



Francisco José Eguiguren Praeli^(*)

El cambio de sexo y su inscripción en el registro de Identidad Personal. El cambio que el Tribunal Constitucional no se atrevió a aprobar^(**)

Sex change and its registration on the Personal Identity Registry. The change that Constitutional Court did not dare to approve

Resumen: En el presente artículo, el autor trata de esclarecer diversos aspectos del derecho fundamental a la Identidad Personal, esto a propósito de una reciente sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano donde se desestima la pretensión de un ciudadano a que se inscriba en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil su cambio de sexo. Asimismo, se encarga de analizar los argumentos que el Tribunal empleó para tomar esta decisión, así como también los usados por dos de sus magistrados que expresaron su desacuerdo mediante votos singulares. Se señala que en Perú no existe, como en otros países, una ley que regule el registro de cambio de sexo, sin embargo, para el autor esto no debió impedir que el Tribunal Constitucional aprobará este cambio.

Palabras clave: Identidad Personal - Identidad de Género - Cambio de Sexo - Registro de Identificación - Tribunal Constitucional

Abstract: In this article, the author tries to clarify various aspects of the fundamental right to Personal Identity, this with regard to a recent sentence by the Peruvian Constitutional Court which dismissed the claim of a citizen to register in the National Registry of Identification and Civil status his sex change. Also, the autor analyze the arguments that the Court used to make this decision, as well as also used by two of its judges who expressed their disagreement through unique votes. It is point outs that in Peru, as in other countries, there isn't a law regulating to the registration of sex change. However, for the author this should not limit the Constitutional Court to approve this change.

Keywords: Personal Identity - Gender Identity - Sex Change - Registry of Identification - Constitutional Court.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Humanidades y Magister en Derecho por la misma casa de estudios. Profesor principal de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y actual comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Miembro del Comité Consultivo Nacional de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(**) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 14 de junio del 2015 y aprobada su publicación el 24 de junio del mismo año.

El cambio de sexo y su inscripción en el registro de Identidad Personal. El cambio que el Tribunal Constitucional no se atrevió a aprobar
Sex change and its registration on the Personal Identity Registry. The change that Constitutional Court did not dare to approve

Hace pocos meses en el Congreso se desestimó someter a debate un proyecto de ley para establecer la Unión Civil, destinado a reconocer jurídicamente la conformación de una relación de pareja y familiar entre dos personas del mismo sexo. Más recientemente, en el propio Congreso se ha buscado cerrar la puerta a la despenalización del aborto en caso de embarazo proveniente de una violación.

Si bien a veces desde el Derecho se puede impulsar un cambio en la sociedad, a menudo, más bien, éste actúa como instancia conservadora y retardataria, que impide reconocer exigencias y expectativas que gozan de respaldo en amplios sectores sociales. Obviamente ello no es responsabilidad del Derecho, sino de los actores políticos encargados de la producción y aprobación de las leyes o de los jueces que las aplican. Esta situación suele resultar más frecuente cuando se trata de reconocer derechos de las minorías, en especial si están referidos a temas vinculados a la conducta sexual, sobre todo en sociedades, como la peruana, donde predominan concepciones conservadoras o proclives a la discriminación, así como discursos hipócritas respecto de ciertos asuntos que se dan en la realidad pero que el ordenamiento jurídico vigente persiste en ignorar o dejar de resolver.

Algo similar ha sucedido con una relativamente reciente sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente No. 00139-2013-PA/TC) con motivo del recurso de agravio constitucional promovido en el proceso de Amparo seguido a favor de P.E.M.M., representado por Rafael Alonso Ynga Zevallos, proveniente de San Martín. En la sentencia, de fecha 18 de marzo del 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, por mayoría y con los votos singulares en contra de los magistrados Eto Cruz y Mesía Ramírez, desestimó la pretensión del demandante de que se inscriba en el Registro de Identificación y Estado Civil y en el de la Municipalidad de Miraflores su cambio de sexo, de masculino a femenino, y se le otorguen nuevos DNI y partida de nacimiento que así lo consignen.

Dado que en nuestro país no se cuenta aún con una ley que autorice y regule el derecho de una persona a cambiar el sexo con que fue originalmente registrado, a diferencia de lo que ya ocurre en diversos países de Europa y América, este asunto reviste gran relevancia jurídica y social. El Tribunal Constitucional, el más alto intérprete de la Constitución, tuvo la oportunidad de innovar y avanzar progresivamente en este campo, pero prefirió rehuir el reto.

CONSIDERAMOS QUE LA NEGATIVA A AUTORIZAR EL CAMBIO DE SEXO EN EL REGISTRO, LUEGO DE HABERSE RECONOCIDO JURÍDICAMENTE OTROS CAMBIOS ENCAMINADOS HACIA ESTE PROPÓSITO, NO SÓLO IMPIDE A LA PERSONA EJERCER SU LIBERTAD E IDENTIDAD PERSONAL, SINO QUE LA EXPONE INNECESARIAMENTE A NUEVAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN, QUE PUEDEN RESULTAR INCLUSO MÁS INTENSAS

En el presente trabajo, formularemos algunas reflexiones acerca de los argumentos expuestos en esta sentencia, así como también analizaremos sus implicancias respecto a los alcances y el contenido constitucional del derecho a la identidad personal y su relación con la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

1. El derecho a la Identidad Personal como Derecho Fundamental

1.1. El derecho a la identidad personal y su contenido constitucional

El derecho a la identidad personal está reconocido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Peruana de 1993, que establece lo siguiente: "Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)". El hecho de que esta norma constitucional solo haga mención del derecho a la identidad, sin aportar mayores elementos sobre su contenido y alcances, hace necesario



Francisco José Eguiguren Praeli

que acudamos a la interpretación que ha hecho del mismo el Tribunal Constitucional.

Es así que el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que se trata de un derecho fundamental que protege, al más alto nivel normativo, el derecho que tiene toda persona a “ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es”⁽¹⁾; vale decir, “*el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo* (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etcétera) *y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo* (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etcétera)”⁽²⁾ (Énfasis agregado).

Como podemos apreciar, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la identidad de una persona no está compuesta, como a menudo se piensa, única y exclusivamente por aquellos elementos de carácter objetivo o formal, que permiten individualizar a la persona; por el contrario, la identidad “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*”⁽³⁾ (Énfasis agregado).

Cuando una persona invoca su identidad, lo hace para poder ser distinguida frente a otras; y, en algunas ocasiones, dicha distinción puede percibirse con facilidad a partir de datos elementales como el nombre o las características físicas. Pero existen también referentes más complejos, motivo por el cual el Tribunal Constitucional ha interpretado que el entendimiento de este derecho fundamental “no puede concebirse de una forma inmediatista, 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”⁽⁴⁾.

En la doctrina jurídica nacional, hay aportes para una definición de este derecho. Así, Carlos Fernández Sessarego señala que el derecho a la identidad puede ser concebido como: “(...) el conjunto de atributos y características, tanto estáticos como 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. (...) 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”⁽⁵⁾.

Si bien la identidad es unitaria, doctrinariamente se ha entendido que esta presenta dos vertientes⁽⁶⁾:

- a) La identidad estática; que es inmodificable o con tendencia a no variar; y, en ese sentido, estaría dada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona, como su nombre, imagen, edad, fecha de nacimiento, entre otros datos.
- b) La identidad dinámica; que es mutable en el tiempo y que se refiere “al despliegue temporal y fluido de la personalidad. Ella está constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos, culturales, hasta los

(1) Sentencia Expediente No. 2273-2005-HC/TC, fundamento jurídico 21.

(2) Sentencia Expediente No. 2273-2005-HC/TC,

(3) Sentencia Expediente No. 2273-2005-HC/TC; fundamento jurídico 22.

(4) Sentencia Expediente No. 2273-2005-HC/TC; fundamento jurídico 23.

(5) Carlos Fernández Sessarego, *La Constitución Comentada*, Tomo I, (Lima: Gaceta Jurídica, 2006), 18.

(6) Carlos Fernández Sessarego, “La problemática del transexualismo”, en *Los registros y las personas: Dimensiones Jurídicas Contemporáneas* (Lima: RENIEC, 2010), 736.

El cambio de sexo y su inscripción en el registro de Identidad Personal. El cambio que el Tribunal Constitucional no se atrevió a aprobar
Sex change and its registration on the Personal Identity Registry. The change that Constitutional Court did not dare to approve

ideológicos, políticos y profesionales. Es la manera como cada ser humano se presenta ante los demás en la vida social. Ella no permanece estática, va cambiando, en cierta medida, con el correr de los años⁽⁷⁾.

En suma, podemos concluir que el derecho a la identidad es un derecho fundamental que tiene como titular a la persona, y no al Estado, que hace posible su individualización y, en esta medida, debe atender a criterios que reflejen de manera integral la complejidad del ser humano.

1.2. La identidad y su relación con la dignidad de la persona

El artículo 1 de la Constitución de 1993 establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Si bien la Constitución no define aquello que debe entenderse por dignidad, el Tribunal Constitucional ha interpretado que, en términos generales, en virtud de este principio: “La persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general”.

En el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, la dignidad humana constituye un valor supremo que justifica la existencia del Estado y legitima los objetivos que este cumple. Asimismo, el principio de dignidad “irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada⁽⁸⁾”.

La dignidad humana se vincula así con los atributos y características de todo derecho fundamental y el derecho a la identidad no es la excepción. En efecto, ambos permiten garantizar una vida plena no sólo en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material (entendida

como vida digna). Por este motivo, el Tribunal Constitucional ha interpretado que “la identidad personal constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana⁽⁹⁾”.

En consecuencia, el contenido y los alcances del derecho a la identidad deben construirse a partir de la persona humana, de su dignidad, de sus atributos y características físicas, psicológicas, de personalidad, etcétera; teniendo en consideración que el ser humano constituye un fin en sí mismo y no un medio o instrumento al servicio del Estado. Además, como se ha señalado anteriormente, no se puede perder de vista que es la persona y no el Estado quien ostenta la titularidad de este derecho fundamental.

1.3. La identidad personal y su relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido también en el propio artículo 2, inciso 1 de la Constitución, garantiza “una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres⁽¹⁰⁾”.

Este derecho se relaciona también con el derecho a la identidad de la persona, en la medida que tiene por objeto garantizar el respeto de aquellos ámbitos de libertad que han sido reconocidos a favor del ser humano y,

(7) Carlos Fernández Sessarego, “La problemática del transexualismo”, 737.

(8) Sentencia Expediente No. 2945-2003-AA/TC, fundamento jurídico 19.

(9) Sentencia Expediente No. 2273-2005-HC/TC, fundamento jurídico 7.

(10) Sentencia Expediente No. 2868-2004-AA/TC, fundamento jurídico 14.



Francisco José Eguiguren Praeli

en consecuencia, sustraídos de cualquier intervención estatal que no sea razonable y proporcional. Estos ámbitos de libertad son consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de la persona.

De este modo, el derecho al libre desarrollo de la persona conlleva el reconocimiento de la autonomía individual para autodeterminar el propio plan de vida y adoptar con libertad las opciones personales en sus distintos ámbitos. Ello haría que, en rigor, no sea del todo necesario el desarrollo legislativo de este derecho, pues la esencia de su ejercicio presupone la ausencia de intervención o interferencia del Estado.

2. La posibilidad de modificar el sexo consignado en el registro de identificación personal

La identidad sexual constituye un componente esencial de la identidad personal⁽¹¹⁾. Por este motivo, su tratamiento no puede ser pasado por alto al hacer referencia al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la identidad personal.

Sobre el sexo del individuo, el Tribunal Constitucional ha señalado que “Es la identificación que se asigna al recién nacido y que lo ubica en el género masculino o femenino. El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran. Al momento de nacer la persona, solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse”⁽¹²⁾.

Ahora bien, desde hace algún tiempo se debate acerca del reconocimiento del derecho de la persona a decidir libremente sobre el cambio del sexo con que fue registrada, en función de la nueva identidad sexual que ha decidido asumir, como componente de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a su propio plan de vida. Un fundamento que se puede esgrimir para sustentarlo, es que al momento

del nacimiento e inscripción registral de la persona, se atendió exclusivamente a elementos físicos de tipo anatómico y genital, sin prestar atención a aspectos de índole psicológico y social.

El profesor Fernández Sessarego explica que al integrar el genérico concepto de identidad personal, el sexo presenta también dos vertientes que, si bien normalmente guardan armonía, algunas veces entran en conflicto, creando situaciones de tensión⁽¹³⁾. Para clarificar esta cuestión, será importante hacer referencia a los siguientes dos conceptos: *sexo estático* y *sexo dinámico*.

Sobre el primero, se ha señalado que “es posible referirse al sexo desde un punto de vista estático, como un elemento inmutable. Nos referimos, en este caso, al sexo cromosómico. El sexo de las personas se identifica, salvo rarísimas excepciones, por sus caracteres anatómicos y fisiológicos y por su morfología externa. El sexo estático es aquél con el que cada individuo nace y muere, bajo el cual el sujeto es inscrito en los registros del estado civil. Este sexo es inmodificable. Por ello, en rigor de verdad, no puede hacerse referencia a un ‘cambio de sexo’ sino, más bien, a una adecuación de la morfología genital y a un consiguiente cambio de prenombre”⁽¹⁴⁾.

Sin embargo, también cabe aludir al sexo dinámico, “referido a la personalidad misma del sujeto, a su actitud y comportamiento psicosocial, a sus hábitos y modales, a su manera de sentir y de vivir. Estos caracteres son generalmente coincidentes con el sexo biológico. Sin embargo, existen excepciones como son los casos de intersexualidad

(11) Carlos Fernández Sessarego, “La problemática del transexualismo”, 736.

(12) Sentencia Expediente No. 2273-2005-HC/TC, fundamento jurídico 15.

(13) Carlos Fernández Sessarego, “La problemática del transexualismo”, 737 y 38.

(14) Carlos Fernández Sessarego, “La problemática del transexualismo”, 738.

El cambio de sexo y su inscripción en el registro de Identidad Personal. El cambio que el Tribunal Constitucional no se atrevió a aprobar
Sex change and its registration on the Personal Identity Registry. The change that Constitutional Court did not dare to approve

(hermafroditismo o pseudohermafroditismo) y aquéllos en los que se advierte una elocuente disociación entre las dos vertientes de la sexualidad, es decir entre la cromosómica o biológica y la psicosocial⁽¹⁵⁾.

El denominado *cambio de sexo*, que se produce atendiendo a consideraciones de tipo psicosocial, plantea importantes retos en el ámbito de lo jurídico, pues demanda una serie de modificaciones que tienen que ver con la inscripción del sexo y del prenombre en los registros civiles y, consecuentemente, el otorgamiento de un nuevo Documento Nacional de Identidad, donde consten tales modificaciones. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el cambio de nombre, nuestra legislación no contempla el cambio de la identidad sexual de las personas en el registro; por lo tanto, tampoco existen procedimientos o trámites preestablecidos que regulen esta materia.

Siguiendo la tendencia adoptada en diversos países, consideramos que lo más conveniente es que esta ausencia normativa se resuelva a la brevedad en el Perú, lo que demanda el dictado de una ley que desarrolle y regule el ejercicio de la identidad sexual como componente del derecho constitucional a la identidad de género personal. Esta ley debe definir los requisitos para obtener el cambio de sexo en los registros civiles. Asimismo, y no menos importante, la ley deberá regular aspectos vinculados a los efectos del cambio de identidad sexual en la relaciones anteriores y futuras de la persona, en ámbitos tales como el patrimonial, familiar, personal, etcétera.

Otros temas especialmente relevantes, que tendrían que recibir tratamiento en dicha ley son, por citar algunos, los efectos del cambio de sexo en cuanto a la habilitación para contraer matrimonio con una persona de sexo similar al que se tuvo originalmente; o a la posibilidad de adopción de hijos; si la anterior identidad sexual puede o no ser de conocimiento de terceros o de determinadas personas; si para obtener el cambio de sexo es o no necesario someterse previamente a una intervención quirúrgica o a tratamiento médico y psicológico, para la modificación física y genital acorde con el sexo que se desea adoptar.

En este sentido, si bien existen actualmente diversos países donde se han expedido leyes reconociendo y regulando el

cambio de sexo y su inscripción registral, quisiera comentar el contenido de la ley española No. 3/2007 (publicada en el Boletín Oficial del Estado el 16 de marzo de 2007), que regula los requisitos necesarios para acceder a la inscripción del cambio de sexo cuando la inscripción vigente no se corresponde con su verdadera identidad de género. Adicionalmente, esta ley contempla el cambio del nombre propio, a fin de que no resulte discordante con el sexo adoptado.

De conformidad con la exposición de motivos de dicha ley, la transexualidad constituye “una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas”.

Uno de los elementos más importantes de esta legislación es, sin duda, el referido a los requisitos establecidos para obtener el cambio de sexo en el registro. Al respecto, el artículo 4 de la ley dispone que será necesario que la persona solicitante acredite: a) que le ha sido diagnosticada disforia de género, mediante informe de médico o psicólogo clínico. Ello supone la “existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia”; y, b) que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. Sin embargo, es posible prescindir de este último requisito cuando concurren razones de salud o edad que

(15) Carlos Fernández Sessarego, “La problemática del transexualismo”, 738.



Francisco José Eguiguren Praeli

imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica que acredite dicha circunstancia. Asimismo, se precisa que no será necesario que el tratamiento médico al que se hace referencia en el literal “b”, antes mencionado, haya incluido cirugía de reasignación sexual.

El artículo 5 de la ley se ocupa de los efectos de la rectificación de sexo, señalando que su inscripción en el registro tiene carácter constitutivo, permitiendo a la persona acceder a todos los derechos que corresponden al nuevo sexo asumido, sin alterar la titularidad de los derechos y obligaciones adquiridos con anterioridad al cambio de sexo. Quien hubiere obtenido el cambio de sexo y de nombre, tendrá la obligación de solicitar un nuevo documento nacional de identidad, aunque conservará el mismo número del documento anterior (artículo 6). Finalmente, se establece que no se dará publicidad a la rectificación registral, sin autorización especial (artículo 7).

3. El derecho a la Identidad Personal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

El Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre aspectos relacionados con el derecho a la identidad personal, pero sin abordar o resolver específicamente si es posible y válido en el Perú que se pueda obtener la modificación del sexo de una persona consignado en su partida de nacimiento o en el registro civil de identificación.

Uno de los casos más importantes que ha conocido el Tribunal Constitucional en esta materia, es el denominado caso *Karen Mañuca Quiroz*, (expediente No. 02273-2005-HC/TC), donde el accionante solicitaba que el RENIEC le otorgue el duplicado del DNI donde constaba el cambio de nombre (de masculino a femenino) que había obtenido mediante proceso judicial. El RENIEC manifestaba que había denegado la expedición del duplicado (a nombre de Karen Mañuca) porque el demandante mantenía simultáneamente varias identidades inscritas, con distintos documentos, la original con su nombre y sexo masculinos (según partida de nacimiento) y otra con el nombre femenino proveniente de la sentencia judicial, lo que resultaba ilegal, por lo que había procedido a anular la inscripción más reciente, que era de la que se solicitaba la emisión de un duplicado del documento.

En la sentencia se interpretó que si bien el sexo es la identificación que se asigna al recién nacido, y que lo ubica en el género masculino o femenino, también está compuesto por otros elementos, como son: el cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social; los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional desarrolló también el contenido del derecho a la identidad personal, precisando que su definición trasciende a lo meramente físico. Este reconocimiento tiene una gran importancia, puesto que se admite que la identidad humana es una realidad compleja y que, para su definición, es necesario tomar en cuenta otros factores (se habla de factores subjetivos) y no sólo el anatómico.

Si bien el Tribunal Constitucional ordenó que se expida al accionante el duplicado del DNI solicitado, con el nombre femenino establecido en la sentencia judicial, dispuso también que se mantengan los demás datos de identificación consignados en la partida de nacimiento, por lo que el sexo que constaría en el documento seguiría siendo el masculino.

De esta manera, el Tribunal Constitucional había avanzado hacia una interpretación más amplia del contenido del derecho a la identidad, afirmando que la persona humana debería ser entendida de forma integral, respetando el principio de dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, tal jurisprudencia no se había pronunciado específicamente sobre la procedencia o no del cambio de sexo y su inscripción en el registro de identidad.

Sin perjuicio de esta sentencia de naturaleza constitucional, puede mencionarse una sentencia, dictada por el Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, recaída en el expediente No. 11711-03, donde se declaró fundada la demanda interpuesta

El cambio de sexo y su inscripción en el registro de Identidad Personal. El cambio que el Tribunal Constitucional no se atrevió a aprobar
Sex change and its registration on the Personal Identity Registry. The change that Constitutional Court did not dare to approve

por un ciudadano contra el Ministerio Público, en un proceso civil sobre reconocimiento judicial, ordenando la procedencia de la inscripción registral del cambio de sexo. El demandante, nacido en Iquitos, en 1959, fue inscrito en la Municipalidad de Maynas con el sexo masculino, por la apariencia de sus genitales. No obstante, años después, decidió someterse a una operación de adecuación de sus órganos genitales, de masculinos a femeninos, constanding en certificados médicos que es fenotípicamente femenina. Asimismo, en un certificado psiquiátrico se señalaba que no existía conflicto entre su nueva identidad física y su identidad emocional.

El juez declaró fundada la demanda, apoyando su argumentación en los artículos 2 y 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 1 de la Constitución. Asimismo, destacó que si bien la identidad es unitaria, tiene dos vertientes, una estática y una dinámica. De otro lado, el juez tomó en consideración la cláusula de igualdad y no discriminación de la Constitución, que permite desterrar del ordenamiento jurídico toda norma que apunte a discriminar, por motivos de cualquier índole, a las personas, en especial cuando vulneran un derecho como el de libre desarrollo de la personalidad. También se especificó que la operación de cambio de sexo no vulneraba el derecho a la salud, puesto que había sido una decisión informada y consentida, y que el cuerpo del demandante funcionaba con normalidad.

En esta sentencia judicial se analizó, igualmente, la transexualidad del demandante, señalando que el cambio de sexo se realiza a través de una serie de pasos: i) estudio psicológico; ii) hormonación; iii) intervención quirúrgica de diversa complejidad. El juez declaró que si bien la intervención quirúrgica es un avance, el hecho que no se cambie el nombre y el sexo registral podría generar discriminación y estigmatización. Asimismo, realizó una distinción final entre el sexo determinado por los cromosomas y la identidad sexual (que puede determinar uno mismo). En base a ello, interpretó que la posibilidad de que los transexuales puedan elegir su sexo amplía el margen de la identidad sexual, como una manifestación del ejercicio de la libertad del individuo.

Luego de analizar las definiciones de sexo (genético, gonadal, morfológico, psicológico, jurídico y hormonal), el juez evaluó la idoneidad de los medios probatorios

ofrecidos por el demandante, entre los que se encontraban certificados y peritajes médicos y psiquiátricos. En todos ellos se declaraba que el sexo genital y psicológico actual del demandante son los de una mujer. Con base a estos medios probatorios y el análisis de las normas y principios expuestos previamente, el juez declaró fundada la demanda. Esta sentencia quedó consentida y firme el 7 de agosto del 2008, al no ser apelada por el Ministerio Público. Algún tiempo después, el juzgado remitió un oficio al RENIEC para que cumpliera la sentencia y realice la inscripción de la modificación del sexo del demandante en el registro. No tenemos información sobre si este mandato judicial ha sido ejecutado y el cambio de sexo del demandado consignado en el registro y en su documento de identidad.

4. Análisis de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el caso No. 00139-2013-PA/TC

Como ya hemos indicado al inicio de este trabajo, el caso objeto de comentario se originó en el proceso de amparo interpuesto por el accionante contra el RENIEC y el Ministerio Público, solicitando que se realice el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su DNI y en la partida de nacimiento. El recurrente se define como un transexual, “mujer reasignada mediante cirugía realizada en España”, manifestando que anteriormente obtuvo el cambio de nombre (de masculino a femenino) mediante sentencia judicial inscrita en el registro de identificación y en su partida de nacimiento, por lo que obtuvo el nuevo DNI con esa identidad, aunque manteniendo el sexo masculino, lo que considera que contrasta con su sexo psicosocial y vulnera su derecho constitucional a la identidad.

Su petitorio fue declarado fundado por un Juzgado Especializado de San Martín, pero luego revocado por la Sala de la Corte de



Francisco José Eguiguren Praeli

Tarapoto, por considerar que esta materia no debía resolverse mediante un amparo sino en un proceso de conocimiento. Contra esta decisión se interpuso recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, quien lo resolvió con la sentencia objeto de análisis.

4.1. Los fundamentos del voto de mayoría para rechazar la inscripción del cambio de sexo

En esta sentencia del Tribunal Constitucional, adoptada por mayoría y con el voto en contra de dos magistrados, se resolvió desestimar la demanda. El fallo empieza por reiterar lo expresado en la sentencia del caso *Karen Mañuca Quiroz*, respecto a la dimensión objetiva y subjetiva que compone el derecho a la identidad, manifestando que el sexo forma parte de la dimensión objetiva y que tiene un origen biológico y cromosómico o genético, que lo torna en indisponible para su titular, lo que autoriza a cambiar el nombre pero no el sexo registrado en el nacimiento. Es así que señala:

“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*)”.

Según refiere la sentencia, la inscripción sobre el sexo asignado en el acta de nacimiento, que se hace en función de la apariencia biológica y anatómica, puede ser modificada posteriormente sólo en caso de comprobarse, mediante certificaciones médicas, la existencia de intersexualidad o hermafroditismo. Pero no procede tal modificación en casos como los del recurrente, que se define como transexual y que padece una *patología psicológica*, porque su sexo biológico masculino no se corresponde con el sexo femenino al que manifiesta sentirse inclinado, lo que lo ha llevado a someterse a tratamiento hormonal, a una intervención quirúrgica de modificación del sexo morfológico de sus órganos genitales, y a realizar pruebas psicológicas en España. Estas consideraciones llevan a la sentencia a descartar el cambio de sexo solicitado, porque considera que el transexual padece de un trastorno de la personalidad de tipo mental o psicológico, sin ninguna alteración biológica ni anatómica⁽¹⁶⁾. Agrega el fallo, como sustento a su decisión, que no existe certeza científica

(16) Al respecto la sentencia señala:

“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].

14. Ni 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

El cambio de sexo y su inscripción en el registro de Identidad Personal. El cambio que el Tribunal Constitucional no se atrevió a aprobar
Sex change and its registration on the Personal Identity Registry. The change that Constitutional Court did not dare to approve

acerca de que la intervención quirúrgica sea la solución más adecuada para casos de transexualismo, ya sea porque puede limitarse a cambios artificiales en la morfología externa de los órganos genitales, o porque pueda generar otros nuevos desajustes en la relación somático-psicológica del individuo, o incluso porque la persona pueda no sentirse satisfecho de su nueva situación y quiera retornar a la anterior.

Pero al margen de estas especulaciones de la sentencia, que tampoco se sustentan en argumentos que gocen de certeza científica, consideramos que es en los fundamentos siguientes

donde se visualizan las razones que pueden haber incidido más directamente en la decisión adoptada por la mayoría. Y estas se refieren, por propia manifestación de los magistrados, a la *previsión de las consecuencias jurídicas y sociales que se derivarían de admitir el Tribunal Constitucional el petitorio del demandante, o de establecer un precedente vinculante con ese contenido*⁽¹⁷⁾. Así, la sentencia señala claramente que, de admitirse el cambio de sexo, el beneficiario adquiriría derechos tales

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' [Juan Antonio Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología* (Masson: Barcelona, 2004), 653]".

(17) "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. Sentencia Expediente No. 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. Sentencia Expediente No. 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 personas del mismo sexo, ya que un transexual operado, a pesar del cambio externo, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico. 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. el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial.

36. De esta forma, este Tribunal estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico 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".



Francisco José Eguiguren Praeli

como el poder contraer matrimonio con una persona del mismo sexo al que poseía originalmente, lo que implicaría reconocer la procedencia del matrimonio homosexual, o el que la nueva pareja pueda pretender adoptar niños. Sostiene la sentencia que de querer impedirse estas posibilidades, las prohibiciones podrían ser cuestionadas como inconstitucionales por discriminatorias en razón del sexo. Añade también que se pueden ver afectados derechos de terceros, que desconozcan esta modificación operada en el sexo registrado; o que se tenga que regular los requisitos y procedimiento para acceder a tal cambio de sexo, así como sus efectos respecto a los actos realizados con anterioridad por el beneficiario.

Por estas razones, el voto mayoritario señala (lo que no deja de resultar paradójico) que el Tribunal Constitucional no puede disponer la procedencia del cambio de sexo y de su inscripción registral, ya que ello conllevaría una intromisión en la función legislativa del Congreso (que es a quién le correspondería adoptar esta decisión) y una vulneración al principio democrático y constitucional de la separación de poderes. Decimos que resulta paradójico, o irónico, que un Tribunal Constitucional que, en reiteradas ocasiones, ha dictado sentencias que crean nuevos derechos fundamentales o expedido sentencias interpretativas de indudable contenido legislativo (actuando como *legislador positivo*) diga ahora que no puede hacerlo sin infringir las potestades legislativas del Congreso.

Paradójico también es que la sentencia diga que no desea establecer un precedente vinculante que reconozca el derecho al cambio de sexo y a su inscripción registral, pero que, en la misma sentencia, se disponga luego que la desestimación de tal pretensión constituirá una doctrina constitucional vinculante para todos los jueces.

4.2. Los fundamentos del voto en minoría, que reconoce la procedencia de la inscripción del cambio de sexo

En discordancia con la decisión de la mayoría, los magistrados Eto Cruz y Mesía Ramírez emitieron un extenso y motivado voto en minoría, que expone los fundamentos jurídicos que sustentan su posición respecto a la pertinencia de que el Tribunal Constitucional declare Fundada la pretensión del accionante y procedente la modificación del sexo y su inscripción registral.

Para empezar, el voto en minoría califica como falsa la afirmación de la mayoría en el sentido de que en la sentencia

del caso *Karen Mañuca Quiroz*, que sirve de principal sustento a la decisión, el Tribunal Constitucional haya fijado como principio que, en materia de identidad sexual, sólo cabe admitir el sexo en su dimensión biológica o cromosómica, lo que lo convierte en un elemento inmutable de la identidad personal y que no es susceptible de cambio, ya que no resulta disponible para su titular. También cuestiona la afirmación de la mayoría acerca de que, a nivel científico, se asume que el transexual padece de una patología psicológica y trastorno mental, por lo que su tratamiento debe darse a nivel psicológico, para superar su inclinación hacia el sexo opuesto al que posee biológicamente, y no mediante una intervención quirúrgica o cirugía de reasignación sexual.

Para los magistrados Eto y Mesía, la mayoría confunde los conceptos de sexo y género, a pesar que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en numerosos instrumentos y pronunciamientos de organismos internacionales que recoge, ya se les distingue con claridad. Por ello, actualmente, la prohibición de toda forma de discriminación comprende tanto a la que se produce por razones de sexo (protección a la mujer) como por razones de identidad sexual, que incluye a los transexuales, entendiéndose que la identidad de género está compuesta también, además del elemento biológico, por elementos de tipo psicológico, social y cultural, lo que protege la orientación sexual. Señalan que así lo ha explicado convenientemente, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", aprobado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653.

Con dureza, ambos magistrados cuestionan la decisión de la mayoría, a quien atribuyen

El cambio de sexo y su inscripción en el registro de Identidad Personal. El cambio que el Tribunal Constitucional no se atrevió a aprobar
Sex change and its registration on the Personal Identity Registry. The change that Constitutional Court did not dare to approve

realizar una cita incompleta e interpretación falsa y tendenciosa de lo expuesto en la sentencia del caso 2273-2005-PHC/TC, afirmando que es doctrina sentada por el Tribunal Constitucional algo que no lo es. Así, precisan que el Tribunal Constitucional, en la sentencia del caso *Karen Mañuca*, “ni dijo que el sexo biológico era la única dimensión de la identidad sexual relevante, ni formuló ninguna doctrina de la indisponibilidad del sexo”⁽¹⁸⁾.

El voto en minoría aclara también que, a su entender, el Tribunal Constitucional nunca ha establecido como doctrina el carácter indisponible del sexo. Precisa que si bien en el caso *Karen Mañuca Quiroz* sólo se ordenó al RENIEC extender el duplicado del DNI al accionante con su nombre femenino, ello fue así porque eso era lo dispuesto por la sentencia judicial de cambio de nombre, que justificaba la pretensión, mientras que el cambio del sexo registrado no formaba parte de dicha sentencia judicial, lo que determinó que no se incluyera tal mandato. Aclara por ello que “en ningún caso [debe interpretarse] la consideración de que dicho cambio no era posible o estaba prohibido, como afirma con suma ligereza la sentencia en mayoría”.

El voto en minoría de los magistrados Eto y Mesías hace también referencia al movimiento que se desarrolla, a nivel internacional, para el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales y a la identidad de género, que comprende la orientación sexual. Así da cuenta de la aprobación de leyes al respecto en países como Suecia, Alemania, Italia, Holanda, España y varios estados de los

Estados Unidos de Norteamérica y, más recientemente, en países latinoamericanos como México, Uruguay, Argentina, etcétera. También de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Constitucional de Colombia, entre otras. Sostiene que el Tribunal Constitucional peruano no puede mantenerse ajeno a esta tendencia legislativa y jurisprudencial contemporánea que, cada vez más, reconoce el derecho al cambio del sexo consignado originalmente en el registro de identificación, por determinación de su titular.

Señalan estos magistrados que, para resolver casos como el planteado, debe tenerse en cuenta que si bien todos los seres humanos gozan de igualdad, su derecho a la identidad personal supone una diversidad y la diferenciación de cada quien. Y ella, unida a su libertad, le permite a cualquier persona decidir, en el plano interno y externo, y trazar su propio plan y proyecto de vida individual. Así, la identidad personal se constituye en una unidad que comprende componentes estáticos y dinámicos. El derecho a la identidad de género conforma el derecho a la identidad personal, debiendo superarse la visión tradicional que identifica como sinónimos sexo y género, pues

(18) En efecto, cuando el Tribunal Constitucional dice en la Sentencia Expediente No. 2273-2005-PHC/TC que “Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico” (fundamento jurídico 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 recordar 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 Tribunal Constitucional completa la frase arriba citada, diciendo que “ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse”. 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, psicológico, registral y social, los mismos que interactúa en el sujeto 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 Sentencia Expediente No. 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 Sentencia Expediente No. 2273-2005-PHUTC, 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.



Francisco José Eguiguren Praeli

mientras el primero se concibe como un dato esencialmente biológico, el segundo se define como una construcción social. Precisan que en los tratados internacionales, en especial por el momento de su elaboración o aprobación, se utiliza la expresión sexo como similar a género, por lo que debe asumirse que involucra también el derecho a la identidad de género, a fin de darle una protección más amplia e integral, toda vez que ésta no se circunscribe al elemento biológico o físico de la persona.

Agregan que las personas *trans* “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”. El término *trans* incluye a la subcategoría *transsexual*, que junto a otras variantes de la identidad de género, tienen como común denominador 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. Mientras que el término *transsexual* se refiere a las personas que “se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sesgo 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”. La identidad de género expresa la libertad y la decisión de una persona para determinar su identidad o autoidentificarse con el género masculino o femenino, según su propia vivencia, por lo que el ser *trans* no puede calificarse como un trastorno de tipo mental de la personalidad.

Por estas consideraciones, y dado que el accionante pretende que se realice el cambio del sexo (a femenino) consignado en su documento de identidad y partida de nacimiento, luego de haber conseguido anteriormente el cambio a un nombre femenino, mediante sentencia judicial que ya ha sido incorporado en ambos documentos, y de acreditar fehacientemente que se ha sometido en España a intervención quirúrgica y tratamiento hormonal y psicológico, los magistrados Eto y Mesía se manifiestan por la declaración estimatoria de la demanda y porque la sentencia ordene a la Municipalidad de Miraflores y al RENIEC la modificación del sexo originalmente asignado en la partida de nacimiento

y el DNI, respectivamente, procediendo a la expedición de los nuevos documentos donde conste el sexo femenino.

5. Algunas reflexiones finales

La Constitución Peruana de 1993 reconoce expresamente, en su artículo 2, inciso 1, el derecho a la identidad como un derecho fundamental de toda persona, el mismo que se complementa con el derecho al libre desarrollo y bienestar personal, contemplado en el mismo inciso. Ambos derechos deben desenvolverse en un marco de respeto y defensa de la dignidad de la persona, que es el principio rector que orienta la interpretación y aplicación de la Constitución, recogido en el artículo 1 de la misma.

El derecho a la identidad permite a la persona distinguirse e individualizarse de los demás, mediante elementos objetivos como el nombre, su fisonomía física, las huellas dactilares, el sexo, etcétera; cumpliendo así un papel de identificación personal. Pero también comprende aspectos subjetivos, de índole ideológico, espiritual o de conducta, como las convicciones y valores personales, las opciones y preferencias en diversos ámbitos, etcétera.

Siendo la identidad y el libre desarrollo derechos fundamentales de la persona, consideramos que lo esencial de su determinación y ejercicio corresponde ser decidido, libre y autónomamente, por la propia persona, y no por el Estado. La potestad estatal referida al registro de identificación de las personas, no supone que el ordenamiento constitucional impida al titular del derecho ejercer la libertad de adoptar o modificar determinados aspectos vinculados a su identidad, como el cambio de nombre o de la fisonomía. Más recientemente, esta potestad se extiende también a la

El cambio de sexo y su inscripción en el registro de Identidad Personal. El cambio que el Tribunal Constitucional no se atrevió a aprobar
Sex change and its registration on the Personal Identity Registry. The change that Constitutional Court did not dare to approve

posibilidad de que la persona, en ejercicio de su identidad de género y libertad, pueda decidir el cambio del sexo con que fue registrado al momento de su nacimiento e inscripción, que responde a criterios únicamente de apariencia física biológica, anatómica y genital.

Sin embargo, muchas veces esta apariencia biológica y genital puede no corresponder con el ámbito cromosómico o psicológico de la identidad sexual de la persona. Por ello ésta puede adoptar posteriormente, como parte del libre desarrollo de su personalidad, una identidad de género distinta a la que le fue atribuida originalmente en su partida de nacimiento y el registro civil de identificación.

Desde hace algún tiempo, la legislación de diversos países y la jurisprudencia comparada, tanto a nivel de tribunales internacionales como nacionales, vienen reconociendo como un componente del derecho a la identidad y al libre desarrollo de la persona la identidad de género, abriendo así la posibilidad de que el titular pueda solicitar y obtener el cambio de sexo en el registro de identificación personal, así como la adopción de un nombre que resulte congruente con dicha nueva identidad de género, a fin de contribuir a su más amplio ejercicio y evitar eventuales actos de discriminación o estigmatización social.

Si bien en el Perú no existe aún dicha legislación, esperamos que ello pueda concretarse en breve, ya que así se brindará adecuada protección al derecho a la identidad personal y de género desde una perspectiva moderna, desprejuiciada y antidiscriminatoria, acorde con la realidad vivencial y las expectativas de muchas personas y grupos sociales. En dicha legislación no solo se podrá regular el procedimiento y los requisitos para obtener el cambio de sexo y su registro respectivo, sino que se deberá normar aspectos vinculados a sus efectos respecto a las relaciones jurídicas anteriores y futuras de la persona, en ámbitos como el patrimonial, familiar, personal, etcétera. Especial relevancia merece la determinación de temas tales como si el cambio de sexo habilita a su beneficiario a contraer matrimonio con una persona de sexo similar al que tuvo originalmente, o a la adopción de hijos; si su anterior identidad sexual pueda o no ser conocida por terceros o por determinadas personas (como su pareja, por ejemplo); si para obtener el cambio de sexo es o no indispensable someterse previamente a una intervención quirúrgica o a tratamiento médico y psicológico.

Pero el punto medular a esclarecer, es si la inexistencia actual de dicha ley en el Perú impedía que el Tribunal Constitucional pudiera pronunciarse reconociendo el derecho de una persona a obtener el cambio del sexo con que fue registrado al momento del nacimiento e inscripción, clasificación basada exclusivamente en consideraciones de apariencia anatómica o genital. Consideramos que no existe tal impedimento, y por ello nuestro cuestionamiento jurídico a la sentencia en mayoría.

En primer lugar, porque el propio Tribunal Constitucional ya había avanzado en establecer, en su jurisprudencia, que el derecho a la identidad personal comprende diversos elementos, y no sólo los de tipo biológico o anatómico. Asimismo, porque el derecho a la identidad debe articularse con otros derechos también fundamentales, como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Con este marco, el Tribunal Constitucional ya contaba con un suficiente sustento conceptual de índole estrictamente constitucional, sin que la ausencia de una ley que permita el registro del cambio de sexo fuera un obstáculo. Por el contrario, la falta de una ley daba mayor fundamento a la necesidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie, pues el contenido de un derecho fundamental no está condicionado a que exista una ley que lo desarrolle. En el caso del derecho a la identidad personal, el Tribunal Constitucional estaba llamado a desarrollarlo y suplir cualquier vacío legislativo existente, incorporando la identidad de género y materializando su ejercicio.

En segundo lugar, porque en reiteradas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional ha evidenciado una actitud jurídica activista y creativa, manifestada en dar nuevos contenidos a derechos ya existentes o en reconocer nuevos derechos fundamentales, así como en el dictado de sentencias



Francisco José Eguiguren Praeli

interpretativas que no esperaban a que fuera el legislador quien resuelva el problema. A la luz de esta experiencia, la afirmación que hace la sentencia acerca de que el tema del cambio de sexo sólo puede ser regulado por el legislador y que el Tribunal Constitucional no puede invadir ese terreno, resulta un mero pretexto para justificar los argumentos conservadores y regresivos que plasma el fallo. Con tal afirmación posiblemente se busca encubrir los motivos más profundos de la decisión, que no serían otros que evitar las previsibles críticas o reacciones adversas de los sectores conservadores más retrógrados. Las propias razones expuestas por la sentencia, sobre las consecuencias y efectos que podría acarrear un eventual fallo favorable a la demanda, son una auténtica confesión de parte que busca justificar su falta de coraje para asumirlas.

Por ello nos decepciona profundamente esta sentencia. Porque a estas alturas del desarrollo de la doctrina constitucional en nuestro país, mucha de esta aportada por el Tribunal Constitucional, la falta de una ley no puede esgrimirse como un argumento aceptable para dejar de reconocer y autorizar el ejercicio de un derecho que emana de la Constitución. Actualmente, no cabe duda que el derecho a la identidad personal tiene que vincularse con el libre desarrollo de la persona y su dignidad; asimismo, sobre la necesidad de dejar de lado cualquier discriminación por razones de opción sexual.

En nuestro ordenamiento jurídico se admite que una persona, registrada con sexo masculino, pueda cambiar su nombre y adoptar otro, aunque esté identificado como femenino; que pueda modificar su fisonomía o apariencia física, para asemejarse a la del sexo opuesto con que se siente identificada;

que válidamente se someta a una intervención quirúrgica para modificar la morfología de sus órganos genitales. ¿Cuál es el fundamento jurídico, entonces, para negar a quien haya seguido todos esos pasos, acudiendo a sentencias judiciales y cirugías, que culmine este proceso y obtenga el reconocimiento de la identidad personal de género que ha decidido adoptar? ¿Si el nombre, la fisonomía y la anatomía adoptadas por esa persona ya no se corresponden con el sexo original, y la persona expresa libremente su voluntad de cambiar el sexo que le ha sido consignado en el registro, qué sentido tiene mantener en el ámbito formal algo que ya ha variado en la realidad, a pesar que con ello se vulnera la libertad e identidad de género de la persona?

Consideramos que la negativa a autorizar el cambio de sexo en el registro, luego de haberse reconocido jurídicamente otros cambios encaminados hacia este propósito, no sólo impide a la persona ejercer su libertad e identidad personal, sino que la expone innecesariamente a nuevas formas de discriminación, que pueden resultar incluso más intensas. Y es que como dicha persona podrá exhibir, con sustento jurídico, diversos signos que lo identifican con una identidad de género que no se corresponde con el sexo que conserva en el registro, puede ser víctima de mayor hostigamiento o estigmatización social. Además, puede verse sometida a una situación de disminución jurídica, al no poder acceder a ciertos derechos que se reconocen a personas con su identidad de género.

En definitiva, el Tribunal Constitucional tuvo una gran ocasión de dar un paso trascendental para avanzar en el reconocimiento de la identidad de género y el libre desarrollo de la persona, pero no se atrevió a hacerlo. A pesar de contar con suficientes elementos de sustento constitucional, prefirió esgrimir criterios conservadores y numerosos prejuicios, en vez de afrontar el reto que tenía por delante. Cuando en nuestro país se establezca, en un futuro sin duda cercano, sea en el texto constitucional o en una ley, el derecho al cambio del sexo inscrito en el registro, seguramente se recordará y señalará a aquel Tribunal que, por falta de visión jurídica progresista o por cobardía, no se atrevió a anticipar este camino. 