mundial de la Salud así lo ha considerado al incluirlo en el CIE-10 o *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud. Trastornos mentales y del comportamiento*, lo que la sentencia en mayoría no menciona es que esta inclusión, así como la que efectúa el DSM-IV-TR o *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* de la Asociación Americana de Psiquiatría, se encuentra fuertemente discutida, no solo por movimientos y activistas por los derechos de las personas trans (vid. la página web de la STP, Campaña Internacional Stop Trans Pathologization <http://www.stp2012.info/old/es>), sino por la propia comunidad científica que entiende que la persona transexual no tiene ningún rasgo patológico, sino solo una expresión diferente de su identidad sexual que si bien se aleja de los cánones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

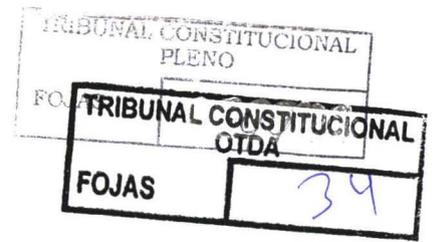
SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

tradicionales de la “normalidad” sexual (que determina la identidad sexual en base al sexo biológico), no por ello puede considerarse patológica (puede verse al respecto, entre otros, el libro de Silvia Di Segni *Sexualidades. Tensiones entre la psiquiatría y los colectivos militantes*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013, pp. 242 y ss).

Lo que tampoco menciona la postura mayoritaria es que el propio DSM-IV-TR, donde se contiene el trastorno de la identidad de género, exige unas ciertas condiciones para considerar como patológico al transexualismo. En efecto, el DSM-IV-TR no solo afirma que para realizar el “diagnóstico diferencial” del trastorno de la identidad de género el profesional encargado debe verificar la ausencia de cualquier patología que suponga una alteración del sentido de la realidad, sino que requiere como condición para el diagnóstico de este trastorno “pruebas de malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo”, con lo que el trastorno de identidad de género, en puridad, solo se puede diagnosticar cuando la condición por la cual una persona se siente del sexo opuesto a su sexo biológico, genera en ella un “malestar clínicamente significativo”: *contrario sensu*, si la persona trans acepta esta condición y no tiene afectado ningún ámbito de su desenvolvimiento social, su identidad cruzada no podrá ser catalogada de “trastorno” (*Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Masson, Barcelona, 2005, p. 645). La presencia de estos elementos en el diagnóstico diferencial del transexualismo recuerda, significativamente, el primer paso seguido por la Academia Americana de Psiquiatría para excluir la homosexualidad del DSM, cuando dijo que sólo la *homosexualidad egodistónica* era un trastorno, esto es, la ansiedad o malestar generado por la condición homosexual y no la homosexualidad en sí misma. Hoy no existe ni la homosexualidad en sí misma ni la homosexualidad egodistónica en el DSM.

La premisa asumida por la sentencia en mayoría según la cual la subjetividad de la persona trans es “anormal”, “patológica”, deja además de tener el asidero científico que afirma, cuando comprobamos no solo que la comunidad científica cuestiona fuertemente la inclusión en el CIE-10 y en el DSM-IV-TR del “trastorno de identidad de género”; algunos de sus organismos más autorizados como la Academia Americana de Psiquiatría permiten una lectura no patológica de la identidad cruzada (cuando no hay “malestar clínicamente relevante”); sino cuando comprobamos que, en realidad, no existe un tratamiento orientado a “curar” la alteración psicológica que supondría el transexualismo. La afirmación hecha en la sentencia en mayoría en el sentido de que existen escuelas científicas que abogan “*por un tratamiento psicológico-psiquiátrico, buscando que el*



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él” no solo no se encuentra sustentada en ninguna fuente científica, sino que resulta ser una de las más cuestionables de la sentencia.

En efecto, la sentencia en mayoría, inconcebiblemente, no solo no cumple con explicitar cuáles son las supuestas escuelas científicas que afirman este “tratamiento psicológico-psiquiátrico” de adaptación mental del transexual, sino que enuncia una supuesta posición científica que no tiene ningún asidero en la ciencia. Si revisamos someramente la literatura científica al respecto, veremos que el tratamiento indicado para afrontar el trastorno de la identidad de género en ningún caso supone un ejercicio de transformación de la mente del transexual que le permita adecuar su psiquis a su cuerpo. En sentido contrario, el tratamiento psicológico-psiquiátrico para este “trastorno” está indicado básicamente con el objeto de procurar la aceptación por parte de la persona trans de su condición, así como con el objetivo de permitir el adecuado desenvolvimiento social de estas personas. Como afirma la Guía Clínica para el Diagnóstico y Tratamiento de los Trastornos de Identidad de Género de la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición (disponible en <http://shbtrans.wordpress.com/guia-clinica/>):

“La psicoterapia no es un requisito absolutamente necesario para el proceso terapéutico, y dependerá de las necesidades individuales, estableciéndose objetivos y duración. Se debe tratar al paciente de una forma global, prestando interés a todos los aspectos, no sólo al problema de identidad de género. La psicoterapia **no intenta curar** el TIG sino ayudar a la persona a sentirse mejor con su identidad y a enfrentar otros problemas distintos, aclarando y aliviando conflictos” (resaltado nuestro).

De acuerdo a esta Guía Clínica, el tratamiento comprende, además del acompañamiento psicológico, intervenciones endocrinológicas u hormonales, el ejercicio de la llamada “Experiencia de la Vida Real”, donde la persona trans empieza a desenvolverse socialmente de acuerdo al género con el que se identifica, y finalmente las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual, donde trata de adaptarse el cuerpo al género sentido por la persona trans. Como enfatiza esta Guía Clínica:

“En el transexualismo, a falta de conocimientos claros sobre su etiología, el **único tratamiento posible es rehabilitador**, esto es, la reasignación de sexo, adecuando de la manera más completa y rápida posible el fenotipo al sexo que el sujeto se siente pertenecer mediante intervenciones psicológica, hormonal y quirúrgica” (resaltado nuestro).

La referencia pues a escuelas científicas que abogan por un tratamiento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

psiquiátrico “curativo” no solo no se encuentra sustentada, sino que es contraria a la forma cómo las guías clínicas certificadas manejan el trastorno de la identidad de género. La pretensión de “curar” la mente del transexual, por lo demás, hace recordar episodios oscuros de la ciencia psiquiátrica que, en su intento de preservar la “normalidad sexual”, sometió a homosexuales y lesbianas a procedimientos médicos altamente cuestionables como la lobotomía, la terapia de aversión, los electroshocks, entre otros. Actualmente las “terapias de reorientación sexual” (que pretenden adaptar la mente de un homosexual a la de un heterosexual) se encuentran ampliamente rechazadas por la comunidad científica en general, al punto que la misma Asociación Americana de Psicología aprobó el 5 de agosto de 2009 una resolución por cual invocó a todos los profesionales de la salud mental a no utilizar ni recomendar este tipo de terapias a sus pacientes, dado que no solo se encontraba demostrada su ineficacia, sino por los efectos perjudiciales de dicho tratamiento sobre la salud mental de las personas homosexuales (Vid. esta Resolución en *Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, USA, 2009, disponible en <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf>).

Las terapias reparativas que permiten adaptar la identidad o el deseo sexual al sexo biológico, de las que se habla en la sentencia, no tienen pues ningún asidero científico y se encuentran más bien rechazadas por la comunidad científica por sus implicancias negativas también en el plano ético. En realidad, este tipo de terapias más que sustentadas en escuelas verdaderamente científicas, como se sabe, se encuentran respaldadas e indicadas por determinadas religiones para las cuales la voluntad del sujeto puede quebrar la orientación sexual “antinatural” que éste experimenta (Puede verse al respecto Blanco, Pablo: “La conducta homosexual. Una aproximación cristiana a la cuestión”, disponible en <http://www.iglesia.net/pdf/laconductahomosexual.pdf>).

En síntesis, más allá que actualmente el transexualismo se encuentre incluido como un “trastorno” en el CIE-10 y en el DSM-IV-TR, la propia ciencia médica nos indica que la persona trans es una persona normal, que no tiene alteración alguna del sentido de la realidad, que solo debe ser tratada psiquiátrica o psicológicamente si muestra malestar o deterioro en sus relaciones sociales producto de su condición, y que el tratamiento que debe recibir es, en todo caso, solo de aceptación y acompañamiento de su condición, más nunca un tratamiento “curativo”, que pretenda repararlo del “error que tiene en la mente”, como afirma la sentencia en mayoría. El respaldo que la mayoría quiere encontrar en la ciencia para desacreditar la pretensión de la recurrente no es pues tal. Contrariamente, la ciencia nos indica que la persona trans es psíquicamente normal y, por tanto, en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

ejercicio de su autonomía moral debe poder escoger la mejor forma de afrontar su condición. A lo que este Tribunal se enfrentaba en realidad era a determinar si el derecho a la identidad de la recurrente podía incorporar esta subjetividad normal como factor determinante para definir su identidad de género.

En este punto, la sentencia en mayoría solo hace una breve referencia al debate respecto a la distinción entre sexo y género, distinción donde –según la mayoría– pretende fundarse el reconocimiento de otra dimensión conformante de la identidad sexual distinta a la dimensión biológica (dimensión psicológica). Esta distinción, sin embargo, –afirma la mayoría– es materia de disputa, y se encuentra minoritariamente reconocida en los ordenamientos jurídicos.

Esta aseveración, una vez más, pretende desconocer una realidad abiertamente distinta. Y ésta no solo es la doctrina acogida en el ámbito internacional, que reconoce la categoría jurídica de *identidad de género*, fundada justamente en la distinción entre sexo y género, sino también la aceptación que muchos ordenamientos jurídicos han efectuado del cambio de sexo registral, sea a través de sus legislaciones, sea a través de la jurisprudencia.

La problemática planteada en el caso de autos no es pues nueva ni mucho menos privativa de nuestro país. En diferentes contextos y realidades las personas trans han requerido el reconocimiento legal de su identidad sexual, tal y conforme ésta era subjetivamente experimentada por ellos. Este movimiento por el reconocimiento del derecho a la identidad de género y otros derechos derivados de dicho reconocimiento llevó a muchos Estados a pronunciarse con relación a la posibilidad de efectuar un cambio de sexo en los respectivos documentos de identidad, lo que se concretizó tanto en la emisión de leyes específicas regulando el derecho a la identidad de género y el cambio de sexo, como en una serie de pronunciamientos jurisdiccionales que habilitaron la posibilidad de un cambio de sexo, fundados en una determinada comprensión del derecho a la identidad sexual.

El desarrollo legal y jurisprudencial no debe quedar ajeno a la mirada de un Tribunal Constitucional y, ello, no en razón a que las decisiones adoptadas en otras jurisdicciones deban ser acogidas por nuestro país en mérito de algún principio de jerarquía o en razón de algún prurito académico comparatista, sino porque, como ha sostenido acertadamente Gustavo Zagrebelsky, el examen de fuentes extranjeras legales y jurisprudenciales supone el reconocimiento modesto de otras perspectivas y puntos de vista de quienes han avanzado de un modo más amplio y profundo que nosotros en temas de común entronque como son los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

derechos humanos. Como gráficamente lo ha señalado Zagreblesky, se trata de recurrir a “un amigo con gran experiencia” para hacernos pensar mejor, para desvelar energías potenciales latentes y para extender y enriquecer las argumentaciones respecto a la controversia constitucional que concretamente se le plantea al juez constitucional nacional. La imagen de la comparación jurídica como un espejo dónde podemos observarnos y comprendernos mejor es la que resume esta idea del beneficio que reporta la recepción de fuentes extranjeras por parte de los tribunales constitucionales (Cfr. Zagrebelsky, Gustavo (2008) “El juez constitucional en el siglo XXI”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, Año 2008, pp. 249-267).

En esta línea, en lo que sigue se recogen una serie de precedentes jurisdiccionales de diversos tribunales extranjeros, así como legislaciones que han desarrollado el tema de la identidad de género y del cambio de sexo registral, y que han adelantado una comprensión particular de cómo debe entenderse la identidad sexual como sustrato para la admisión del cambio de sexo en el ordenamiento jurídico.

- a) En el caso “B contra Francia” del 24 de enero de 1992, el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**, conoció la petición de una persona que se había realizado una cirugía de reasignación de sexo y que las autoridades francesas le habían denegado la rectificación registral de su nombre y sexo. En esta causa, el Tribunal estimó que con la negación de rectificación se había violado el derecho al respeto a la vida privada y familiar del solicitante.
- b) Pero en el caso “Christine Goodwin contra Reino Unido” del 11 de julio de 2002, el mismo TEDH fue más contundente en su decisión y, por ende, más fiel a su labor protectora de los derechos. Se trataba de una persona que había sido sometida a una cirugía de reasignación de sexo y cuyo desenvolvimiento guardaba identidad con el género femenino, y que había sido objeto de acoso laboral y se encontraba inmersa en un conflicto vinculado a las contribuciones al sistema de seguridad social. De acuerdo a la normatividad legal vigente en el país de la peticionante, los hombres realizan aportes al sistema de seguridad social hasta los 65 años, en tanto que las mujeres sólo hasta los 60 años, sin embargo, como en su documento de identidad se encontraba consignado el sexo masculino, se vio en la imperiosa necesidad de explicar esta verdad personal y revelarle a su empleador de que había sido sometida a una cirugía de reasignación de sexo, a fin de realizar los aportes acordes a su nuevo género.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

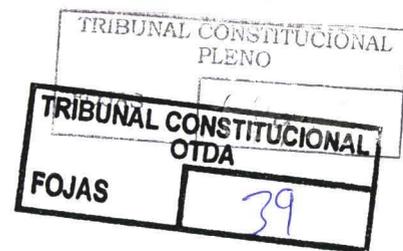
P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

A juicio del TEDH, con el no reconocimiento del cambio de género de la peticionante se suscitaba un conflicto entre su situación legal y su realidad social y, por tanto, los derechos al respeto a la vida privada y familiar y a contraer matrimonio, protegidos en los artículos 8º y 12º, respectivamente, de la Convención Europea de Derechos Humanos, resultaban violados. Pero también precisó el Tribunal, que el reconocimiento jurídico de la nueva identidad no afectaba la función registral, el derecho de familia y de sucesiones, las relaciones laborales, la seguridad social y la justicia penal.

- c) A través de la Sentencia del 2 de julio de 1987 la Sala Primera del **Tribunal Supremo de España** admitió el recurso de casación presentado por “A. C. G.” en el marco del proceso declarativo sobre rectificación de sexo, considerando que la falta de reconocimiento de la nueva identidad de la persona solicitante violaba el artículo 14º (derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación) de la Constitución española por cuanto suponía una discriminación por razón de sexo.
- d) Por su parte, la **Suprema Corte de Justicia de Argentina** en el fallo “C. H. C.” del 21 de marzo de 2007, dispuso a favor de la solicitante, que ya había sido intervenida quirúrgicamente para lograr la reasignación de sexo, que se cambie su sexo registral así como su nombre, y se le expida un nuevo documento de identidad, por considerar que la discusión en torno a su identidad sexual afectaba su dignidad, libertad y desarrollo de la personalidad, pero también, porque en tanto ocurriera una discordancia entre la inscripción registral que la designaba con un género y su identidad que reflejaba otro, no podía ejercer completamente todos sus derechos reconocidos constitucionalmente.
- e) Y dos años después la **Suprema Corte de Justicia de México**, a través de la Ejecutoria num. P. LXVIII/2009, estimó la demanda de amparo presentada en contra de la Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que dispuso la rectificación de nombre y sexo en el documento de identidad del peticionante manteniendo la anotación de su sexo original. Al respecto, el alto Tribunal señaló que si el acta de nacimiento de una persona transexual mantiene los datos consignados originalmente y únicamente se realiza una nota marginal de la sentencia judicial que dispone la rectificación, este hecho viola los derechos de la persona involucrada; por lo que dispuso, la reserva del acta primigenia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

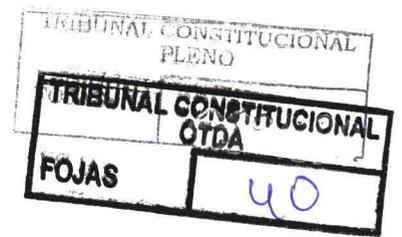
- f) Finalmente, la **Corte Constitucional de Colombia**, reiterando su ya sentada jurisprudencia, observa en la “Sentencia de Tutela N° 918/12”, fundamento 7.3, que “tratándose de una persona trans, quien a través de tratamientos psicológicos, hormonales y quirúrgicos ha logrado la reasignación del sexo que vive como propio, no sería suficiente alcanzar el equilibrio o armonía entre su cuerpo y su identidad y, por ende, un estado de bienestar integral, si no pudiera también adecuar su sexo legal a aquel con el que se identifica y no al biológico con el que se hizo el registro inicial”.

Por otro lado, la pretensión de cambio de sexo registral ha sido adoptada por legislaciones de diversos países, como veremos a continuación:

- a) **Estados Unidos**, empezó a legislar sobre el cambio de sexo a partir de la década de los 60's. En el estado de Illinois, desde 1961, los registradores pueden efectuar la rectificación de sexo luego de que la persona interesada haya sido sometida a una intervención quirúrgica de reasignación; y, en similar sentido sucede en Arizona desde el año 1967. Por su parte, los estados de Louisiana y California a partir de 1968 y 1977, respectivamente, han promulgado leyes que validan el cambio de sexo siempre y cuando se haya acudido previamente a la vía judicial para que ésta lo autorice en base a una operación quirúrgica. En tanto que en el estado de Nueva York se realiza la rectificación de sexo de acuerdo a lo que establece una particular reglamentación que data de 1971.
- b) **Suecia**, con la dación de la Ley del 21 de abril de 1972 buscó reglamentar el estado civil de las personas transexuales. Con esta ley advirtió, pues, que el cambio jurídico de sexo era viable siempre y cuando la persona sintiera desde la juventud su pertenencia a otro género; haya vivido ejerciendo el rol del otro género durante un tiempo; sea mayor de 18 años y tenga la nacionalidad sueca; no haya contraído matrimonio; y, sea infértil debido a causas naturales o como consecuencia de una intervención quirúrgica.
- c) **Alemania**, siguiendo el ejemplo sueco decidió promulgar la Ley del 10 de setiembre de 1980, no obstante estableció mayores condiciones para autorizar el cambio del sexo registral. Así, exigió que la persona tenga 25 años y ostente la nacionalidad alemana; haya vivido durante 3 años de acuerdo al género con el cual guarda identificación; no haya contraído matrimonio; se encuentre imposibilitada físicamente para procrear; y, se haya sometido a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo. Se debe advertir que el Tribunal Constitucional Alemán ha precisado que el requisito etéreo y de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

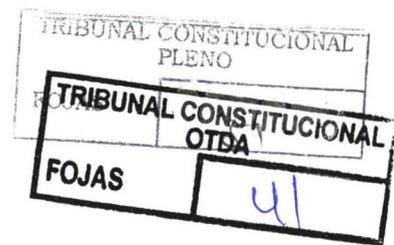
P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

nacionalidad son violatorios de los derechos a la igualdad, dignidad humana y libertad individual consagrados en la Constitución.

- d) **Italia**, a través de la Ley 164 del 14 de abril de 1982, constituyó la posibilidad de rectificación del sexo en los registros siempre que la persona interesada, consecuencia de una orden judicial, haya sido sometida a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo.
- e) **Holanda**, con la Ley del 24 de abril de 1985 ordenó modificar el artículo 29º de su Código Civil con el propósito de autorizar la rectificación del registro civil de aquella persona que estuviera convencida de su pertenencia al género distinto. En esa línea, precisó que el solicitante debe probar ante los tribunales, desde una perspectiva psicológica o médica, que ha desarrollado una vida bajo el género deseado, y que físicamente está imposibilitado de procrear.
- f) **Inglaterra**, aprobó en el año 2004 la Ley de reconocimiento de género. Esta norma precisa que una junta integrada por expertos en leyes y medicina será la que decida, atendiendo la identidad sexual de la persona, la modificación del género, por lo que no constituye requisito la reasignación quirúrgica del sexo. Así, pues, estableció como requisitos que la persona sea mayor de 18 años; que padezca o haya padecido de disforia de género; que haya vivido por lo menos 2 años con el género que se identifica; y, que busque vivir de acuerdo al nuevo género el resto de su vida. Y, en esa línea, prohibió a funcionarios públicos, empleadores y cualquier otra persona que haya tenido tratos comerciales con el peticionante, que difundan información relacionada con su anterior identidad.
- g) **España**, a través de la promulgación de la Ley 3 de 2007 estableció la “Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas”. En esta norma se señala como requisitos que el peticionante tenga nacionalidad española, sea mayor de edad y, por tanto, tenga capacidad suficiente; asimismo, que haya sido diagnosticado con disforia de género y haya recibido tratamiento por un período no menor a dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo solicitado. Y con el ánimo de proteger su derecho a la intimidad, también autoriza al peticionante para reclamar el traslado total del folio registral, con lo que se cancelaría el anterior asiento y se elaboraría uno nuevo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

- h) **México**, a través de una modificación a su Código Civil que data del año 2009, en particular la incorporación del artículo 135ºBis, precisó que es posible que las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género soliciten “el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo–genérica, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primigenia”.
- i) **Uruguay**, en octubre de 2009 publicó la Ley 18.620, denominada “Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios”. Esta norma exige que las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros, reflejen la consonancia entre identidad, nombre y sexo que ostenta cada persona. Así señala que para solicitar la adecuación de la mención registral de nombre, sexo, o ambos, basta acreditar i) que el nombre, el sexo, o ambos, consignados en el acta de nacimiento son discordantes con la propia identidad de género de la persona; y, ii) la estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años. Precisando también que para la concesión de la adecuación registral del nombre, el sexo o ambos no se exigirá la cirugía de reasignación sexual.
- j) **Argentina**, en el año 2012 aprobó la Ley 26.743 sobre identidad de género. Con esta ley se habilita la posibilidad de rectificar los datos registrales de todas aquellas personas que sean mayores de edad o que actúen a través de sus representantes legales en caso de no serlo. Asimismo, la norma no establece como requisito la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, ni la acreditación de terapias hormonales, ni de algún tratamiento psicológico o médico.

De la apreciación de los precedentes jurisdiccionales citados y de las leyes que han desarrollado la posibilidad del cambio de sexo registral, aunque existen variaciones en cuanto a los requisitos para la procedencia de éste, se desprende que existen ciertos elementos comunes que parecen conformar un *continuum* en el diálogo jurisdiccional y legal iniciado alrededor de este tema: i) en primer lugar, el entendimiento de la identidad de género como un concepto que no solo comprende el aspecto morfológico o biológico del sexo, sino que acoge elementos sociales y culturales en la comprensión del género al que se pertenece; ii) luego, el valor dado a la subjetividad del sujeto en la identificación del género al que pertenece; y, iii) la preponderancia otorgada a la libertad de autodefinirse como perteneciente a determinado género, y, como consecuencia de ello, el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

reconocimiento legal de dicha autodefinición a través del cambio en el documento de identidad.

Esta realidad de desarrollo legal y jurisprudencial del cambio de sexo registral a nivel comparado se encuentra pues increíblemente obviada también por la sentencia en mayoría.

5. Finalmente, en cuanto al **argumento de tipo consecuencialista**, éste resulta en realidad inadecuado desde el punto de vista de la tutela que pretende brindar primariamente el amparo, esto es, una tutela de tipo subjetiva y concreta. Y es que la recurrente no ha venido en amparo para pretender solución a todas las cuestiones que se derivarían de la aceptación del cambio de sexo registral. En efecto, resulta inadecuado pronunciarse sobre si cabría el matrimonio de la recurrente con una persona de un sexo registral distinto (aunque cromosómicamente igual), sobre si este matrimonio puede constituir un fraude a un tercero, sobre si cabe el cambio de sexo registral de una persona casada y con hijos, etc.

Tampoco se ha solicitado que el Tribunal establezca los requisitos que deberían cumplirse para que proceda el reconocimiento legal del cambio de sexo registral. Aunque es deseable que estos requisitos existan con claridad para que en el futuro los casos similares se resuelvan con predictibilidad, estos requisitos también corresponden ser fijados, en principio, por el legislador y supletoriamente por los jueces, de acuerdo a cómo se vayan presentando los casos particulares. Para el caso de autos, como veremos luego, lo que importa es que se encuentre suficientemente acreditado que la recurrente está firmemente identificada con el sexo que pretende adoptar.

En la jurisdicción constitucional si bien se crea Derecho, esta creación depende del caso concreto. La creación jurisprudencial del Derecho es, en puridad, la respuesta de un órgano judicial a un vacío normativo que requiere ser llenado para responder a la controversia planteada por el demandante. No puede, por tanto, discutirse la forma cómo se deben llenar otros vacíos normativos que no sean conducentes para dar respuesta al caso concreto, sin que con ello no se afecten las competencias del legislador encargado de regular de modo general y detallado una determinada materia.

En resumen, el argumento de tipo consecuencialista es erróneo, pues no puede denegarse justicia constitucional con base en la idea de que la estimación de la demanda traería una serie de cuestiones controvertidas a las que el Derecho aún no ha dado respuesta. Bueno, dichas cuestiones deben ser respondidas por el



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

legislador o, eventualmente, por los jueces, pero ello no implica que no pueda brindarse respuesta a la concreta cuestión controvertida que ha planteado la recurrente. No hacerlo supondría, más bien, infringir el principio de no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley, contenido en el artículo 139.8 de la Constitución.

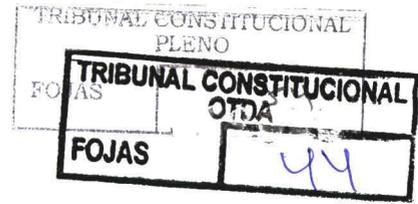
6. Hasta aquí hemos procedido a rebatir todos los argumentos en base a los cuales la sentencia en mayoría ha procedido a desestimar la demanda. Cabe, sin embargo, ahora la pregunta de ¿cuál era la forma correcta de plantear y resolver la demanda de autos? Como ya adelantamos, el caso de autos debía resolverse en una reflexión jurídica, apoyada por la ciencia médica, relacionada a la forma cómo la subjetividad del sujeto condicionada culturalmente podía constituirse en un elemento clave para la construcción de la identidad de género. En suma, si dicha subjetividad (o autonomía) de la persona trans podía configurar el alcance del derecho fundamental a la identidad de género en el caso de autos. Esta es nuestra respuesta a dicha interrogante.

El derecho fundamental a la identidad

7. A pesar de que todos los seres humanos son iguales, la diversidad es un rasgo que caracteriza a ese conglomerado llamado humanidad ello, por cuanto, la libertad como sustento existencial permite que cada persona en un ejercicio dialógico con las múltiples opciones que le ofrece su fuero interno, así como con el mundo exterior, construya una identidad propia que la conlleve a concretizar su proyecto individual de vida, convirtiéndola, por tanto, en diferente a las demás personas.
8. Cada ser humano en tanto persona libre diseña su propio proyecto de vida y busca realizarlo en la mayor medida posible. Ese proyecto de vida guarda un sello único, irrepetible e intransferible por lo que el llevarlo a cabo delinea la personalidad del ser, cómo es que la persona aparece en el mundo exterior con sus características sociológicas, culturales, psicológicas y espirituales que guardan relación con los valores que en ejercicio de su autonomía moral profesa y defiende.
9. Esa personalidad que trasciende en la identidad le otorga a cada ser humano su propia verdad, la misma que lo individualiza y le permite decir "soy yo". El hecho de que cada ser humano posea su verdad personal exige que se le reconozca "tal como es" y que nadie pueda transfigurar su identidad atribuyéndole características, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le corresponden, mucho menos negar su bagaje ideológico, social, cultural, su forma de pensar y comportarse.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

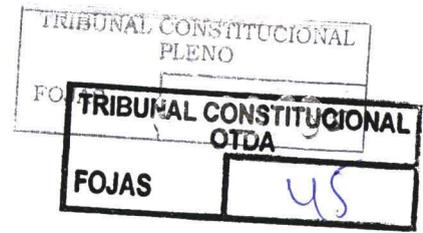
SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

10. En suma, “la persona es única e idéntica sólo a sí misma. La libertad permite a cada uno elaborar intransferiblemente su propio proyecto de vida, su existencia. La identidad personal, entraña una inescindible unidad psicosomática, con múltiples aristas de diversa índole vinculadas entre sí, configurando una propia manera de ser, con aspectos estáticos y dinámicos, que conlleva la necesidad de protección jurídica a dicha identidad real” (Hooft, Pedro Federido (2008) “Transexualidad. ‘Cambio de sexo y nombre legal’ o ‘reconocimiento de sexo y nombre real’”. En: AA.VV. (2009) *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. Lima, Motivensa Editora Jurídica S.A., p. 228).
11. El derecho fundamental a la identidad, como ha puesto de relieve la doctrina, no puede ser apreciada como un concepto unitario, que engloba una sola realidad o que comprende una sola clase de características que identifican al individuo. Así, pues, se plantea que la identidad posee una faceta *estática*, es decir, no cambia con el devenir del tiempo. Pero, también posee una faceta *dinámica*, aquella que cambia de acuerdo a la evolución y maduración de la persona.
12. Durante mucho tiempo la identidad *estática* ha sido la única considerada jurídicamente, y comúnmente era denominada como “identificación”. Siendo los elementos que la configuran el código genético, el lugar y fecha de nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, el contorno somático, entre otros. Por su parte, la identidad *dinámica* está conformada por el conjunto de atributos y calificaciones de la persona de cariz variable como son las creencias filosóficas, religiosas, ideológicas, la profesión, las opiniones, preferencias políticas y económicas, el perfil psicológico, la sexualidad, entre otros.
13. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece una percepción sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos (Cfr. STC N° 2273-2005-PHC, F.J. 22). Ello, porque si colocamos a los elementos objetivos de la identidad por encima de los subjetivos, que son los elementos que tienen relevancia moral porque encuentran fundamento en el principio de dignidad y autonomía, el Derecho y la protección



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

que éste otorga terminará objetivando la esencia moral de los individuos, y, por tanto, a sus derechos.

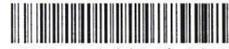
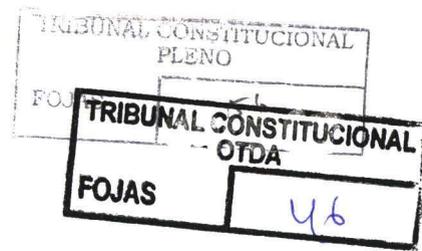
14. La identidad personal es, por tanto, el conjunto de componentes estáticos y dinámicos que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea “uno mismo” y “no otro”. Este plexo de atributos y características, que se proyectan hacia el mundo exterior, permite a los demás conocer a la persona, a *cierta persona*, en lo que ella es en cuanto ser humano único e irrepetible. Por consiguiente, ambas, la estática y la dinámica, como unidad totalitaria, perfilan la identidad de la persona. En síntesis, se puede decir que la identidad es el bagaje de características y atributos que definen la “verdad personal” en que consiste cada persona (Cfr. Fernández Sessarego, Carlos (2005) “Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar”. En: Gutierrez Camacho, Walter (director) (2005) *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., p. 20).

El derecho a la identidad de género

15. Por su parte, en lo atinente específicamente al derecho a la identidad de género como expresión del derecho a la identidad, consideramos oportuno partir de la diferencia que contemporáneamente se ha establecido entre sexo y género. Aunque históricamente las categorías *sexo* y *género* han sido utilizadas de manera indistinta, es preciso puntualizar la diferencia que existe entre estos dos conceptos, a efectos de tener mayor claridad sobre el ámbito de protección que alcanza el derecho fundamental a la identidad en el presente caso. Así, de modo sintético, se afirma que el sexo se concibe como un dato biológico, en tanto que el género se define como una construcción social.
16. 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

18. Social y doctrinalmente se ha establecido una diferenciación entre el sexo y el género y actualmente existe una tendencia a marcar esta distinción también en el lenguaje legislativo. Sin embargo, a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable. Por lo tanto, en el caso de algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría “género”, se interpreta que la categoría “sexo” comprende también la categoría “género”, con el fin de asegurar el objeto útil de la protección jurídica integral” (subrayado nuestro).
17. En efecto, aunque tradicionalmente se ha asumido que la identidad del individuo se define en base al sexo anatómico, lo que queda recogido en el documento nacional de identidad a través del dato “sexo”, es preciso advertir que el desarrollo del concepto de género permite precisar mejor el objeto de protección del derecho a la identidad. La identidad de género, en tanto componente esencial del individuo, no se conforma solo a partir del hecho físico de la constitución biológica de la persona, sino que se completa, con otros elementos como los aspectos psicológicos, sociales o culturales de representación del género dentro de la sociedad. Así, el niño con su desarrollo se “identifica” como *varón* o como *mujer*, no solo a partir de su sexo biológico, sino tal y como va interiorizando estos constructos de género en su subjetividad. Su identidad, en este ámbito, se va integrando entonces no solo con el sexo anatómico o con el dato registral asignado, sino con la identificación que asume con la representación social del *género* masculino o femenino.

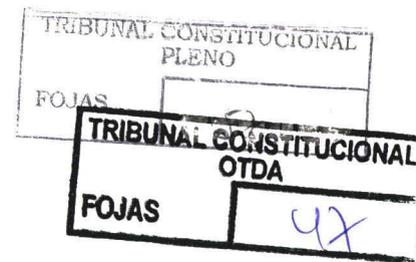
Desde esta perspectiva, la identidad de género no es un elemento de identificación *estático* del individuo, sino que al constituir una representación subjetiva marcada por el contexto social, se define como un elemento de identificación *dinámico*, en el cual se integran poderosamente, además del dato biológico, elementos de caracterización psicológica, social y cultural. Así, la vestimenta, los modales y los roles de género, comúnmente asignados a uno de los sexos de modo exclusivo, se han ido compartiendo o intercambiando con el otro sexo en el curso del tiempo; así como la expresión misma de masculinidad o femineidad ha ido variando según los valores que cada sociedad ha querido expresar en un momento determinado.

De este modo, lo ha entendido también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que 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 que:

“En los ámbitos sociológico y psicológico se reconoce con mayor intensidad la fluidez



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

que existe en la construcción de la identidad propia y la auto-definición: desde esta perspectiva se ha señalado que [...] la identidad de género... no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas” (párrafo 7).

18. 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 en base al sexo anatómico. No obstante, existen algunos casos en los cuales el dato registral del sexo colocado al nacer no será asumido por el sujeto. Éste es el caso de las personas *trans*, que se identifican sólida y permanentemente con el género opuesto, teniendo la necesidad de pertenecer y ser reconocidos socialmente en dicho género, además de manifestar malestar o insatisfacción por las características físicas que acompañan su sexo biológico original.

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”, el término “trans” se define como:

“Este término paragua –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones- es utilizado 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).

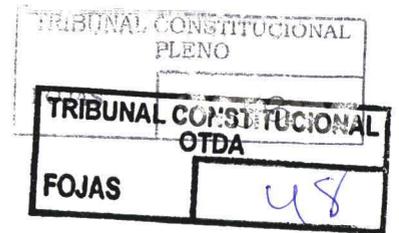
Mientras que el término “transexual” indica:

“Las personas transexuales 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”.

19. En estos casos, al margen del dato biológico de su sexo anatómico, la identidad se conforma preponderantemente por la consideración subjetiva de la persona respecto de su género, esto es, por la forma cómo el sujeto interioriza su pertenencia a uno de los géneros en su relacionamiento con la sociedad. Y esta consideración subjetiva no es meramente accesoria respecto de algunas cualidades o características del otro sexo que el sujeto puede apreciar, sino que supone una identificación profunda con el otro género en su totalidad. Como ha sostenido el propio DSM-IV-TR o *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

“El trastorno de la identidad sexual puede diferenciarse del comportamiento de disconformidad con el papel del propio sexo por la magnitud y la extensión de los deseos, de los intereses y de las actividades propias del otro sexo. Este trastorno no se refiere al comportamiento de disconformidad con el papel del propio sexo, como, por ejemplo, los comportamientos de “marimacho” en las niñas y de “afeminado” en los niños. Por el contrario, el trastorno representa una **profunda** alteración del sentido de identidad del individuo con respecto a la masculinización o a la feminización” (p. 649).

Esta identificación profunda con el otro género se inserta pues en la personalidad del individuo de un modo tal que bien puede decirse que dicha identidad cruzada es parte de su propia verdad personal, de una realidad que no puede rebatirse a costa de sacrificar la propia esencia del individuo. Aunque el género es una característica del individuo conformada socialmente, como ya se dijo líneas arriba, una vez asumida una determinada identidad, ésta llega a pertenecer a la categoría de características *esenciales* de la persona, en el sentido de que sin la misma la persona no podrá reconocerse a sí misma, dotada de dignidad. Como ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

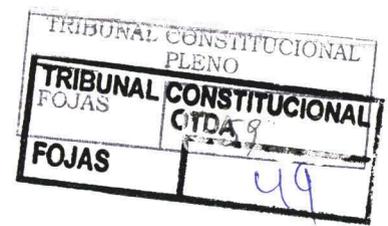
“[...]en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido a la (...) **identidad de género** dentro de las características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona (tales como la raza o la etnia) e inmutables, “entendiendo por inmutabilidad una característica 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).

20. En estos supuestos, al margen de la decisión de la persona *trans* respecto al apoyo clínico que requiera, físico o psicológico, para afrontar las circunstancias que aparejan esta condición, es evidente que la *autonomía moral* del sujeto solo puede ser respetada si el ordenamiento jurídico admite el reconocimiento de su identidad tal y como ésta es experimentada y vivida por el sujeto, y no conforme ésta es impuesta por la sociedad. No reconocer el derecho de la persona *trans* a autodefinirse y ser reconocido según su propia *subjetividad*, obviamente demostrada mediante elementos *objetivos*, supondría desconocer en sí el derecho de estas personas a la identidad de género: la supresión de un derecho fundamental para un grupo específico de personas, y un supuesto de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

discriminación, dado que en su caso, la autonomía moral o el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tendrían menos valor que en las demás personas, sin ningún motivo justificado.

21. En este contexto, queda claro que el hecho de que la identidad se conforme no solo con el sexo biológico, sino con consideraciones subjetivas que son construidas en el seno de la sociedad, hace que sea necesario utilizar el término identidad de género, en lugar del clásico de identidad sexual, en tanto el primero permite incorporar mejor el haz de posiciones ius-fundamentales que se desprenden del reconocimiento de la subjetividad del individuo en la definición de su propia identidad. Así, el **derecho a la identidad de género**, entendido como el derecho de la persona a autoidentificarse con el género masculino o femenino, tal y como estos géneros son experimentados y vivenciados por el sujeto, permite incluir en su ámbito de protección los supuestos en los cuales el género asumido por el sujeto se desprende de su subjetividad situada socialmente y no del dato del sexo biológico registrado, como es el caso típico de las personas trans.

Análisis del caso concreto

22. En el caso de autos, el recurrente pide que se cambie el sexo (de masculino a femenino) en el DNI y en la partida de nacimiento de la representada. Ello en razón de que ya ha conseguido judicialmente que su prenombre masculino sea cambiado por uno femenino (de Jorge Luis a P.E.), y así consta en su partida de nacimiento y DNI, pero en dichos documentos su sexo permanece como masculino.
23. De autos fluye que efectivamente se ha expedido a favor de P.E.M.M. una resolución judicial autorizando su cambio de nombre, de prenombre masculino a prenombre femenino (Sentencia de fecha 20 de octubre de 2009, expedida por el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, fojas 131-143 del cuaderno acompañado al principal). Y aunque en la parte resolutive de esta sentencia solo se ordena el cambio de prenombre, en la parte *considerativa* se expresa claramente que la razón de admitir el cambio de un prenombre masculino a uno femenino radica justamente en el hecho de que la demandante ha acreditado fehacientemente identificarse con el género femenino, identificación que debía ser reconocida por el ordenamiento jurídico, con base en el derecho a la identidad sexual. En efecto, en el fundamento 26 de la precitada sentencia, el juez estableció que:

“A ello, ha de sumar que está probado en autos, que socialmente el accionante es aceptado como persona de **sexo femenino**, debido incluso a su propia apariencia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

fisiológica, ya que incluso se ha sometido a tratamientos quirúrgicos de reasignación sexual de hombre a mujer, tal como es la prótesis mamaria en el año 2000 y la vaginoplastia cutánea, realizada en el año 2001, así como el tratamiento hormonal, así se acredita con las constancias expedidas por la Unidad de Género de la Clínica Mediterránea (folios 7) y la Unidad de Identidad de Género del Hospital Universitari Clinic Barcelona (folios 74). Ello implica que el accionante ostenta psicológica, física y socialmente el sexo femenino, el que no concuerda con el sexo cromosómico y registral consignado en la partida de nacimiento, y mucho menos con el nombre asignado al momento de nacer”.

Del mismo modo, el juez concluyó su razonamiento expresando que:

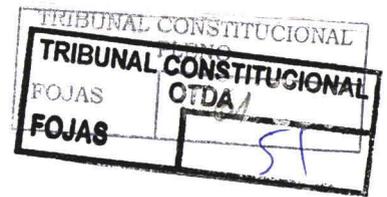
“Siendo ello así y conforme se ha desarrollado en los considerandos 13, 15 y 22 de la presente sentencia y en base al principio de identidad, desarrollo personal y dignidad del ser humano, debe disponerse el cambio de prenombre, máxime si el mismo informe psicológico asistencial de folios 74 de autos, recomienda “se regularice su situación administrativa (cambio de nombre y género en el DNI y otros documentos pertinentes) para favorecer la total adaptación psicosocial a los roles propios del sexo femenino””.

La precitada sentencia adquirió la calidad de *cosa juzgada* mediante resolución de fecha 27 de enero de 2010, la que la declaró consentida, al no haberse presentado ningún recurso impugnatorio por parte del representante del Ministerio Público. En este contexto, consideramos que, aún cuando no se haya ordenado el cambio de sexo registral en la sentencia antes referida, en el proceso de cambio de nombre se tuvo por plenamente acreditado la identificación de P.E.M.M. con el género femenino; por lo que dicha acreditación procesal debe ser tenida en cuenta por este Tribunal para la resolución de la presente controversia constitucional.

Además de ello, de las pruebas presentadas en el presente expediente se puede constatar la identificación de P.E.M.M. con el género femenino: i) las declaraciones ofrecidas (fojas 106 del cuaderno acompañado al principal); ii) la apariencia que ostenta en las fotografías (fojas 133, 149, 150, 194); iii) el reconocimiento de su nueva identidad por parte de las autoridades españolas, dado que ostenta pasaporte español donde se consigna su nombre P.E.M.M. de sexo “femenino” (fojas 3 del cuaderno acompañado al Exp. N° 423-2010-0-2208-JR-CI-01), además de la Resolución N° 42995/2003-1, de fecha 31 de marzo de 2005, donde se consigna que se ha reconocido la nacionalidad española a doña P.E.M.M. (fojas 11 del cuaderno acompañado al principal); y iv) el Certificado Médico suscrito por el Cirujano Plástico Reconstructivo y Estético de la Unidad de Género de la Clínica Mediterrania de Barcelona, donde se consigna que P.E.M.M. ha sido diagnosticada de *disforia de género*, que ha recibido tratamiento hormonal por un tiempo superior a un año y que ha sido intervenida con una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

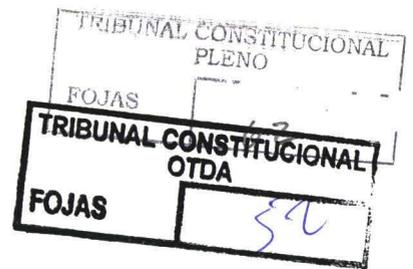
SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

- cirugía de reasignación de sexo (fojas 7 del cuaderno acompañado al principal), además del Certificado Médico suscrito por la Especialista en Psiquiatría, Dra. E. Gómez Gil, y el Especialista Senior en Psicología, J. M^a Peri, de la Unidad de Identidad de Género de la Clínic Barcelona Hospital Universitari, de fecha 23 de julio de 2008, en el cual se revela que la señora P.E.M.M. fue sometida a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer entre los años 200 y 2001, y que venía siendo atendida hormonalmente desde los 16 años debido a su diagnóstico de trastorno de la identidad de género (fojas 74 del cuaderno acompañado al principal).
24. Estas razones fácticas aunadas a las razones jurídicas ya expuestas en los fundamentos anteriores de esta sentencia en el sentido **i)** de que la identidad de género es una manifestación del derecho a la identidad que guarda absoluta relevancia en la medida que la sexualidad forma parte de las diferentes manifestaciones de la personalidad del individuo, y, por tanto merece protección; **ii)** de que los distintos componentes del género –cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, social y registral– interactúan en la persona de forma tal que le permiten configurar su género de acuerdo a su propia y autónoma experiencia vivencial; **iii)** que entre la identidad que revela la verdad personal y los datos consignados en un documento de identidad no puede existir disociación alguna; y, **iv)** que si el Derecho solo otorga protección a la dimensión formal o estática de la identidad del individuo, termina *objetivando* su esencia moral, así como su dignidad; constituyen justificación para autorizar que el sexo registral de P.E.M.M. sea modificado en su partida de nacimiento, así como en su DNI.
25. La libertad como sustento existencial permite que cada persona en un ejercicio dialógico con las múltiples opciones que le ofrece su fuero interno, así como con el mundo exterior, construya una *identidad* propia que la conlleve a concretizar su propio proyecto personal. La libertad –como ha señalado este Tribunal–, en tanto fundamento de la identidad, permite revelar la verdad personal y propicia el reconocimiento y respeto de los individuos tal y como éstos se reconocen, sin imposiciones externas que los desfiguren.
26. P.E.M.M. en ejercicio de esa libertad se ha identificado con el género femenino y ha logrado cambiar incluso el pronombre que figuraba en su DNI de uno masculino a uno femenino; por ello, mantener el dato de sexo masculino en su DNI, no solo perjudica injustificadamente su identidad, sino que también lesiona su dignidad y, con ello, pone en cuestionamiento el goce efectivo de otros derechos que la propia Constitución le reconoce y propicia, a su vez, situaciones diferenciadoras de trato que afectan su derecho a la igualdad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC
SAN MARTIN
P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

Por estas razones nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración del derecho a la identidad de género y al reconocimiento de la personalidad jurídica y, en consecuencia,
2. **ORDENAR** que la Municipalidad Distrital de Miraflores de la Provincia de Lima inscriba la anotación de cambio de sexo respectiva en la partida de nacimiento de P.E.M.M.
3. **ORDENAR** que el RENIEC efectúe el cambio de sexo registral en el DNI de P.E.M.M. y le expida uno nuevo.

SS.
ETO CRUZ
MESÍA RAMÍREZ

Lo que certifico:



OSCAR ZAPATA ALCÁZAR
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL