

UNIVERSIDAD ESAN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DERECHO CORPORATIVO



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título Profesional de Abogado

Informe sobre el Expediente N° 06040-2015-AA

Autor:

Gean Piero Alessandro Tang Mena

Código del Alumno:

16100467

Asesora:

Carmen Beatriz Velazco Ramos

ORCID N° 0000-0002-7879-1952

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Carmen Beatriz Velazco Ramos', written in a cursive style.

Lima, 2025

tesis 1

ORIGINALITY REPORT

14%

SIMILARITY INDEX

14%

INTERNET SOURCES

7%

PUBLICATIONS

4%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	hdl.handle.net Internet Source	5%
2	tesis.ucsm.edu.pe Internet Source	1%
3	dspace.unitru.edu.pe Internet Source	1%
4	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Student Paper	1%
5	repositorio.usmp.edu.pe Internet Source	<1%
6	revistas.usat.edu.pe Internet Source	<1%
7	www.coursehero.com Internet Source	<1%
8	recursosbiblio.url.edu.gt Internet Source	<1%

Exclude quotes On

Exclude matches Off

Exclude bibliography On

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito el análisis jurídico de forma y fondo del Expediente N° 06040-2015-AA, en el cual un ciudadano interpuso recurso, primero frente a un Juzgado Civil y posteriormente frente al Tribunal Constitucional pretendiendo modificar tanto su nombre como su sexo en los registros identificatorios nacionales, puesto que el propio recurrente alega que dicha modificación brindaría una mayor tutela y validación a su derecho de identidad, el cual refiere, debe también ser reconocido mediante los documentos registrales como lo son el Documento Nacional de Identidad y la Partida de Nacimiento correspondiente.

En tal sentido, nuestro análisis necesariamente habrá de abarcar el contenido esencial del derecho a la identidad, específicamente del “sexo” como uno de tantos elementos que permiten identificar y hacen, en buena cuenta, la identidad personal de un individuo. Asimismo, habremos de analizar la naturaleza del sexo, toda vez que es vital para dirimir la controversia el reconocer si el sexo es un elemento susceptible de variación real o si, por el contrario, es un elemento que por su propia naturaleza permanece invariable.

Palabras clave:

Cambio de sexo, Cambio de nombre, Registros de identificación, Transexualismo

INDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	6
2.	IDENTIFICACIÓN DE LAS ÁREAS DEL DERECHO	7
2.1.	DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL:	7
2.2.	DERECHO CONSTITUCIONAL:.....	7
2.3.	DERECHO CIVIL:.....	7
2.3.	DERECHO PROCESAL CIVIL:	8
3.	JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL EXPEDIENTE	8
4.	HECHOS O ANTECEDENTES	9
4.1.	INTERPOSICION DE DEMANDA DE AMPARO:	9
4.2.	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:	10
4.3.	INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN:.....	11
4.4.	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:.....	11
4.5.	INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL:.....	11
4.5.1	Amicus Curie 1: PUCP:.....	11
4.5.2	Informe Defensoría:	13
4.5.3	Amicus Curie 2: De La Fuente y Marcuello:	14
4.6	SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:.....	18
5	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....	18
5.1	¿ES CONSTITUCIONAL LA PETICIÓN DE CAMBIO DE SEXO Y DE NOMBRE AL AMPARO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA?	19
5.2	¿CUÁL ES LA VÍA IDÓNEA PARA LA SOLICITUD DE CAMBIO DE NOMBRE Y CAMBIO DE SEXO?	19
6	MARCO TEÓRICO	19
6.1	SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LA SOLICITUD DE CAMBIO DE SEXO Y NOMBRE.....	19
6.1.1	Derecho a la Identidad.....	19
A)	<i>definición y contenido esencial:</i>	19

<i>B)</i>	<i>elementos del derecho de identidad:</i>	21
<i>C)</i>	<i>identidad sexual e identidad de género:</i>	23
<i>D)</i>	<i>identidad de género en el derecho comparado:</i>	27
<i>E)</i>	<i>identidad de género en el Perú</i>	30
<i>F)</i>	<i>consecuencias jurídicas del cambio de sexo y de nombre:</i>	38
6.2	VIA IDONEA PARA SOLICITAR EL CAMBIO DE SEXO Y DE NOMBRE:	44
6.2.1	Proceso Constitucional de Amparo:	44
6.2.2	Vía Judicial:	47
6.2.3	Vía Administrativa:	48
7	POSICIÓN PERSONAL SOBRE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE	50
7.1	¿ES CONSTITUCIONAL LA PETICIÓN DE CAMBIO DE SEXO Y DE NOMBRE AL AMPARO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA?	50
7.2	¿CUÁL ES LA VÍA IDÓNEA PARA LA SOLICITUD DE CAMBIO DE SEXO?.. 55	
8	VALORACIÓN JURÍDICA PERSONAL SOBRE LAS SENTENCIAS DEL EXPEDIENTE	57
8.1	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:	57
8.1.1	Valoración de Fondo:	57
8.2	VALORACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:	60
8.2.1	Valoración de Forma:	60
8.2.2	Valoración de Fondo:	61
9.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:	64
10.	REFERENCIAS	67

1. INTRODUCCIÓN

En los recientes años venimos experimentando un cambio de paradigma en cuanto a realidades que considerábamos ya establecidas dentro de la sociedad. Así, por ejemplo, desde hace años distintos estados vienen discutiendo factibilidad de legislar en favor de permitir la unión matrimonial entre personas que ostentan el mismo sexo, algo que, hasta hace no mucho era impensado dentro de la sociedad.

En las últimas décadas se ha abierto el debate respecto de si una persona puede modificar su sexo, y más aún, si dicha modificación debe ser avalada por la legislación correspondiente. Al respecto, distintas legislaciones han comenzado a regular la materia, permitiendo en algunos casos la posibilidad de que los ciudadanos puedan disponer de su sexo a voluntad en los registros nacionales, estableciendo distintos requisitos como la edad mínima requerida para tal solicitud, haber pasado antes por una operación quirúrgica de cambio de sexo, testigos que avalen el nuevo sexo de la persona, entre otros.

A su vez, distintos organismos internacionales han comenzado a fallar en favor de la validez de la modificación del sexo dentro de los registros nacionales, alegando que este conforma parte de la identidad de la persona y que debe respetarse lo que la persona “sienta” que la identifica mejor frente a la sociedad. Tenemos en este sentido, fallos de la CIDH, del TEDH que han ido favoreciendo la postura permisiva en cuanto a la modificación del sexo en los registros, siempre en aras de un “mayor desarrollo” en cuanto a los derechos de las personas.

El Perú como estado de Derecho no puede ser ajeno a este debate que ya hace unas cuantas décadas ha comenzado a plantearse en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, lamentablemente hasta el momento, dicho debate ha sido reducido exclusivamente al plano jurisprudencial, sin darle un tratamiento debido en el plano legislativo, pudiendo así establecer las reglas claras en materia de cambio de sexo registral.

La modificación del sexo en los registros importa una gran problemática, toda vez que, el sexo, como uno de los elementos que conforman la identidad de la persona, conlleva una gran relevancia dentro la identidad totalitaria de la persona no solo respecto de sí misma sino, también, frente a toda la sociedad, teniendo una gran injerencia en los actos jurídicos celebrados por la persona.

Por tal razón, en el presente trabajo de investigación analizaremos el Expediente N° 06040-2015-AA como prerrogativa para cuestionarnos si el ordenamiento jurídico debe o no permitir el cambio de sexo registral y las consecuencias que ello puede acarrear dentro de nuestro ordenamiento.

2. IDENTIFICACIÓN DE LAS ÁREAS DEL DERECHO

2.1. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL:

En tanto se debe analizar en el presente expediente si la vía constitucional mediante la cual se presentó el Recurso de Agravio Constitucional es la idónea para solicitar el cambio de nombre y de sexo en el registro nacional o si, en su defecto, existe otra vía judicial igualmente satisfactoria para tal procedimiento.

Asimismo, es relevante comentar acerca de la decisión de dejar sin efecto la Doctrina Jurisprudencial fijada en la STC N° 0139-2013-PA/TC, pertinente al caso, toda vez que cabe analizar si la dejación sin efecto de dicha sentencia establece un precedente vinculante.

2.2. DERECHO CONSTITUCIONAL:

En tanto se debe analizar en el presente expediente el contenido de los derechos a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad en contraste con la legislación peruana, para así poder establecer los límites y alcances de dichos derechos.

Asimismo, argumentar si existe o no la denominada “identidad de género”, y si es que esta se encuentra realmente contenida dentro del derecho a la identidad bajo el amparo de la legislación nacional.

2.3. DERECHO CIVIL:

En tanto cabe analizar el supuesto en el que se permitiese el cambio de sexo dentro de la legislación peruana, cómo ello afectaría y generaría interrogantes dentro de otras áreas del Derecho tales como Derecho de Familia y Derecho de Personas.

2.3. DERECHO PROCESAL CIVIL:

Se analizará cuál de las vías procesales en materia civil resulta la más idónea para que el Juez civil pueda formarse una opinión certera respecto de las solicitudes de cambio de sexo y de nombre.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL EXPEDIENTE

El análisis crítico del Expediente N° 06040-2015-AA es relevante para el ordenamiento jurídico nacional, toda vez que, en el mismo se anula el precedente establecido en la STC N° 0139-2013-PA/TC, respecto de la consideración de que el sexo biológico es inmutable; es decir, la propia persona no puede cambiar ni disponer su propio sexo a elección propia, sino que este es dado por naturaleza. Dicho fundamento es modificado por el Tribunal, en tanto ahora afirma que el sexo debe ser acorde a la percepción personal y no a la biología de la persona; es decir, se le da mayor importancia a la concepción psíquica que la persona tiene de sí misma antes que a su propia naturaleza.

En tal sentido, el Tribunal ha optado por dejar a salvo el derecho de que una persona pueda solicitar la modificación de su nombre y sexo en la vía judicial a consideración del Juez, el cual ahora tiene la potestad de, si así lo decide, ordenar que se modifique en el registro nacional el nombre y sexo de una persona, sin establecer pautas o lineamientos que generen predictibilidad en los demandantes.

La relevancia sobre el reconocimiento de la posibilidad de modificar los elementos del sexo y nombre como elementos identificatorios de la persona en los respectivos registros importa la reflexión sobre el contenido y la esencia del derecho a la identidad consagrado en el artículo 2° de la Carta Magna, específicamente sobre la identidad biológica de la persona, toda vez que el cambio de sexo en el registro nacional no importa únicamente la modificación de un mero dato en el registro, sino que implica afirmar que una persona puede modificar su sexo biológico y, por ende, ser registrado y tratado como tal frente a la totalidad del ordenamiento jurídico peruano. En este contexto, el análisis de la constitucionalidad de la interpretación del TC que será examinada en este trabajo permitirá la identificación de posibles impactos significativos en materia de otras áreas del derecho como lo son el, Laboral empresarial y de Familia.

4. HECHOS O ANTECEDENTES

4.1. INTERPOSICION DE DEMANDA DE AMPARO:

El 15 de junio del 2012, Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga interpuso demanda de Amparo contra la RENIEC y el Ministerio Público ante el Juzgado de San Martín, mediante la cual solicita tutela de urgencia en cuanto a que se modifique en los registros nacionales (DNI y partida de nacimiento) su sexo y su nombre, conforme él se identifica como una mujer.

Fundamenta su pretensión constitucional el accionante en que su sexo biológico no lo representa desde su infancia (transexualidad), tal es así que acepta que no es un hombre sino por el contrario indica ser una mujer “reassignada”, por tanto, exige ser tratada como tal. Manifiesta que hace 28 años le fue asignado el nombre de “Rodolfo Enrique” conforme su sexo, habiendo trascurrido su infancia, adolescencia y juventud con dicho nombre, desde su infancia no se caracterizó por ser común a los niños de su edad, desde muy pequeña se identificaba como una niña, le gustaban los vestidos, las muñecas y todo tipo de juego que era común a las niñas. Ya en el Colegio su situación empeoró, no se sentía identificada con los juegos de sus compañeros varones (fútbol), sus compañeros se dieron cuenta que su comportamiento no era igual al de ellos, que sus gestos y actos eran “muy delicados”, por no decir raro, esto trajo consigo burlas constantes y la discriminación.

Refiere el demandante que todo ciudadano tiene el derecho fundamental a la identidad, el cual, dentro de otras cosas, se manifiesta a través del nombre y del sexo (masculino o femenino), debiendo este ser respetado por la esfera social.

Sostuvo que privar a alguien como él de la posibilidad de elegir un nombre y género femenino cuando, desde el punto de vista psicológico, social y cultural, se siente parte de ese género, resultaría en una clara violación al derecho inherente a una identidad personal, restricción que en última instancia vulnera su derecho al libre desarrollo, ya que no podrá desarrollar libremente la personalidad que mejor define su ser, mermando ello su proyecto de vida como persona.

El 24 de julio del 2012, la Segunda Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Tarapoto realiza la devolución de los actuados, toda vez que, en la relación jurídico procesal se omitió incluir

al Ministerio Público. Asimismo, el 23 de agosto del 2012, el Juzgado resuelve realizar la convalidación de la notificación debida.

En la continuación de los hechos, el 02 de agosto del 2012, la RENIEC mediante escrito solicita al Juzgado que se sobrecartee el auto que admite la demanda y que se anule todos los actos procesales previos, en tanto no se había incluido en el proceso a la Procuraduría Pública de la RENIEC, la cual tomó conocimiento del expediente de manera extraoficial.

El 23 de agosto del 2012, el Juzgado de San Martín, mediante Resolución N° 02, decide convalidar la notificación al Ministerio Público y ordena que se sobrecartee a la Procuraduría Pública de la RENIEC, notificándoles ahora sí de los actos procesales previos.

4.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

EL Juzgado, el 12 de agosto del 2014 declaró fundada la demanda interpuesta por el Sr. Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga, con base a los siguientes argumentos:

- En el caso particular se establece que es pertinente no aplicar la doctrina vinculante establecida en la STC N° 0139-2013-PA/TC, a pesar de ser casos sustancialmente similares.
- El Juez denota que potencialmente podría generarse una vulneración irreparable de derechos constitucionalmente protegidos por parte de la parte demandante si exigiera el cumplimiento de vías previas o la vía igualmente satisfactoria. El Juez refiere que únicamente correspondería reconducir a la parte demandante de existir un proceso en la vía ordinaria que esté previsto para resolver un conflicto de tal naturaleza.
- En la misma línea, el Juzgado define a las personas transexuales, quiénes en términos desarrollados por la psiquiatría padecen la denominada disforia de género, la cual se manifiesta en un malestar constante de la persona provocada por la no aceptación de su sexo. Habiendo afirmado ello, el juez aclara que el transexualismo debe ser aceptado como una opción sexual legítima y no como una enfermedad.

- Asimismo, el Juzgado afirma que, la persona goza de plena libertad para optar por el sexo al cual desea pertenecer acorde a la preponderancia que opte por darle a su sexo psicológico por encima del sexo cromosómico, a ello le llama autodeterminación sexual. Por ende, la sociedad y el Estado deben respetar la decisión de a qué sexo opta pertenecer la persona y brindar el respaldo constitucional a dicha decisión
- En su argumentación, el Juzgado afirma que nuestro sistema debe las solicitudes que tienen como petitorio la modificación del nombre y/o sexo como elementos identificatorios de la persona en un sentido, amplio, completo y ante todo razonable, toda vez que amparar dichas solicitudes significa, en palabras de este Juzgado, brindar una mayor protección de derechos fundamentales a las personas solicitantes. En ello se evidencia la clara discrepancia con la doctrina vinculante contenida en la STC N° 0139-2013-PA/TC, la cual en su sexto considerando establece la negativa a convalidar las solicitudes de cambio de sexo y nombre en los registros.

4.3. INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN:

El 25 de setiembre del 2014, la RENIEC interpuso recurso de apelación ante la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto, atendiendo a los siguientes argumentos.

4.4. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

El 07 de agosto del 2015, la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto revocó la sentencia y declaró la improcedencia de la pretensión alegada por el recurrente respecto del cambio de nombre.

4.5. INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL:

El 01 de setiembre del 2015, Rodolfo Saldarriaga interpone Recurso de Agravio Constitucional.

Con fecha 04 de setiembre del 2015, mediante Resolución N° 22 el Juzgado concede el Recurso de Agravio y se decide elevarlo al TC.

4.5.1 Amicus Curie 1: PUCP:

El 26 de mayo del 2016 el Grupo de Investigación en Derecho, Género y Sexualidad de la PUCP, realizó un informe sobre las personas transexuales y los derechos a reconocer, en el cual se abordan conceptos como el género, el sexo, la identidad, etc. Fundamentó su posición en base a la siguiente narrativa:

- En cuanto a materia de Derecho Internacional se refiere, el Estado tiene la obligación de tutelar los derechos de las personas transexuales, toda vez que, la identidad de género de las personas “cisgénero” está relacionada con las expectativas que la sociedad y la cultura han construido y atribuido al sexo biológico de la persona, lo cual, en las personas trans no sucede así, en tanto en ellas no hay relación entre el sexo biológico y el género con el que se perciben a sí mismas.
- El informe cita varias sentencias de la CIDH, que afirman que el género de una persona y sus preferencias sexuales están relacionados con el concepto de libertad y la posibilidad de que cualquier persona escoja, en libertad, las condiciones que tengan sentido y propósito para su propia existencia, en concordancia con sus creencias.
- De igual forma, afirman que, tanto en sus observaciones generales como finales, los comités de las Naciones Unidas han sostenido en reiteradas ocasiones que el género percibido de una persona no debería ser motivo bajo ninguna circunstancia de discriminación de acuerdo a tratados internacionales reconocidos por el Perú. Asimismo, argumentan que aún cuando en dichos tratados no se incluía la identidad de género como una categoría expresa, esta debe ser tutelada y reconocida.
- El informe concluye que es indispensable tomar en cuenta los argumentos y consideraciones emitidos por el TEDH, toda vez que ello permite un adecuado análisis de la controversia que nos compete. Al respecto, en distinta jurisprudencia, el TEDH ha señalado que un Estado que es parte del CEDH no cumple con sus obligaciones internacionales cuando pone trabas y obstrucciones para que las personas que se identifican como transexuales puedan modificar su sexo y nombre registralmente acorde a su identidad.

El 13 de setiembre del 2016 el Tribunal Constitucional por mayoría de voto, decide admitir el informe realizado por el Grupo de Investigación en Derecho, Género y Sexualidad de la PUCP para que este forme parte del proceso.

4.5.2 Informe Defensoría:

Con fecha 27 de julio del 2016, la Defensoría del Pueblo en relación con la demanda de amparo presentado por Rodolfo Romero Saldarriaga, preparó un informe y lo presentó ante el Tribunal Constitucional. El informe aborda los siguientes fundamentos relevantes para el presente caso:

- Acorde al informe, se alega que Rodolfo Romero Saldarriaga está siendo vulnerado en su derecho a la identidad; asimismo, se busca crear conciencia respecto de la importancia de los derechos de las personas transexuales por encontrarse en estado de vulnerabilidad.
- Acorde al informe, el organismo estatal tiene el deber de desplegar todo su accionar para garantizar la libertad en cuanto al ejercicio de los derechos de las personas trans, en este caso el derecho a la identidad, sin enfrentar por ello discriminación alguna. En palabras del informe, debe respetarse la autodeterminación de la persona y protegerla.
- De igual forma, el informe afirma que la identidad una persona en cuanto a su dimensión sexual está constituida por tres componentes que conviene traer a colación:
a) El género como elemento de la identidad, b) El género como un rol en la sociedad y
c) Las preferencias sexuales de la persona. En tal sentido, la identidad y sus componentes, anteriormente descritos, no pueden ser impuestos a una persona, sino que, por el contrario, se debe reconocer su propia percepción. Se afirma que, ni la sociedad ni el Estado pueden imponer a una persona ser reconocida de otra manera por cuestiones de su sexualidad.
- Se cita legislación comparada favorable a su postura, en la cual progresivamente se ha legislado en favor de proteger y tutelar jurídicamente la identidad de género de los ciudadanos. Como ejemplo se cita lo sucedido en distintos países tanto de Latinoamérica como de Europa, donde se da protección a la identidad de género con distintos matices. Algunos de estos países habilitan procedimientos administrativos para tales efectos, en tanto algunos otros estados permiten el cambio de sexo

condicionado a una sentencia judicial que así lo permita. En el mismo sentido, otros estados exigen para el cambio de sexo que un doctor emita un diagnóstico médico certificando que la persona presenta disforia de género; en algunos casos se exige también que haya existido una intervención quirúrgica de reafirmación sexual. Asimismo, hay estados que exigen que para poder cambiar el sexo en el registro la persona debe necesariamente haber cumplido la mayoría de edad, u otro que exigen que la persona demuestre mediante testigos que se identifica con el sexo por el cual desea optar por un periodo establecido de tiempo, entre otros.

- Se cita también lo sucedido en el Perú, donde el TC ha declarado fundada una demanda en la cual la pretensión amparada es la de modificación en el registro del nombre de la persona, en la cual dentro de sus fundamentos se señala que el sexo no es única y exclusivamente determinado por la biología de la persona, sino que existen otros elementos que configuran y establecen la identidad de una persona en cuanto a su sexualidad respecta.

El citado informe de la Defensoría del Pueblo fue presentado por la propia parte, y por más que, a diferencia del informe presentado por los amicus curiae de la PUCP, no se haya en el expediente un auto que admita no rechace expresamente el informe, se puede deducir que el mismo no ha sido tomado en cuenta, toda vez que no hay mención de este en la resolución final.

4.5.3 Amicus Curie 2: De La Fuente y Marcuello:

Con fecha 21 de octubre del 2016, Rosario de la Fuente, Doctora en Derecho especializada en Derecho Civil y Ana Carmen Marcuello, Doctora en Medicina, ginecóloga especializada en atención clínica y quirúrgica a personas con distintas patologías sexuales, solicitan al Tribunal Constitucional ser admitidas en calidad de amicus curiae. En su escrito de solicitud señalan lo siguiente:

- El Tribunal debería conceder a lo sumo el cambio de nombre, más de ninguna forma el cambio de sexo. Asimismo, argumentan que la identidad sexual de una persona está marcada en gran parte por aspectos biológicos. Si bien, la identidad sexual está constituida por distintos elementos, dentro de los cuales se encuentran distintos aspectos biológicos (gónadas, cromosomas) y psicológicos-conductuales, para que la

identidad de una persona esté correctamente establecida, esta debe estarlo siempre de forma armoniosa con la biología de la persona. Asimismo, el hecho de que la identidad esté compuesta a su vez por elementos dinámicos, los cuales son de libre elección y determinación de la persona, no rebate lo anteriormente establecido.

- El informante afirma que el Derecho no puede ser subjetivo; es decir, atender a cada persona de manera particular, por lo que, desde un punto de vista jurídico, el Derecho no puede brindar respaldo y protección jurídica a la amplia gama de voluntades que envuelven a cada individuo que conforma la sociedad. El Derecho, especialmente en la rama civil, se encarga de proteger realidades y obligaciones de orden natural, es así que se debe respetar el curso natural de las cosas bajo un punto de vista realista.
- Atendiendo al caso europeo, se evidencia un análisis crítico de cómo se vienen resolviendo los casos de cambio de nombre y sexo de forma registral, lo cual ha puesto a la luz el caso que ha significado aceptar dichas solicitudes. En tal sentido, la reasignación quirúrgica de sexo ha generado mucho controversia y dudas entre los médicos respecto de si este procedimiento es el más adecuado. El análisis evidencia que de las operaciones de reasignación quirúrgica de sexo realizadas en los últimos treinta años en el ámbito europeo existe un gran porcentaje que personas transexuales operadas que se sienten insatisfechas con los resultados a mediano largo plazo. Son frecuentes las demandas civiles a los médicos que realizaron la operación. Sus vidas sexuales posteriores a la operación resultan insatisfactorias, ya que, si bien mediante una operación quirúrgica se busca imitar la fisionomía del órgano reproductivo del otro sexo deseado, jamás se va a poder brindar la misma funcionalidad de este, lo cual hace insatisfactoria la vida sexual de la persona.
- En el caso español en particular, el legislador ha plasmado su visión en la legislación española al no exigir la reasignación de sexo como condición de aprobación de la solicitud del cambio de sexo en los registros, lo cual genera una situación caótica tanto para los solicitantes como para todo tercero, llámese la sociedad entera. El Derecho por muy permisivo que pretenda ser no resulta siendo el área de solución más adecuada para resolver estas patologías. La larga experiencia europea en estos casos evidencia que una problemática respecto de la identidad del individuo, cuya raíz está en la psicología de la persona no se resuelve con una mera modificación en el registro del

elemento sexo. Ni el ordenamiento jurídico, ni la medicina son capaces de crear órganos genitales del sexo contrario al de la persona.

- En relación a las peticiones de modificación de nombre en los registros sin que ello conceda el cambio de sexo, el informe matiza entre dos aspectos. En lo que respecta a la factibilidad de admitir la modificación del elemento nombre, teóricamente se podría establecer ese cauce para así preservar la privacidad e intimidad de la persona transexual (similar a la situación de Reino Unido y algunos otros países de la UE). En opinión del informa, esta podría ser una solución adecuada; sin embargo, evidenciando lo ocurrido en Europa, la mayoría de personas transexuales que comenzaron únicamente pidiendo de manera inicial el cambio de nombre, acabaron siempre solicitando también la modificación del dato sexo de forma registral y el derecho al matrimonio acorde al nuevo sexo que aparece en el registro. Dicha situación también se vivió en España, donde inicialmente otorgaron a los solicitantes la modificación del sexo y nombre de forma registral, pero sin la posibilidad que dicho cambio surtiera efectos para los actos jurídicos que realiza la persona, tal y como lo es el matrimonio. Sin embargo, por la vía de los hechos, la Comisión Nacional de los Registros y el Notariado actuó, sin gozar de la competencia para tales efectos, afirmando que carecía de sentido no conceder el derecho al matrimonio acorde al nuevo sexo registrado de la persona.
- En el informe se afirma que ni la vía jurisprudencial, ni tampoco la protección que otorga un recurso de amparo o de agravio constitucional resulta la vía adecuada. Evidenciando el caso europeo, el legislador ha elaborado leyes en las que se prevea todas las consecuencias y efectos que el aceptar una solicitud de cambio de sexo generan de cara a terceros y erga omnes. La legislación ha abarcado también la necesidad del permiso del cónyuge del solicitante si es que la persona transexual estuviese casada, la protección de estas otras personas, disposiciones sobre los hijos, entre otros temas relevantes. El Derecho debe tener en cuenta la implicación de determinados actos jurídicos en relación a terceros interesados, en tanto la autonomía de la voluntad de una persona de ninguna manera puede ser absoluta; es decir, ir por encima de todo el ordenamiento jurídico. En tal sentido, no es menor la consideración que debe otorgársele a que la modificación de los dos elementos que se viene comentando genera inevitablemente un gran impacto en los actos de la persona

relevantes para el ordenamiento jurídico, tanto de carácter contractuales, mercantiles, profesionales, familiares, entre otros. Cabe resaltar que en la legislación española el cambio tiene efectos ex tunc y no solo ex nunc.

- En referencia a las posibles obligaciones de derecho internacional que puedan ser de carácter vinculante; es decir obligatorio para el Perú, el informe señala que no hay a día de hoy ningún documento ni tratado de ONU que tenga fuerza vinculante respecto de los Estados para que estos estén forzados a legislar en favor de permitir la modificación registral del sexo. Además, se afirma que se suelen citar los Principios de Yogyakarta para crear confusión, pero de ninguna manera estos principios significan norma jurídica de Naciones Unidas, por lo que no tienen ningún carácter vinculante para los estados. Dichos principios son directrices que no poseen carácter vinculante, los cuales están destinados a enaltecer la identidad de género disfrazándola de una falsa lucha por los derechos fundamentales de la persona. Tal documento está redactado y elaborado por un grupo de miembros de los Comités de la ONU, así como miembros de distintas ONGs.
- El informe argumenta a favor de que no se puede disfrazar el derecho a la no discriminación, el cual es un derecho perfectamente válido, por un derecho erróneo a modificar el sexo del individuo. Tampoco implica que la búsqueda de la no discriminación de una persona obligue a los estados a legislar en favor del cambio de sexo de un ciudadano en el registro civil. El que no exista una ley que trate específicamente esta materia no puede ser considerado como una laguna jurídica, sino que es más bien una afirmación del Derecho en favor de una concepción de la identidad sexual basada en la biología y en la realidad frente a otras posturas basadas en teorías transgénero. El derecho internacional no puede y no debe imponer a los estados una filosofía de deconstrucción del diformismo social, disfrazada de una aparente defensa de los derechos humanos.

El citado informe fue presentado por la propia parte, y por más que, a diferencia del informe presentado por los amicus curiae de la PUCP, no se haya en el expediente un auto que admita no rechace expresamente el informe, se puede deducir que el mismo no ha sido tomado en cuenta, toda vez que no hay mención de este en la resolución final.

4.6 SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

El 21 de octubre del 2016, el Pleno del TC emite sentencia, en la cual acorde de las pretensiones planteadas resuelve “Fundada en parte” la demanda, respecto del extremo de que la parte recurrente efectivamente ha visto vulnerado su derecho fundamental de acceso a la justicia. Fundamenta su decisión en los siguientes argumentos:

- Ya no ha de considerarse al sexo de una persona como un elemento inmutable y estático debido a su naturaleza biológica, sino que, en cambio, se le debe considerar como un elemento variable y cambiante acorde a la identidad de la persona. Es así que, mediante los fundamentos desarrollados en la sentencia, el TC establece que el sexo psicológico, es decir, el sexo con el que la persona se identifica mejor acorde a su personalidad identifica mejor a la persona que su propia biología.
- Asimismo, la Sentencia decide dejar atrás la afirmación del transexualismo como una patología, doctrina jurisprudencial que se aborda en la STC 0139-2013-PA.
- Respecto de la doctrina jurisprudencial recabada en la Sentencia 0139-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional resuelve dejar la misma sin efecto, asegurando así una mayor protección para las personas que decidan solicitar el cambio de sexo en los respectivos registros.
- Se dispone que los jueces podrán ahora conocer las solicitudes de modificación del sexo en los registros, a través de la vía procesal del proceso sumarísimo. En tal sentido, todas las solicitudes que hayan sido interpuestas posterior a la publicación de esta sentencia o con anterioridad, pero que se encuentren en trámite, deberán ser tramitadas en la vía contenida en el artículo 546.6, que es la correspondiente al proceso sumarísimo.

Asimismo, el TC estableció que la parte demandante puede entablar su petitorio para la modificación de su sexo y nombre registralmente; sin embargo, la vía para tales efectos no es la constitucional, sino la judicial, por lo cual decidió declarar improcedente la demanda interpuesta en este extremo.

5 IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

De la lectura y análisis del Expediente N° 06040-2015-AA, que es el que nos compete, se puede desprender los siguientes problemas jurídicos, los cuales buscaremos resolver a lo largo del presente trabajo:

5.1 ¿ES CONSTITUCIONAL LA PETICIÓN DE CAMBIO DE SEXO Y DE NOMBRE AL AMPARO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA?

El análisis central del presente trabajo recae en dilucidar si a la luz de la legislación peruana es constitucional la petición de Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga de que tanto su nombre como su sexo sean modificados en el registro nacional de identidad de la RENIEC, lo cual implica establecer la esencia de un derecho tan importante para la esfera íntima de la persona como lo es a la identidad personal y analizar las consecuencias jurídicas que su modificación en el registro podría acarrear.

5.2 ¿CUÁL ES LA VÍA IDÓNEA PARA LA SOLICITUD DE CAMBIO DE NOMBRE Y CAMBIO DE SEXO?

Del análisis del Expediente N° 06040-2015-AA se desprende la interrogante de si las solicitudes de cambio de nombre y de sexo deben ser atendidas mediante la vía constitucional, o si, en su defecto, deben ser vistas por el juez en la vía judicial.

6 MARCO TEÓRICO

6.1 SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LA SOLICITUD DE CAMBIO DE SEXO Y NOMBRE

6.1.1 Derecho a la Identidad

A) definición y contenido esencial:

Para definir el derecho a la identidad personal conviene hacer referencia a quien en vida fue uno de los pioneros de dicho derecho a nivel nacional, el Dr. Carlos Fernández Sessarego, quien nos dice que cada persona tiene un interés legítimo de ser visto en la esfera social conforme es su verdadera identidad, es por ello que, la persona en cuanto sujeto de derecho,

tiene interés en que dicha identidad no sea reprimida, ofuscada o desnaturalizada, en tanto es un reflejo de su propio ser.¹

La identidad personal no es solo aquella de carácter físico o biológico, a que nos podemos referir como “identificación”, siendo esta una noción estática en la cual se enmarcan los signos distintivos como el nombre o el seudónimo, o la fecha de nacimiento o la imagen. De tal forma, la identidad personal no es estática, sino que, por el contrario, es de carácter dinámica. Se enriquece, progresa, se degrada, es susceptible de cambio de forma constante. La identidad personal tiene a su vez una connotación cultural, entendida como aquello que el hombre hace de su vida; es decir, el conjunto de vivencias cotidianas que configuran la existencia del ser humano.²

La identidad personal que representa a cada ser humano es una inescindible unidad psicosomática, la cual reúne todos los elementos que de forma conjunta configuran la plena realidad existencial. De tal manera, al establecer la noción de identidad personal, esta necesariamente debe combinar la identidad biológica o física junto a aquella dinámica o espiritual para así entenderla de forma completa. De forma teórica se distingue entre dos “tipos” de identidad (biológica y espiritual), las cuales son incluso susceptibles de tutelas jurídicas independientes, pero en un plano real vivencial dicha distinción no existe. Se debe formular una única y amplia noción de identidad personal, toda vez que esta está definida en conjunto por el aspecto somático y espiritual de toda persona.

Podemos entender la identidad personal como el universo de características que, todas reunidas en una persona, permiten distinguir a un individuo dentro del amplio espectro de personalidades que conviven en la sociedad. Este universo de características engloba todos los rasgos que hacen que una persona sea “uno mismo” y no “otro”.³

Tenemos además que, la bioética personalista al hablar de identidad la define como “la conciencia que cada persona tiene de sí”, la cual para entenderla hay que analizarla desde dos perspectivas, la primera objetiva, en tanto hay rasgos de la identidad que nos son dados, y la segunda de carácter subjetivo, en tanto cómo se organiza lo dado según la propia individualidad

¹ Carlos Fernandez Sessarego, *El Derecho a la Identidad Personal*, (Comparazione Diritto Civile, 2014), 17.

² Sessarego, *El Derecho a la Identidad Personal*, 42.

³ Sessarego, *El Derecho a la Identidad Personal*, 17.

de la persona. Acorde a esta corriente de pensamiento, la identidad personal se va construyendo conforme al desarrollo de la persona en el pasar del tiempo y es así como la persona adquiere una real conciencia de sí misma.

Por otro lado, la ideología de género como corriente de pensamiento afirma que la identidad de persona se origina a partir de un proceso de construcción que jamás tiene fin, por lo que la identidad de la persona nunca se afirma ni se establece.⁴

B) elementos del derecho de identidad:

La identidad que se configura como un solo concepto posee dos vertientes que la componen. Por un lado, tenemos la identidad estática, aquella que por su propia naturaleza no varía con el pasar del tiempo. Por otro lado, la identidad dinámica, aquella que sí es susceptible de cambios conforme a la evolución personal y maduración de la persona.

La identidad personal se puede describir como el universo de características y atributos, tanto de carácter dinámicos como estáticos, que permiten a la persona individualizarse dentro de la sociedad. En buena cuenta, se trata de todos aquellos rasgos de la persona que le permiten ser ella misma y no otra persona. Este amplio bagaje de características, las cuales todas reunidas configuran a una persona, le permiten identificarse dentro de la sociedad como un ser humano perfectamente distinguible de todos los demás. Por tanto, la identidad personal está configurada por el conjunto de ambos tipos de elementos, los cuales todos reunidos dentro de una persona conforman la identidad de tal, siendo para esta su propia verdad⁵

En tal sentido, procederemos a analizar cada uno de los elementos de la identidad personal, en tanto estos pueden ser dinámicos o estáticos.

B.1) elementos estáticos:

La identidad estática es la única que se tomaba en cuenta por el ordenamiento jurídico a la hora de definir la identidad de una persona. Dentro de ella podemos englobar elementos que por su propia naturaleza no son susceptibles de mutar con el tiempo como lo es el código genético,

⁴ Camps, M., *Identidad sexual y derecho: Estudio interdisciplinario del transexualismo*, (Navarra: Ediciones Universidad de Pamplona, 2007), 110.

⁵ Carlos Fernández Sessarego, *Nuevas Tendencias Doctrinarias y Jurisprudenciales del Derecho Constitucional*, (Tomo I, 2005), 19.

los progenitores, el lugar y la fecha de nacimiento, entre otros. Al ser estos elementos “dados” a la persona, son los primeros elementos con los que la persona comienza a construir su propia identidad personal.⁶

En tal sentido, existen elementos de la identidad personal de cada ser humano que son invariables e inamovibles incluso con el pasar del tiempo.

B.2) elementos dinámicos:

Como hemos señalado antes, la identidad tiene a su vez un aspecto dinámico, dentro del cual se encuentran cualidades y atributos personales que son susceptibles de ir variando con el tiempo, en menor o mayor medida, acorde a las vivencias y coherencia de la persona. Aquí se encuentran todas las creencias y convicciones íntimas de la persona en cuanto a los distintos ámbitos que envuelven la esfera personal, la inclinación política, las actitudes, la afinidad por algunos modelos económicos, la psicología de la persona, la vivencia sexual, entre otros caracteres dinámicos de la persona.

Una problemática que se origina del aspecto dinámico de la identidad de una persona, es la dificultad en mantener una coherencia de estos a través del tiempo debido a su constante dinamismo. En toda persona surgen cambios, cada uno en su propia magnitud, en cuanto a sus convicciones, creencias, la cultura que la define, la personalidad, entre otros, en el transcurrir de la existencia propia. La vertiente dinámica de la identidad es susceptible de ir sufriendo variaciones conforme el transcurrir propio del tiempo en la persona, conforme esta va alcanzando mayor madurez en su vida y va afirmando su propia personalidad. Estos cambios pueden manifestarse en rasgos esenciales de la persona, o limitarse a rasgos menos esenciales de esta, así como pueden ser cambios de amplia magnitud como pueden no serlo. Así, por ejemplo, una persona puede haber afirmado por convicción propia ser agnóstica durante una etapa de su vida para luego pasar a ser una persona de convicciones religiosas arraigadas, o ser una persona que se identificaba con ciertos pensamientos filosóficos políticos y luego convencerse de pensamientos de una línea filosófica política radicalmente opuesta a la que defendía en una anterior etapa de su vida. Estos cambios pueden darse de forma consciente y

⁶ Sessarego, *Nuevas Tendencias Doctrinarias y Jurisprudenciales del Derecho Constitucional*, 20.

voluntaria en la persona, como pueden darse de forma inconsciente e involuntaria en la persona.⁷

La identidad dinámica, por ende, en virtud de su constante dinamismo configura una compleja situación en cuanto a su afirmación en el tiempo. Ello en tanto, la identidad se encuentra en constante evolución, afirmación e incluso degradación conforme el transcurrir del tiempo en la persona. Ello dicho, podemos afirmar que la identidad de la persona está en constante evolución y que, por ello, no se le puede nunca definir como un producto acabado.

De tal forma, existen elementos incluso dentro de la identidad dinámica de la persona que no necesariamente varían con el tiempo. Existe dentro de cada persona un núcleo de dichos elementos que son esenciales dentro de cada persona y que tienen una tendencia a permanecer, mayormente relacionados a las convicciones más establecidas de la persona conforme esta va priorizando aspectos en su propia vida personal.

C) identidad sexual e identidad de género:

Habiendo desarrollado los elementos de la identidad de la persona, tanto dinámicos como estáticos los cuales convergen en una totalidad que define a la persona, cabe ahora hablar del sexo como uno de esos elementos que conforman la identidad personal del ser humano.

En este sentido, la bioética personalista al hablar de identidad sexual, la define dentro del contexto de desarrollo sexual, en tanto a la convicción arraigada que tiene el individuo de pertenecer a una de las dos únicas posibilidades sexuales que existen.⁸

Por su lado, la ideología de género no le da tanta relevancia al dato biológico del sexo a la hora de definir la identidad sexual de una persona, sino que afirma que esta es un constructo social y que es la sociedad la que predefine estándares de masculinidad y feminidad para las personas.

⁷ Sessarego, *Nuevas Tendencias Doctrinarias y Jurisprudenciales del Derecho Constitucional*, 21.

⁸ Irene Aguilar Valdivieso, *Estrategias conceptuales para un programa de capacitación para docentes de Educación Básica Regular sobre identidad sexual con enfoque en Bioética personalista*, (Apuntes de Bioética, 2018), 6.

Para abordar con detenimiento este tópico conviene distinguir entre la categoría de sexo y género como parte de la identidad personal.

C.1) el sexo como elemento de la identidad:

De forma tradicional el carácter sexo ha sido fundamental como elemento que permite a la persona ir construyendo su propia identificación; sin embargo, hoy en día han surgido complejas discusiones en torno al género.

En palabras de Sgreccia, tenemos que el cuerpo humano está compuesto de una serie de elementos que todos en conjunto ayudan a ir construyendo la personalidad. Dentro de estos tenemos los factores cromosómicos (La presencia en el último par de cromosomas de X o Y); los factores endocrino-neurológicos, aquí encontramos las gónadas (testículos y ovarios); la diferenciación que existe entre los conductos propios de cada sexo; tenemos los caracteres fenotípicos propios de cada sexo, los cuales marcan los caracteres primarios y secundarios en el hombre y la mujer.⁹

Sgreccia nos señala también que tanto el hombre como la mujer son seres a los cuales se les otorga una sexualidad desde su mero origen, esto es desde el momento del nacimiento de la persona, lo cual aporta y configura el ser de esta desde una experiencia marcada por dicha sexualidad, en tanto se es hombre o mujer. Ello, nos señala el autor también es marcadamente diferente respecto de la experiencia de los animales y hace que los seres humanos sean seres con una naturaleza muy particular.¹⁰

Por ende, acorde a la perspectiva del autor, tenemos que el sexo es un elemento que goza de una gran relevancia en la configuración íntima y personal del ser humano, toda vez que los distintos rasgos psicológicos y biológicos de la persona están siempre marcados en mayor o menor medida por el sexo atribuido a la persona desde su nacimiento, teniendo aquí únicamente dos posibilidades o, rara vez, posibilidades intermedias.¹¹

⁹ Elio Sgreccia, *Manual de Bioética*, (México: Editorial Diana, 1996): 299.

¹⁰ Sgreccia, *Manual de Bioética*, 300.

¹¹ Aquilino Polaino-Lorente, *Sexo y cultura*, (Madrid: 1998), 19.

De esta forma, tenemos que a la hora de analizar la naturaleza del sexo como elemento de la personalidad es posible hacer referencia a este de forma biológica, y, por ende, estática, toda vez que, por su propia naturaleza, el sexo es invariable, siendo que a este rasgo se le puede denominar sexo cromosómico. Sin embargo, además del sexo estático que es invariable e inmutable, podemos reconocer también la existencia de un sexo dinámico, el cual está más ligado a al particular desenvolvimiento que desarrolla la persona dentro de la sociedad, sus comportamientos y hábitos, su inclinación de carácter psicológico, la cual puede ser coherente o no con su sexo cromosómico o estático. Esta doble vertiente que presenta el sexo, en tanto es dinámico y estático a su vez, por lo general son congruentes en la persona, el sexo biológico coincide con la inclinación psicológica y social de la persona.

Por su lado, la bioética personalista nos señala que el sexo está determinado por la biología de la persona, no es posible elegirlo, en tanto la prueba empírica remite a una única dualidad biológica (varón y mujer).¹²

El sexo, como hemos comentado anteriormente, constituye un elemento importante dentro de la personalidad y esfera íntima y distintiva de la persona. Sin embargo la ideología de género le da otro significado al sexo, al cual, sin dejar de afirmar que es un dato biológico, lo atribuyen como la distinción atribuida al recién nacido, de forma que, junto con otros elementos, como lo son el género y rol de género, este puede ser deconstruido, lo cual conlleva consigo la posibilidad de una constante variación, en tanto bajo este concepto se puede construir y deconstruir conforme la preferencia y convicción de la persona en el tiempo dentro de la sociedad. De tal forma, para la ideología de género, el sexo no está dado por la biología, sino que importa un accidente más dentro de la realidad de la persona, por lo que es susceptible de variabilidad.¹³

C.2) el género como elemento de la identidad:

¹² Ángela Aparisi, *Género y persona. Del posfeminismo de género al modelo de la igualdad en la diferencia*, (Lima: Género y Justicia, 2016).

¹³ Julio, C., Kaeuffer, A., Riquelme C., Silva M.P., Osorio, M.R. y Torres, N., “Conocimientos sobre Identidad Sexual de Profesores y Profesoras: ¿Barreras o Facilitadores de Construcción Identitaria?” *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva* 10 (2016): 53-71, doi:10.4067/S071873782016000200005.

El jurista Negro Alvarado entiende el género como el conjunto de conductas que una persona aprende conforme el pasar del tiempo, las cuales van construyendo su propio concepto de masculinidad y feminidad.¹⁴

Dicha definición hace hincapié en aquellos rasgos de la personalidad de carácter psicológicos, sociales y culturales; es decir, aquellos de carácter dinámico que distinguen sexualmente a la persona. En otras palabras, hablamos aquí de una construcción social, de naturaleza dinámica y, por ende, propensa a mutar con el pasar del tiempo.

Actualmente la CIDH define a la identidad de género como la vivencia que la persona experimenta íntimamente respecto de su propio género, el cual acorde a esta definición, no necesariamente tiene que estar ligado al sexo biológico de la persona. La CIDH hace hincapié en la libertad que la persona tiene de vivir sus propias expresiones de género.¹⁵

Desde la óptica de la bioética personalista, el género en conjunto con el sexo conforma la identidad del individuo en cuanto a su esfera sexual se refiere, siendo que el primero está marcado por la cultura que rodea a la persona, en tanto las conductas, características y percepciones que puede extraer de dicha cultura, la cual es muy particular conforme la realidad de cada persona.

Respecto de la perspectiva que tiene la ideología de género, la identidad sexual está mayoritariamente configurada por el género de la persona y no tanto por el sexo biológico de esta. En tal sentido, el género se construye de forma social y está sujeto a la libre autonomía de la persona.¹⁶

Tenemos también la opinión de la doctora Ana Carmen Marcuello, quien nos señala que la identidad sexual de la persona tiene su enraizamiento en la biología de la misma, y que las manifestaciones de la misma se dan en un ámbito más cultural. Asimismo, la doctora afirma que actualmente existe mucha confusión en el ámbito académico puesto que constantemente

¹⁴ Dante Negro Alvarado. “Orientación Sexual, Identidad y Expresión de Género en el Sistema Interamericano.” *Agenda Internacional* 17, Nº. 28 (2010): 153–175, <https://doi.org/10.18800/agenda.201001.007>.

¹⁵ Oficina Regional de América del Sur. “Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” *Naciones Unidas*, (2013), <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientación-sexual-e-identidad-de-género2.pdf>.

¹⁶ Aguilar Valdivieso, *Estrategias conceptuales para un programa de capacitación para docentes de Educación Básica Regular sobre identidad sexual con enfoque en Bioética personalista*, (Apuntes de Bioética, 2018), 6.

se confunde sexo con género cuando ambos conceptos tienen acepciones que, si bien son complementarias, tienen una naturaleza muy distinta entre sí. De tal manera, se suele colocar perspectivas que están en el ámbito biológico como algo cultural.¹⁷

Podemos afirmar a partir de lo expuesto que, la identidad sexual de un ser humano está marcada por dos aspectos que se distinguen entre sí como lo son el sexo y el género, los cuales parten de una naturaleza distinta.

La identidad de género, por su propia naturaleza, se va construyendo conforme las vivencias y experiencias de la persona a lo largo del tiempo y dentro de un aspecto social muy particular, lo cual lo diferencia de los aspectos más estáticos de la identidad de un individuo. La identidad de género como componente de la identidad personal se va desarrollando a lo largo de la vivencia, en la cual se manifiestan expresiones de género diversas.

Bajo dicha lógica podemos afirmar que el género responde a un carácter más flexible, en tanto no existen reglas objetivas que dictaminen cómo debe ser el género de una persona. La construcción de la identidad de género es libre, por lo que cada persona tendrá una expresión muy individual de cómo se desarrolla y vive en cuanto a su identidad de género.

D) identidad de género en el derecho comparado:

La realidad internacional actual ha comenzado a brindar cierto amparo legal a la identidad de género. Para ello abordaremos los casos legislativos de algunos países, los cuales brindan protección a la identidad de género con distintos matices. Algunos de estos países han habilitado procedimientos administrativos para permitir el cambio de sexo en el registro del país, mientras que otros son más estrictos en la materia y exigen requisitos en la materia para poder aceptar la solicitud de cambio de sexo. De igual forma, existen países que han sido rotundos en denegar dichas solicitudes.¹⁸

Exponiendo de forma particular el caso español, tenemos que en el año 2007 se aprobó la Ley 03/2007, mediante la cual se legisló el procedimiento que debe seguirse para que una persona pueda reasignar su sexo en los registros. En tal sentido, la ley española exige al solicitante que

¹⁷ Ana Carmen Marcuello, *Sexo, género, identidad sexual y sus patologías*, (Cuadernos de Bioética, 1999), 1.

¹⁸ El texto de la STC N° 06040-2015/PA-TC, de fecha 21 de octubre del 2016.

este acredite mediante el informe de algún médico o psicólogo colegiado en España que el paciente ha sido diagnosticado con disforia de género, así el legislador ha querido dar seguridad en cuanto a la opinión de un profesional en la materia que avale que el paciente no presenta mayores trastornos que podrían afectar de forma grave la psiquis de la persona. De igual forma, dicha ley exige que la persona pueda demostrar que durante un período mínimo de dos años ha recibido tratamientos que le permitan adecuar su físico acorde al sexo al cual desea optar.¹⁹

En el mismo sentido, cabe destacar que en el caso español la modificación del elemento sexo en los registros españoles tiene un efecto constitutivo desde el momento en que se lleva a cabo la modificación registral, por lo que, respecto de los distintos actos jurídicos y obligaciones legales que ostente la persona previo a dicha modificación, estos permanecerán invariables e inafectados. Por otro lado, en el caso español se establece que se emitirá un nuevo documento de identidad en caso se modifique alguno de los elementos como el nombre o el sexo.

En el caso uruguayo, acorde a la Ley N° 18620, si un ciudadano desea modificar su nombre y/o su sexo lo puede hacer mediante trámites separados, ya que el legislador le ha dado independencia a estos trámites en tanto afirma que no necesariamente el ciudadano siempre buscará la modificación de ambos en conjunto. Para realizar dichos trámites, el ciudadano uruguayo debe acudir al Juzgado Letrado de Familia y para ello debe cumplir con los siguientes requerimientos: a) La persona solicitante debe acreditar que su nombre, sexo consignado al nacer o ambos, conforme elija la persona, no reflejan o se condicen con la identidad de género que afirma identificar a la persona misma y b) La persona solicitante debe acreditar dicha discordancia por lo menos por un periodo de tiempo de dos años, no configurando para ello un requisito el que la persona haya pasado por algún proceso médico o quirúrgico que físicamente busque alterar las características físicas y sexuales de la persona involucrada.²⁰

En Ecuador el 04 de febrero del 2016 se aprobó el Oficio N° SAN-2016-0155, en el cual se dispone que la persona podrá cambiar el elemento “sexo” en el registro nacional por el elemento “género” si así lo decide. En tal sentido, la ley establece que al momento de cumplir

¹⁹ Ley 03/2007, de 8 de marzo de 2007, Ley Reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas.

²⁰ Ley N° 18620, de fecha 25 de octubre del 2009, Ley de Regulación del Derecho a la Identidad de Género, Cambio de Nombre y Sexo Registral.

la mayoría de edad la persona puede optar por el cambio de “sexo” por el de “género”, para tales efectos la persona deberá presentar dos testigos que acrediten que la persona se identifica con el nuevo “género” por al menos dos años. La ley establece que se podrá solicitar de manera conjunta el cambio de nombre, y cabe destacar que la solicitud de cambio se hace una única vez al momento de cumplir la mayoría de edad, no siendo factible que la persona de forma posterior o con antelación realice dicha solicitud.²¹

La ley argentina no exige mayores requisitos más que la persona haya alcanzado la mayoría de edad (18 años) o que, en caso desee realizar el trámite y sea aún un menor de edad, esta deberá mostrar a la hora de realizar el trámite la autorización expresa de sus padres o apoderados según sea el caso. El trámite en cualquiera de las circunstancias anteriormente descritas se debe realizar presentando una solicitud frente al Registro Nacional de Personas. En tal sentido, este es un mero trámite administrativo, toda vez que el legislador no ha querido poner mayores trabas para las personas que desean plantear la modificación de los elementos del sexo y nombre como identificatorios en los registros de la nación.²²

Por su lado, la Ley colombiana en su Decreto 1227/2015 ha normado el cambio de sexo en la vía notarial. En tal sentido, la ley colombiana exige a la persona solicitante que realice el trámite frente a un Notario, presentando para ello los documentos exigidos por ley, para efectos de “corregir” la casilla donde está consignado el sexo de la persona. Cabe destacar que la legislación colombiana ha establecido límites al cambio de sexo registral, en tanto establece que la persona que ha cambiado su sexo en el registro no podrá volver a cambiarlo hasta pasados diez años desde efectuado el cambio y no podrá realizar el cambio de su sexo en el registro más de dos veces.²³

Distinto a la tendencia marcada es el caso ruso, toda vez que en julio del año 2023 se aprobó la ley que prohíbe cualquier intervención quirúrgica, médica o con fármacos que busque el cambio de sexo de la persona. Asimismo, Rusia prohíbe la adopción de niños para personas que con antelación hayan cambiado su sexo, las cuales tampoco podrán ser fideicomisarios ni tutores de menores de edad. La ley rusa establece que se anulará todo matrimonio si uno de los

²¹ Oficio N° SAN-2016-0155, de fecha 04 de febrero del 2016, Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

²² Ley N° 26.743, de fecha 09 de mayo del 2012, Ley de Identidad de Género.

²³ Decreto 1227/2015, de fecha 04 de junio del 2015.

cónyuges se somete a una reasignación de sexo y se prohíbe el cambio de sexo en los documentos estatales.

En Hungría en el año 2020 se aprobó una ley mediante la cual se prohíbe la modificación del elemento “sexo” con el que el ciudadano aparece identificado en el documento nacional. En tal sentido, dicha ley ha optado por no permitir la variación del elemento sexo en los registros respectivos, toda vez que señala que en los registros oficiales únicamente se consignará el sexo biológico; es decir, el sexo asignado a la hora de nacer conforme la biología del individuo y que dicho elemento no podrá ser variado bajo ninguna circunstancia en ningún momento de la vida de la persona, estableciendo así el sexo como un elemento invariable.

E) *identidad de género en el Perú*

E.1) marco convencional:

En cuanto a la normativa internacional, es relevante la CADH (Pacto de San José) en tanto el Perú es estado ratificante de dicha normativa.

En tal sentido, resulta pertinente lo dispuesto por la CADH en tanto de la lectura de este documento de relevancia internacional se desprende la voluntad del legislador de reforzar la tutela jurídica de derechos fundamentales del ser humano a través de este documento, es así que todos los estados ratificantes están en la obligación de respetar y accionar como aparato estatal en favor de la defensa y tutela de los distintos derechos de los que goza un ser humano de forma inherente, independientemente de la nacionalidad de tal persona. En cuanto a la temática que nos importa resaltar, la CADH no regula expresamente el derecho a la identidad; sin embargo, no cabe la menor duda de que bajo la visión y esencia de este organismo internacional, el derecho anteriormente citado goza de la protección legal del mismo.

Dicho lo anterior, el derecho a la identidad si bien no goza de un artículo expreso dentro de la CADH que lo regule y consagre de forma expresa, este sí ha sido objeto de análisis y regulación en fallos de la CIDH, donde sí se le ha dado mayor comentario y trato legal. Así, por ejemplo, tenemos el fallo de la CIDH en el caso Atala Riffo, el cual comentaremos posteriormente en el presente trabajo de investigación, siendo que en este la CIDH abordó las categorías de

identidad de género y orientación sexual, buscando otorgarles relevancia y tutela jurídica en los estándares del Pacto de San José.

En aquella oportunidad Karen Atala Riffo decidió plantear el divorcio del matrimonio que llevaba con Ricardo López Allendes en el año 2002. Dicho matrimonio dio a luz tres hijas, las cuales, tras el divorcio, quedaron en tutela de Karen Atala. Sin embargo, Ricardo López decidió interponer una demanda para pasar a tener la custodia de sus tres hijas menores, toda vez que Karen Atala introdujo al hogar a su pareja del mismo sexo (Emma Ramón). El caso llegó a la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, la cual se pronunció a favor de Ricardo López, concediéndole la custodia definitiva de sus tres hijas menores. Producto de ella, Karen Atala decidió recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que se revise nuevamente su caso, puesto que alegaba que había sufrido un trato discriminatorio en el proceso judicial.

En tal sentido, en el año 2012 la CIDH dentro de su fallo no solo resolvió la problemática en concreto, sino que además, señaló que la el género como parte de la identidad de una persona así como sus preferencias sexuales son categorías protegidas y tuteladas por la CADH, por lo que exhortaba a los estados ratificantes a adecuar sus criterios y legislaciones en base a esta fundamentación.²⁴

De igual forma, en la referida sentencia la CIDH señaló que a falta de consenso sobre los derechos que deben ser respetados y alcance de dicha protección, no se debe restringir o negar la protección de derechos humanos.²⁵

Por otro lado, tenemos las opiniones consultivas de la CIDH, las cuales nos ayudan a ilustrarnos sobre la idiosincrasia y línea de pensamiento que tiene la CIDH. De tal forma, en la Opinión Consultiva OC-24/17, la CIDH trata conceptos como el género, la identidad de género y las personas transexuales.²⁶

La CIDH afirma que la identidad de género está relacionada a las convicciones que cada persona siente respecto de su propio género, el cual no necesariamente tiene que estar ligado

²⁴ El texto de la STC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 24 de febrero del 2012.

²⁵ El texto de la STC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 24 de febrero del 2012.

²⁶ El texto de la Opinión Consultiva OC-24/17, de fecha 24 de noviembre del 2017.

al sexo biológico de la persona. Dejando claro que, en términos de la Corte, el género debe ser sentido y vivido de forma libre y personal acorde a las preferencias de la persona.²⁷

En lo que respecta de la opinión consultiva planteada por Costa Rica en su calidad de estado ratificante, la CIDH aprovechó en reiterar su postura respecto de que la identidad de género de un ser humano es una categoría tutelada y respaldada por la CADH, por lo que el hecho de que un estado ratificante no brinde tal tutela a esta categoría podría significar para la persona verse en un estado de vulnerabilidad y que esta no pueda desarrollar libremente su propia vida conforme su deseo personal. La CIDH considera que dicho impacto puede ser severo en las personas transexuales, toda vez que alega que este es un colectivo que suele encontrarse en una posición vulnerable frente a otros. (Corte IDH, 2018, párr. 98 y 114).²⁸

De igual forma, la CIDH afirma que, para la configuración de la identidad de género de una persona, los elementos del sexo y el nombre consignados en los registros nacional tienen una alta relevancia. De tal forma, la CIDH protege la posibilidad de que una persona modifique su sexo y nombre acorde a su propia identidad a través de la Convención Americana.²⁹

En la misma línea, la CIDH ha emitido opiniones en favor de que toda persona que se encuentre en el marco de tutela del Pacto de San José debe respetársele su derecho a la identidad de género, y que a este debe brindársele la tutela jurisdiccional respectiva, otorgándole validez y notoriedad mediante los registros identificatorios respectivos.

En dicha la línea, la CIDH deja clara su postura de que el procedimiento que permita la adecuación en los registros de identidad nacional del Estado de la identidad de género asumida por la persona debe estar enfocado en la protección a dicho derecho, por lo que sería contraproducente establecer trámites engorrosos que permitan dicha adecuación. Afirma que no debe exigirse a la persona certificaciones médicas o psicológicas como requisito previo para la adecuación en los registros, toda vez que ello podría resultar abusivo, patologizante e irrazonable. (2018, párr. 127 a 130).³⁰

²⁷ El texto de la Opinión Consultiva OC-24/17, de fecha 24 de noviembre del 2017.

²⁸ Andrea Parra Estela, “Informe sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06040-2015-PA/TC”, (tesis para optar por el título de abogado, Universidad Pontificia Católica del Perú, 2021), 19.

²⁹ El texto de la OC-24/17, de fecha 24 de noviembre del 2017.

³⁰ El texto de la OC-24/17, de fecha 24 de noviembre del 2017.

La CIDH afirma que exigir documentación excesiva termina por desvirtuar la naturaleza meramente declarativa de la adecuación en los registros nacionales, lo cual resulta finalmente discriminatorio para las personas transexuales. (2018, párr. 131 al 133).

E.2) marco constitucional:

El derecho a la identidad tiene la protección de un derecho fundamental tal y como está reconocido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional se ha encargado de darle una definición más específica al derecho a la identidad, al cual ha calificado como el derecho que tiene toda persona a ser aceptada en sentido estricto por quien es, con todo lo que ello conlleva en cuanto a sus características propias.³¹

De tal forma, el derecho a la identidad es el derecho a ser reconocido individualmente por todas aquellas características y rasgos que hacen que una persona en específico sea tal. Ello conlleva brindarle reconocimiento tanto a sus rasgos estáticos, como aquellos más dinámicos, los cuales todos en conjunto conforman el ser.³²

E.3) marco legal:

En cuanto a la normativa peruana, existen algunas normas que abordan a grandes rasgos el derecho a la identidad de una persona.

Tenemos, por ejemplo, que todo menor de edad tiene derecho a la identidad conforme lo establece la legislación aplicable (Código de Niños y Adolescentes).

El Código Civil en su primer libro aborda los distintos derechos de los que goza una persona, de tal forma, en el Artículo 5 aborda la irrenunciabilidad de derechos fundamentales. Si bien textualmente no se regula el derecho a la identidad dentro del Código Civil, no cabe duda que cuando el referido texto legal establece que se brinda protección jurídica a los derechos

³¹ El texto de la STC N° 00388-2015-PHC/TC, de fecha 19 de julio del 2016, fundamento 9.

³² El texto de la STC. N° 00388-2015-PHC/TC, de fecha 19 de julio del 2016, fundamento 21.

inherentes de la persona, al concordar dicha disposición con lo dispuesto en nuestra Carta Magna, se puede afirmar que el Código Civil es un cuerpo legal que brinda tutela jurídica al derecho a la identidad del ser humano como derecho inherente de este.

En cuanto a la normativa referente al nombre, en su primer libro “Derechos de las Personas”, más específicamente en el Título III aborda todo lo relativo al nombre en sus Artículos 19 al 32. De tal forma tenemos que el Artículo 19 establece que toda persona tiene el derecho y deber de gozar de un nombre con el cual identificarse.

Es relevante también lo dispuesto por el Artículo 25 del CC en tanto dispone que la prueba del nombre se da mediante la respectiva inscripción en los registros.

Tenemos también lo dispuesto en la Ley Orgánica de RENIEC, la cual en su Artículo 32 establece los datos que debe llevar el DNI, dentro de los cuales encontramos el nombre y el sexo del titular, entre otros.

De igual forma, el Artículo 44 de la Ley Orgánica de RENIEC establece que todo cambio o adición en el nombre se inscribe necesariamente en el Registro de Estado Civil.

A pesar de la citada normativa, cabe reconocer que en el Perú el tratamiento de las solicitudes de modificación de sexo y nombre en los respectivos registros no se ha dado en el ámbito legislativo, en tanto no existe ninguna ley a día de hoy que en el Perú regule expresamente tal posibilidad, toda vez que, los casos en lo que ello ha sido factible se ha dado mediante la vía judicial, como repasaremos más adelante en el presente trabajo.

E.4) marco jurisprudencial:

a) *6.1.1.5.3.1 STC N° 02273-2005-HC/TC*:

Cabe citar el caso de la ciudadana Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, quien en el año 2006 interpuso una demanda de Hábeas Corpus en contra de RENIEC, en dicha demanda planteaba una solicitud para que se le otorgue un duplicado de su DNI, y que en este nuevo DNI se reflejase la modificación de sus prenombrados.

La demandante argumentó en el caso que la denegatoria a la emisión del duplicado de su DNI significaba un importante agravio y vulneración a su derecho a la identidad, así como al libre desarrollo de su personalidad en tanto tal denegatoria afecta directamente su proyecto de vida personal en palabras de la propia recurrente.

El TC en el presente caso emitió un pronunciamiento sobre los elementos identificatorios que significan el nombre y sexo de una persona y su relevancia como componentes del derecho a la identidad, asociado ello al DNI como documento válido para identificar a una persona frente al aparato estatal y social.

En aquella oportunidad, el TC señaló que el derecho a la identidad de una persona resulta siendo esencial para que una persona pueda gozar de una vida digna. Por tal razón, para los magistrados del TC, la dignidad impregna de esencia y sustancia al derecho a la identidad, ya es la base esencial de esta última, estableciendo así una relación innegable entre ambos derechos.³³

Asimismo, el Tribunal afirmó que tanto el aparato estatal como el privado deben con su accionar y diligencia promover y facilitar la plena realización de la dignidad humana de los individuos que conforman esta sociedad, siendo para estos un deber en tanto la persona humana es el elemento más relevante de todo el aparato social. En tal sentido, hablamos de un compromiso que asume el Estado de ponderar la dignidad humana para que esta irradie a todos los demás bienes constitucionales.³⁴

De igual forma, el Tribunal Constitucional emitió un pronunciamiento respecto del tutelado derecho a la identidad y la relevancia que tiene la partida de nacimiento como elemento que acredita la existencia en los registros de una persona. En tal sentido, el referido documento es considerado como el idóneo para demostrar frente al resto de la sociedad la existencia de un individuo en particular desde el momento de su nacimiento.

De forma específica refiriéndose al elemento del nombre, el TC señaló que es el medio de individualización que tiene la sociedad para identificar únicamente a un individuo respecto de

³³ El texto de la STC N° 02273-2005-HC/TC, de fecha 20 de abril del 2006.

³⁴ El texto de la STC N° 02273-2005-HC/TC, de fecha 20 de abril del 2006.

todos los demás que conforman la basta sociedad. En tal sentido, referido a dicho sentido de irrepetibilidad el nombre está compuesto también por los apellidos, los cuales permiten hacer una combinación única y distintiva de la persona en el marco social. Por tal sentido, es mandatorio dentro del aparato social el llevar un nombre; es invariable, salvo dictamen del Juez que permita una variación en este; es personalísimo e imprescriptible, incluso cuando se deje de usar, se haya usado uno más o menos inexacto o se haya empleado un seudónimo más conocido.³⁵

En relación al DNI, los magistrados determinaron que el legislador le ha brindado una doble funcionalidad al DNI, toda vez que este, en primer lugar, permite individualizar a una persona frente a todas las demás dentro de la sociedad, siendo un documento idóneo para hacer eficaz el derecho a la identidad de una persona y en segundo lugar, el DNI es un requerimiento poner en práctica los derechos y obligaciones reconocidos a un ciudadano en el marco de nuestra Carta Magna. De igual forma, el DNI es requerido para realizar diversidad de actos jurídicos, tales como trámites judiciales, actividades comerciales, trámites de otra índole, entre otros, por lo que carecer de DNI importa una limitante en la capacidad de la persona para ejercer distintos derechos, uno de los cuales está referido a la libertad personal.³⁶

En la sentencia, el Tribunal hace la necesaria distinción entre la identificación y el derecho a la identidad, toda vez que, si bien los documentos y registros son útiles para poder identificar a la persona frente a la sociedad, de ninguna manera se puede reducir el alto bagaje que circunscribe el derecho a la identidad de una persona a su DNI.

En lo que respecta al sexo, los magistrados sostuvieron que este importa la forma de asignar al género masculino o femenino a una persona cuando esta recién ha nacido, en tanto aún no ha sido capaz de desarrollar su personalidad y asumir conductas propias, por lo que se toma como elemento identificador el sexo biológico de la persona. El TC señala que el sexo como elemento de la identidad de una persona está compuesto por diversos elementos, los cuales todos en conjunto hacen la sexualidad de un individuo, enriqueciendo su ser humano.

³⁵ El texto de la STC N° 02273-2005-HC/TC, de fecha 20 de abril del 2006.

³⁶ El texto de la STC N° 02273-2005-HC/TC, de fecha 20 de abril del 2006.

De tal manera, el sexo es el considerado al nacer, ya sea que pertenezca al género femenino o masculino. En su fallo el TC toma en consideración que la identidad sexual se establece conforme el sexo del recién nacido, en tanto el desarrollo de su personalidad aún está en progreso.

En este fallo, el Tribunal ordenó a la RENIEC que le sea otorgado el duplicado de su DNI conforme el cambio de nombre aprobado previa sentencia judicial; sin embargo, los demás elementos de su DNI y su partida registral quedaron invariables.

b) *STC N° 00139-2013-PA/TC*:

En el año 2014, el TC emitió un fallo sobre la demanda de amparo interpuesta con la pretensión de modificar el sexo en el DNI y en la partida de nacimiento de parte de Rafael Alonso Ynga Zevallos.

El solicitante, en un proceso judicial previo, consiguió un fallo favorable para cambiar su prenombre masculino por uno femenino, cuya posterior anotación se produjo en la partida de nacimiento del solicitante.

El TC en esta oportunidad valoró que la partida de nacimiento resulta siendo el documento que permite identificar a la persona recién nacida con los datos inscritos en dicha partida, por ende, el sexo permite identificar a la persona como masculino o femenino.

El Tribunal estableció que el sexo está dado de forma biológica, cromosómica o genética, el cual es definido biológicamente desde el momento de la fecundación del cigoto, asignándose en ese momento vital el último par de cromosomas que definirán a la persona como pertenecientes al sexo masculino o femenino conforme su genética. Establece que la diferencia entre ambos sexos está dada por una realidad que va más allá del Derecho y que está dictaminada por la biología del ser humano, la cual debe ser respetada por la Constitución en tanto se funda en la realidad propia de las cosas, ya que la ciencia misma determina que el sexo es atribuido cromosómicamente conforme la biología de la persona, por lo que es de carácter indisponible para el ser humano.³⁷

³⁷ El texto de la STC N° 00139-2013-PA/TC, de fecha 18 de marzo del 2014.

Dada tal afirmación, se puede establecer que en esta oportunidad el TC ha adoptado la definición de sexo como un elemento estático de la identidad de la persona, dejando de lado la posibilidad de poner en cuestión otros elementos como lo son el psicológico y el social.

De igual forma, el TC establece que dado la fundamentación narrada el sexo debe ser considerado como un elemento inmutable dentro de la realidad compleja de la persona, por lo cual al no ser mutable fácticamente tampoco ha de ser mutable registralmente conforme la voluntad del ciudadano; sin embargo, sí es factible de manera registral que el ciudadano pueda solicitar la rectificación administrativa del sexo consignado en los documentos identificatorios, en tanto haya existido un error no voluntario de la apreciación del sexo real de la persona, ello refiriéndose mayormente a los casos de hermafroditismo en los cuales, dada la biología particular de la persona, puede existir algún error en cuanto a la asignación precisa y real del sexo de la persona.³⁸

Los magistrados del TC en esta oportunidad califican la transexualidad como una patología o trastorno. Se afirma que el no identificarse a uno mismo con su propio sexo biológico importa una patología psicológica.

En la misma línea, el Tribunal considera que las intervenciones quirúrgicas de reafirmación sexual con de mero orden estético, que únicamente sirven para alterar la apariencia externa del órgano genital externo, pero que dichas operaciones no son capaces de variar el sexo biológico y genético del individuo.³⁹

El Tribunal afirma que la teoría del sexo dado por la psicología de la persona es una teoría en progreso y que carece de certezas o respaldo científico que la avalen.⁴⁰

F) consecuencias jurídicas del cambio de sexo y de nombre:

Cabe preguntarnos a esta altura si la aprobación de la solicitud que permite el cambio de sexo de la persona en el registro acarrea consecuencias jurídicas, y de ser así, si dichas consecuencias

³⁸ Parra Estela Andrea, “Informe sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06040-2015-PA/TC”, 32.

³⁹ El texto de la STC N° 00139-2013-PA/TC, de fecha 18 de marzo del 2014.

⁴⁰ El texto de la STC N° 00139-2013-PA/TC, de fecha 18 de marzo del 2014.

afectan únicamente a la persona que pretende la rectificación del sexo en los registros nacionales, o, si, por el contrario, las consecuencias se extienden a terceros.

F.1) consecuencias en derecho de familia:

Tenemos que los la Constitución consagra principios o directrices que sirven como lineamientos cuya finalidad es fijar parámetros dentro de la Constitución, para así irradiar una guía de actuación en los distintos ámbitos del Derecho, tanto público como privado. En tal línea de pensamiento, es factible afirmar que ninguna ley, fallo judicial o cualquier tipo de normativa jurídica puede contravenir dichos principios, toda vez que estos se encuentran consagrados en la Carta Magna, la cual resulta para nuestro ordenamiento jurídico la ley por excelencia.

Nuestra Constitución Política consagra de forma especial los principios reconocidos de protección de la familia y del matrimonio, en tanto considera a estas dos instituciones jurídicas sumamente relevantes en el aparato social, por lo cual se establece que el ordenamiento jurídico tiene el deber de velar y tutelar por estos, señalando expresamente que se le brinda una tutela primordial y específica al niño dentro de la sociedad, dado su aparente estado de vulnerabilidad.

De la redacción del artículo citado, se puede apreciar que nuestra Constitución ha querido resguardar a la familia y promover el matrimonio desde todo el accionar jurídico, dándole a estas dos categorías jurídicas (familia y matrimonio) una relevancia preponderante desde la ley.

La aprobación de la solicitud de cambio de sexo de una persona en los registros nacionales trae consigo efectos secundarios que contravienen a la familia en su calidad de núcleo de la sociedad y del matrimonio civil como institución jurídica destinada al resguardo de la familia en nuestra sociedad. En tal sentido, la aprobación de la solicitud de cambio de sexo en los registros identificatorios regula de forma indirecta el matrimonio homosexual y con ello “muta” la relación conyugal, en tanto se estaría permitiendo que un ciudadano pudiese entablar matrimonio con una persona que, en la realidad, tiene su mismo sexo, pero que en el registro nacional aparece con un sexo distinto.

Validar las solicitudes de modificación del sexo en los registros respectivos vulnera de forma directa el concepto que nuestro ordenamiento jurídico ha decidido otorgarle históricamente al matrimonio como institución jurídica tutelada. En tal sentido, el Código Civil es claro y contundente al definir la figura del matrimonio como la unión entre un varón y una mujer, recalcando que dicha unión debe ser dada en libertad; es decir, sin coaccionamientos de por medio y que debe ser realizada entre personas aptas legalmente para casarse. Más allá, de los tecnicismos, es evidente que el matrimonio únicamente puede ser dado entre personas de sexo opuesto.

Dentro del ámbito de la familia, tenemos que la Constitución también consagra el Interés Superior del Niño como un principio fundamental que rige dentro de toda nuestra sociedad, ya que ha sido la intención del constitucionalista el recalcar el deber del aparato social de cuidar y velar por los niños como elementos fundamentales de nuestra sociedad y en tanto por su propia naturaleza aún están aprendiendo a tutelarse a sí mismos, por lo que requieren una especial y primordial atención.

En relación con la intención consagrada en la Constitución de brindarle una protección especial en materia jurídica al niño, en el Perú existe legislación específica que abarca los deberes y derechos de los niños así como los deberes de la sociedad en cuanto a la tutela de estos, siendo la legislación más relevante en esta materia el Código de Niños y Adolescente, del cual dentro de todas sus disposiciones cabe destacar que se brinda protección específica a todo menor de edad, siendo estos sujetos de derecho que gozan de libertad así como de los distintos derechos de los que goza toda persona de manera inherente.

Asimismo, conviene destacar el Título Preliminar del CNA cuando establece que en todo acto del Estado que involucre a los menores de edad como grupo jurídico tutelado, primará siempre el interés superior del niño, resaltando nuevamente que los niños y adolescentes gozan de una protección especial dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

De igual manera, es relevante destacar lo normado por el CNA en tanto establece que todo menor de edad goza del derecho fundamental a crecer dentro de una familia. Aquí el legislador ha querido enfatizarla relevancia de que un menor de edad, en tanto su estado desarrollo y la importancia de esos primeros años de vida, pueda gozar de un ambiente saludable y enriquecedor que le permita alcanzar su potencial de vida digna como ser humano.

En la misma línea, el CNA regula que, en el marco de la figura jurídica de la Patria Potestad, los padres o tutores, según sea el caso, tienen el deber de priorizar y contribuir el desarrollo íntegro del niño o adolescente, ello implica velar por sus derechos y ofrecerles las herramientas en sentido amplio para que puedan desarrollar su propia vida de la mejor manera factible.

Cabe destacar que, bien hace el Código de Niños y Adolescentes en brindar una especial protección a los niños en tanto su situación de desventaja y riesgo propios de la edad, de tal forma, estipula que todos los Poderes Estatales y Órganos Constitucionales deben actuar priorizando dicha protección a los niños mediante todos sus mecanismos.

Concretamente atendiendo las consecuencias jurídicas de la aprobación de la solicitud del cambio de sexo de una persona en los registros nacionales, tenemos que en materia del Principio Constitucional del Interés Superior del Niño, se está afectando la vida familiar del niño al afectarse la relación paterno/materno filial, toda vez que el menor de edad pasa de tener una madre y un padre a tener dos padres o dos madres, conforme sea el caso, en tanto si bien en el registro figura que el niño tiene un padre y una madre acorde a los sexos registrados, en la realidad tenemos a dos personas del mismo sexo ejerciendo la Patria Potestad sobre el menor de edad. Ello conlleva a una afectación del menor involucrado en dicha relación familiar, en tanto el cambio abrupto y antinatural afecta la realidad psicológica del menor por verse expuesto a la modificación en la identidad sexual de su figura paterna y/o materna, significando ello una exposición a una situación que difícilmente un menor pueda asumir y entender por la complejidad del asunto.⁴¹

Al respecto, los expertos en psicología de la familia, Eugenia Scabini y Vittorio Cigoli en su publicación “Homoparentalidad: filiación y entorno. Un análisis crítico de las investigaciones” han desarrollado los problemas que conlleva para los hijos el crecer en un hogar donde los padres sean personas del mismo sexo.

En dicha publicación, los autores afirman que según los estudios realizados los hijos que provienen de progenitores del mismo sexo presentan mayores trastornos emocionales y

⁴¹ Francisco José Pedro Cáceres Gallegos, “Pertinencia e Implicancias Jurídicas de la Sentencia N° 06040-2015-PA/TC (Caso Ana Romero Saldarriaga), Perú, 2016”, (tesis para optar por el grado de Maestro, Universidad Católica de Santa María, 2018), 185.

mayores problemas de retraso en el desarrollo respecto de hijos que provienen de familias de progenitores de sexos distintos.⁴²

Asimismo, los estudios realizados demuestran que el abuso sexual infantil es más frecuente entre las parejas de lesbianas y sus hijos. Siendo que el 38% de los niños consultados en la muestra indicaron haber sido víctimas de tocamientos sexuales indebidos por parte de sus progenitores, en el contexto de hogares en los que vivían con madres lesbianas casadas.

De igual forma, los estudios indican que la condición más estresante es la de una hija con dos progenitores mujeres, en tanto presenta cinco veces más probabilidades de experimentar trastornos emocionales en comparación con un niño o niña que viva con una pareja de progenitores casada de sexos opuestos.

En la misma línea, los autores afirman que la vida emocional de los hijos de parejas homosexuales es en promedio más estresante en comparación con hijos de parejas heterosexuales. El estudio indica que los primeros presentan problemas a la hora de discernir a muy temprana edad si contar o no la realidad que los rodea en sus distintos espacios (escuela, familia, etc). De tal forma que, la mayoría de las parejas de progenitores del mismo sexo desean que sus hijos crezcan heterosexuales, lo cual pone una carga emocional fuerte encima del hijo, el cual no cuenta con referentes claros en el propio hogar. La realidad dicta que los hijos de progenitores homosexuales no tienden a describir la problemática de la realidad que viven por el ánimo de protegerlos.

F.2) consecuencias en derecho laboral:

Cabe analizar también los efectos jurídicos que se generarán a partir del cambio del sexo en el registro nacional en cuanto a materia laboral refiere.

Así tenemos que, tras el cambio de sexo de la persona en el registro, esta debería ser tratada conforme su nuevo sexo en el registro, por lo que en la práctica la persona tendría que renunciar a los derechos reconocidos legalmente para su anterior sexo, para pasar a gozar los derechos

⁴² “¿Qué dice la ciencia sobre la adopción de niños por parejas gays? Muchos estudios son sesgados”, Religión en Libertad, acceso el 05 de febrero del 2025. https://www.religionenlibertad.com/polemicas/171102/que-dice-ciencia-sobre-entrega-ninos-parejas_46188.html

que jurídicamente son reconocidos para el nuevo sexo que la persona ha consignado de forma registral.

Aquí merece especial atención la Ley N° 26644 y sus posteriores modificatorias, la cual establece el régimen y el derecho a gozar del descanso pre y post natal, el cual corresponde para la “trabajadora gestante”, condición que únicamente podría biológicamente ostentar una mujer, toda vez que únicamente una mujer puede gestar. De tal forma que, si una mujer reasignara su sexo en el registro al de un hombre, en principio debería gozar de los derechos en materia laboral que le corresponden exclusivamente a un hombre; sin embargo, podría darse el caso, ya que es biológicamente una mujer, de que quedase embarazada y, por ende, tenga que gozar de derechos laborales que son propios de las mujeres, como lo es el descanso pre y post natal, a pesar de estar inscrito en el registro como un hombre.⁴³

De igual forma, tenemos que la Ley 27240 y sus posteriores modificatorias, reconoce a la mujer que ha sido madre el permiso por lactancia materna, el cual conforme a ley se ejerce a término del periodo pos natal. Nuevamente, dicho derecho les corresponde exclusivamente a las mujeres por sus capacidades biológica; sin embargo, nos ponemos en el supuesto de una mujer que, habiendo cambiado su sexo registral al de un hombre, quedase embarazada, por lo que tendría que gozar del derecho al permiso por lactancia materna, a pesar de aparecer en el registro como un hombre.

Por otro lado, debemos abordar el tema de la discriminación en materia laboral para las personas cuyo sexo ha sido cambiado en el registro. De tal forma, bajo el nuevo sexo que ostenta la persona en los registros, no puede y no debe ser materia de ningún tipo de discriminación en su trabajo por tal motivo. En dicha línea, el TC ilustra ninguna persona debe ser discriminada bajo ningún motivo ni circunstancia, recalcando la discriminación sexual que va acorde al caso en concreto.⁴⁴

En la misma sentencia, el TC establece que la discriminación sexual importa cualquier trato denigrante, ofensivo y primordialmente distinto sin justificación alguna hacia una persona

⁴³ Miguel Eduardo Ramos Miraval, “Las Repercusiones Jurídicas Derivadas del Reconocimiento del Derecho a la Identidad del Transexual”, (Tesis para optar por el Doctorado, Universidad de San Martín de Porres, 2020), 48.

⁴⁴ El texto de la STC Nro. 5652-2007-AA/TC, de fecha 6 de noviembre de 2008.

meramente por el sexo que ostenta, no debiendo este ser un elemento relevante a la hora de establecer diferencias de trato entre hombre y mujer.⁴⁵

En virtud de lo ilustrado por el Tribunal Constitucional y conforme a la legislación vigente, ningún trabajador puede sufrir discriminación por motivo de su sexo, por lo que aquel trabajador que tiene en su favor una sentencia firme que le permite el cambio de su sexo en los registros, merece no ser discriminado por tales motivos.

Habiendo dicho ello, distinto es el caso de aquella persona que pretende postular a un puesto de trabajo en el cual la empresa exige como requisito para tal puesto que la persona sea de un determinado sexo, ya sea por la naturaleza del trabajo o porque la empresa en su libertad de contratación así lo ha decidido, y dicha persona no es tomada en consideración en virtud de que su nuevo sexo registral no es realmente el sexo biológico que ostenta la persona.

Pensemos, por ejemplo, en una empresa que se dedica a tercerizar el servicio de amas de hogar para familias y que únicamente contrata mujeres para llevar a cabo la labor, puesto que así ha decidido la empresa que sea su rubro de negocio. Bajo tal perspectiva, una persona cuyo sexo original es el de un hombre, pero que dicho sexo ha sido cambiado en los registros al de una mujer, no podría postular en virtud de su nuevo sexo, no siendo ello motivo de discriminación hacia la persona.

6.2 VIA IDONEA PARA SOLICITAR EL CAMBIO DE SEXO Y DE NOMBRE:

6.2.1 Proceso Constitucional de Amparo:

El proceso de amparo es el proceso constitucional que el legislador ha designado como herramienta que sirva de protección de derechos fundamentales frente a un posible agravio o vulneración de estos en un caso en particular, siempre y cuando, sean de tutela distinta a los derechos protegidos por los demás procedimientos constitucionales.

El Artículo 200 Inciso 2 de la Carta Magna reconoce la Acción de Amparo como una garantía constitucional.

⁴⁵ El texto de la STC Nro. 5652-2007-AA/TC, de fecha 6 de noviembre de 2008.

De la lectura del citado artículo, entendemos que el proceso constitucional de amparo busca proteger derechos fundamentales de contenido constitucional; es decir, que estén reconocidos y amparados por la Constitución.

El Artículo 7 del CPC nos ilustra acerca de las causales de improcedencia del recurso constitucional de amparo

De una lectura integral y profunda se puede dejar ver que la intención fundamental del constitucionalista ha sido colocar la herramienta del proceso de amparo como una de última ratio; es decir, que este únicamente pueda ser usado de manera muy excepcional en tanto su naturaleza busca proteger derechos fundamentales mediante un proceso que por su propia concepción está destinado a causales y circunstancias muy específicas, por lo cual únicamente se podrá recurrir a este cuando no exista una vía que resulte de igual forma satisfactoria respecto del derecho que se busque tutelar conforme la demanda interpuesta.⁴⁶

Cabe destacar que el TC mediante Sentencia N° 04196-2004-AA/TC ha establecido que el proceso constitucional de amparo tiene un carácter de exclusividad, en tanto su finalidad es amparar de forma urgente alguna posible vulneración que se realice a los derechos fundamentales.⁴⁷

Asimismo, el TC ha establecido mediante precedente los factores que debe evaluar el órgano responsable a la hora de dirimir si procede remitir el expediente a la vía judicial, toda vez que para ello debe ser igualmente satisfactoria la protección del derecho a lo que podría darse mediante la vía constitucional. De tal forma, tenemos como factores: a) La naturaleza y configuración del proceso en cuanto a la tutela del derecho que supuestamente se está vulnerando resulta la más idónea, b) De atenderse en vía judicial, la sentencia que dicte el Juez está en la capacidad de brindar una adecuada tutela al derecho que se busca proteger conforme el petitorio de la demanda, c) El trámite en la vía judicial no pone en peligro que conforme la estructura del propio proceso, conforme se lleve a cabo y por los plazos del mismo, para la hora de dictar sentencia sea imposible proteger y/o reparar el derecho vulnerado y d) La evaluación que se haga de la importancia del derecho que se busca proteger, siendo que existen

⁴⁶ Christian Donayre Montesinos, *El Carácter Residual del Amparo en el Código Procesal Constitucional Peruano*, (Lima: Jurista Editores, 2005), 184.

⁴⁷ El texto de la STC N° 04196-2004-AA/TC, de fecha 18 de febrero de 2005.

derechos más relevantes jerárquicamente que otros, y la gravedad de las posibles consecuencias que se puedan producir si efectivamente se llegase a vulnerar el derecho, todo ello se traduce en la verificación de la urgente y necesaria tutela o no del derecho interpuesto en la demanda.

Ya habiendo analizado la naturaleza residual que se ha buscado otorgar al proceso constitucional de amparo, analizaremos ahora las características propias del amparo para poder analizar posteriormente si resulta una vía idónea solicitudes de cambio de sexo.

De tal forma, tenemos que acorde al Código Procesal Constitucional, para poder recurrir válidamente al proceso de amparo se deberá haber agotado de forma previa toda posible vía administrativa que pudiese haber resuelto el petitorio y/o tutelar igualmente el derecho cuya afectación se pretende alegar.⁴⁸

En cuanto a la actuación probatorio se refiere, el CPC en su Artículo 13 establece que en cuanto a la actividad probatorio permitida en este tipo de procesos, los medios probatorios que las partes crean pertinentes presentar lo podrán hacer únicamente en dos momentos, con la presentación de la demanda y con la contestación de la misma, cabe aclarar que dada la naturaleza célere del proceso de amparo solo se permiten los medios de prueba que no requieran actuación procesal, sin perjuicio de ello, el Juez puede excepcionalmente optar por actuar algún medio de prueba si lo juzga necesario y relevante para el proceso, dentro de lo cual deberá evaluar también el no extender innecesariamente el proceso, en tanto ya hemos señalado que el amparo busca por naturaleza se célere en tanto el derecho que busca proteger con su tutela.⁴⁹

En estos procesos, el Juez cuenta con un plazo de cinco días para dictar sentencia. Si alguna de las partes no se encuentra conforme con la decisión tomada, tiene la facultad de apelar, para lo cual el Juez otorgará un breve plazo de tres días desde que fue notificada dicha sentencia a las partes, dentro de tal plazo la parte que desee apelar podrá tener la oportunidad de exponer los fundamentos de su apelación mediante nuevo escrito, si dicha apelación nuevamente fuese declara infundada o improcedente, la parte recurrente queda facultada para interponer recurso de agravio constitucional a fin de que el TC pueda revisar el expediente y dirimir la

⁴⁸ Ley N° 31307, de fecha 21 de julio de 2021, Nuevo Código Procesal Constitucional.

⁴⁹ Ley N° 31307, de fecha 21 de julio de 2021, Nuevo Código Procesal Constitucional.

controversia, siendo esta la última y definitiva instancia, por lo que las partes no podrán apelar nuevamente.⁵⁰

De lo expuesto, podemos apreciar que el procedimiento de amparo constitucional es a todas luces un procedimiento célere por naturaleza, el cual no ofrece la posibilidad de presentar una masa probatoria significativa por parte del demandante, por lo que el proceso constitucional de amparo parece no ser el procedimiento más apropiado para atender la solicitud de cambio de sexo y de nombre del demandante.

6.2.2 Vía Judicial:

La sentencia señala que la vía más satisfactoria para solicitar la modificación del elemento sexo es el Proceso Sumarísimo por la necesidad de tutela urgente, dicho ello, para efectos del presente trabajo de investigación se analizará en marco teórico relacionado al Proceso Sumarísimo.

El proceso sumarísimo, por su propia naturaleza busca ser un proceso célere y que brinde las garantías mínimas judiciales respecto de la relativa baja complejidad de las materias que aborda.⁵¹

Del Artículo 546 del CPC podemos apreciar las causales de procedencia para que una pretensión sea admitida en un proceso sumarísimo, siendo que en el inciso 6 se establece esta vía puede ser destinada para aquellos asuntos contenciosos que no gozan de una vía procedimental propia.

De la lectura del citado artículo tenemos que el proceso sumarísimo será el adecuado cuando no exista una vía procedimental específica para la pretensión cuya tutela se busca, y cuando la tutela que se busque sea “urgente”; es decir, necesite una respuesta célere de parte del ordenamiento jurídico, de ahí que el proceso sumarísimo tutele pretensiones no muy complejas, pues de lo contrario, estas deberán ser atendidas mediante proceso de conocimiento.⁵²

⁵⁰ Ley N° 31307, de fecha 21 de julio de 2021, Nuevo Código Procesal Constitucional.

⁵¹ Reynaldo Mario Tantaleán Odar, *Comentario al artículo 546 del Código Procesal Civil*, (Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas, 2016), 335.

⁵² Tantaleán Odar, *Comentario al artículo 546 del Código Procesal Civil*, 342.

El Artículo 547 del Código Procesal Civil establece que el Juez competente para conocer la pretensión en un proceso sumarísimo circunscrito en el Inciso 6 es el Juez Civil.⁵³

Del Artículo 551 del CPC se vislumbra que, a la hora de calificar la demanda interpuesta por el recurrente dentro del marco de un proceso sumarísimo, el Juez tiene la posibilidad de declarar aquella improcedente o inadmisibile según su criterio.⁵⁴

El Proceso Sumarísimo únicamente permite los medios probatorios de actuación inmediata.

En lo que respecta a las cuestiones probatorias, el Artículo 553 del CPC establece que, respecto de los medios probatorios presentados por las partes, estas tienen la facultad de interponer tachas y/u oposiciones respecto de estos para que dichos medios probatorios no sean ingresados ni considerados dentro del proceso.⁵⁵

Una vez actuados los medios probatorios que hayan sido aceptados, el juez podrá otorgar la palabra a los abogados si es que estos así lo desearan. Posterior a ello el Juez expedirá sentencia.⁵⁶

6.2.3 Vía Administrativa:

Para efectos de este trabajo se analizará las funciones de RENIEC relacionadas con la modificación de datos personales en el DNI y la Partida de Nacimiento.

Para ello, podemos desarrollar brevemente la naturaleza y funciones de la RENIEC, la cual se creó mediante Ley N° 26497. De tal forma, se establece que la RENIEC es un organismo autónomo.

De igual forma, acorde al Artículo 183 de la Carta Magna, la RENIEC tiene como función la inscripción en los registros pertinentes de todo acto que modifique el estado civil del

⁵³ Decreto Legislativo 768, de fecha 4 de marzo de 1992, Código Procesal Civil Peruano.

⁵⁴ Decreto Legislativo 768, de fecha 4 de marzo de 1992, Código Procesal Civil Peruano.

⁵⁵ Decreto Legislativo 768, de fecha 4 de marzo de 1992, Código Procesal Civil Peruano.

⁵⁶ Decreto Legislativo 768, de fecha 4 de marzo de 1992, Código Procesal Civil Peruano.

ciudadano. Asimismo, dicha función también establece que RENIEC tenga como deber el mantener el registro y emitir todo documento que permita identificar a los ciudadanos como lo son el DNI, las partidas de nacimiento, entre otros.

Atendiendo al caso en concreto, es pertinente desarrollar lo estipulado en el Artículo 32 de la Ley N° 26497, que estipula los distintos datos que debe contener el DNI de un ciudadano, dentro de los cuales se encuentran el sexo y el nombre, entre otros.

En la misma línea, conviene traer a colación lo estipulado en el Art. 32 del Decreto Supremo N° 015-98-PCM, que estipula los distintos datos que debe contener el Acta de Nacimiento de un ciudadano, dentro de los cuales se encuentran el sexo y el nombre, entre otros.

De igual forma, resulta interesante para el análisis del presente Expediente prestar atención a lo estipulado en el Art. 33 del Decreto Supremo N° 015-98-PCM, en tanto establece ciertos parámetros que delimitan los prenombrados que una persona puede llevar en su partida de nacimiento.

Queda evidenciado de la lectura de las citadas normas y sus respectivas disposiciones que, RENIEC es el organismo establecido por el Estado que se encarga, dentro de otras labores, de llevar el Registro de información y datos que identifican a los ciudadanos peruanos, mediante la partida de nacimiento o DNI de cada persona.

Cabe aclarar que, conforme a la Ley de Inscripciones en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, que sí es plausible modificar el sexo en el Registro Civil, pero únicamente como rectificación del mismo, la cual puede ser incluso de forma administrativa, en tanto se determine que ha existido algún error en la inscripción.

De igual forma, es menester señalar que los elementos de nombre y sexo como identificatorios de una persona únicamente son susceptibles de modificarse en los registros pertinentes si así lo dispone un Juez mediante sentencia firme, tal y como se ha desarrollado previamente y como lo dispone el Código Civil.

Tras lo desarrollado, se afirma que no existe un procedimiento vía administrativa para atender una solicitud de cambio de sexo y/o de nombre en el Documento Nacional de Identidad (DNI),

toda vez que dicha pretensión únicamente será aceptada y tramitada por RENIEC en tanto exista un fallo que así lo disponga por parte de un Juez.

7 POSICIÓN PERSONAL SOBRE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

7.1 ¿ES CONSTITUCIONAL LA PETICIÓN DE CAMBIO DE SEXO Y DE NOMBRE AL AMPARO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA?

Desarrollemos primero la constitucionalidad de la petición del cambio de sexo, para ello debemos partir de la base de lo consagrado en nuestra Constitución Política del Perú respecto de la materia.

Conforme se ha desarrollado previamente en el marco teórico, no existe ningún artículo dentro de nuestra Carta Magna que regule de manera expresa la factibilidad de que una persona solicite su cambio de sexo. Ahora bien, se podría argumentar dicha posibilidad de forma indirecta, en tanto el Artículo 2.1 estipula que toda persona tiene derecho a su identidad; sin embargo, la Constitución no se encarga de darle contenido al mencionado derecho, por lo que conviene traer a colación lo que la doctrina ha podido desarrollar en esta materia.

El derecho a la identidad de una persona, conforme lo desarrolla el Dr. Carlos Fernández Sessarego, reviste de tutela jurídica a todas aquellas características que en conjunto conforman la plena realidad existencial de la persona. Dentro de tales características podemos dividir aquellas que responden a una naturaleza estática; es decir, que por su propia naturaleza son incapaces de variar en el tiempo, y otras que responden a una naturaleza dinámica; es decir, aquellas que por su propia naturaleza son susceptibles de ir variando conforme el desarrollo de la vida de la persona. Así, en las primeras podemos encasillar rasgos como la genética de la persona, los progenitores, entre otros; mientras que en las segundas podemos encasillar las convicciones, las creencias personales, los gustos, entre otros.

En tal orden de ideas, dentro de uno de tantos elementos que componen la identidad de una persona, tenemos el sexo, por lo que cabe preguntarnos a estas alturas si el sexo como componente de la identidad personal es de libre disposición de la persona, para ello debemos dilucidar la naturaleza del sexo como componente de la identidad.

Como se ha desarrollado en el marco teórico, existen dos vertientes marcadas y opuestas respecto de la naturaleza del sexo como componente de la identidad personal. Una nos dice que el sexo es de naturaleza biológica y, por lo tanto, no es disponible para la persona; mientras que la otra nos dice que el sexo responde a una construcción social y que, por ende, sí es de libre disposición de la persona. Desarrollemos brevemente cada postura.

Una primera postura nos señala que el sexo está determinado biológicamente en base a la prueba empírica que así lo demuestra. Tenemos en tal sentido, factores cromosómicos (el último par de cromosomas X o Y); factores gonadales; factores fenotípicos inherentes a cada sexo, los cuales determinan los caracteres primarios y secundarios en el hombre y la mujer. En tal sentido de ideas, el sexo constituye “lo dado”, en tanto todos los factores que hemos enunciado nos han sido dados biológicamente.

Una segunda postura nos señala que el sexo responde preponderantemente a la psicología de la persona, por lo cual es variable conforme lo disponga la persona. Dicha postura prepondera los aspectos psicológicos, sociales y culturales de la persona, los cuales, como se ha señalado antes, son dinámicos; por ende, son propensos a mutar conforme la persona así lo disponga.

La problemática con esta segunda postura es que confunde los conceptos de sexo biológico y género. El sexo, conforme lo hemos definido, tiene su raíz en lo biológico, nos es dado y por su propia naturaleza es incapaz de mutar, aún con el paso del tiempo; mientras que el género sí responde a una construcción social de feminidad o masculinidad que es susceptible de variar dentro de la psiquis íntima de la persona según el pasar del tiempo.

Habiendo desarrollado la naturaleza del sexo como componente de la identidad de una persona, estamos ahora sí en posición de responder que el sexo no es de ninguna manera un elemento de la personalidad de libre disposición de la persona, en tanto su naturaleza está dictada por la biología, es un elemento de carácter estático de la identidad y, por ende, no es susceptible de ser modificado, incluso aunque la persona así lo desee. En buena cuenta, aunque un hombre, por ejemplo, decidiese que su propia identidad es más acorde a la de una mujer, y en base a ello comenzara a tener comportamientos e incorporar características propias de una mujer; tales como, vestimenta femenina, maquillaje femenino, una voz más aguda, entre otros, ello no haría que dejase de ser un hombre biológicamente hablando, incluso si él afirmase rotundamente que se identifica mejor y más apropiadamente como una mujer que como un hombre, ello dado

que, si bien sus convicciones en el ámbito psicológico son variables conforme él mismo lo disponga, su biología jamás podrá ser disponible para él ni de libre elección, por cuanto aquella está conformada por factores inmutables como la genética, la fisionomía, entre otros.

Volvamos a la interrogante que nos planteamos al principio de este capítulo y que es la esencia del presente trabajo de investigación, ¿es constitucional la solicitud de cambio de sexo? La respuesta es no. Ya establecimos que el sexo es un elemento de la identidad que por su propia naturaleza biológica es inmutable, por lo tanto, si en el plano fáctico el sexo no es susceptible de mutar, por qué habría de serlo en el plano jurídico, si el Derecho debe más bien responder y legislar en base a la realidad, no funcionar como mecanismo que sirva para crear realidades que únicamente existan en el plano jurídico, peor aún, que se contradigan de la realidad fáctica.

El Derecho no se puede regir en base a la arbitrariedad de las personas, no puede brindar tutela jurídica a todo aquello que provenga de la voluntad arbitraria de las personas, precisamente por ello es que el Derecho no es subjetivo, no puede legislar pretendiendo atender la voluntad de cada una de las personas que se pretende tutelar en el ordenamiento jurídico. El Derecho debe responder a realidades naturales, al sentido común y natural de las cosas.

En tal sentido, nuestro ordenamiento jurídico no se puede permitir legislar a favor de que una persona pueda cambiar su sexo a su libre arbitrariedad, puesto que esto supone entrar en un terreno peligroso. Permitir ello significaría que el Derecho está avalando la arbitrariedad de una persona en particular, no solo ello, sino que estaría disponiendo que todo el ordenamiento jurídico brinde tutela jurídica al “antojo” de esa persona.

Afirmar que el derecho a la identidad está blindado de tutela absoluta; es decir, que es oponible contra todo y contra todos es un error. Nuestro ordenamiento jurídico no puede brindarle tutela a cada uno de los aspectos de orden subjetivo que conforman la identidad de una persona, precisamente por lo volátil de su naturaleza.

En la misma línea, supongamos por un momento que el sexo pudiese ser legalmente cambiado conforme la persona así lo disponga. En esta hipotética realidad, desarrollemos brevemente la trascendencia de dicha afirmación.

Si el sexo fuese un elemento volátil; es decir, que pudiese modificarse al mero antojo de la persona y el ordenamiento jurídico le brindase tutela a tal antojo, ello pondría al Derecho en una posición de terreno desconocido, puesto que una persona podría, por ejemplo, cambiar su sexo de hombre a mujer y después de unos meses afirmar que se identifica nuevamente como hombre. En este supuesto caso, el cual sería perfectamente factible bajo la afirmación hipotética que planteamos, el Derecho tendría que comenzar a plantearse todas las hipotéticas consecuencias que podría generar que una persona legalmente pudiese modificar su sexo.

Preguntémonos por ejemplo que pasaría si un hombre cambiase su sexo legalmente al de una mujer teniendo un hijo menor, ¿qué pasaría con la relación paterno filial que tiene con su hijo? Habría que detenernos a pensar las consecuencias jurídicas que se desplegarían en esta situación, puesto que legalmente hablando dicho hombre no podría pasar a ser la “madre” del hijo, tampoco dicho hijo podría tener dos “madres”, puesto que legalmente todo hijo tiene un padre y una madre. Otra pregunta que salta a raíz del ejemplo propuesto es ¿qué pasaría si ese hombre estaba casado? ¿el matrimonio se disolvería? Recordemos que en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio es definido como la unión entre varón y mujer. En el supuesto expuesto, el matrimonio sería entre dos mujeres, lo cual contraviene las normativas de familia consagradas en nuestro ordenamiento jurídico, por lo cual habría que plantearse si dicho matrimonio se disolvería de pleno derecho o si a partir de ahora el ordenamiento modificaría toda la figura de matrimonio consagrada hasta el momento, pasando a permitir que el matrimonio fuese entre personas del mismo sexo.

Otro hipotético caso es el de un hombre que trabaja para una empresa que al amparo de la libertad de contratación únicamente emplea a varones, y dicho hombre cambia su sexo legalmente pasando a ser una mujer, ¿qué pasaría con su relación laboral con la empresa, teniendo en cuenta que esta empresa únicamente contrata varones? ¿esta persona sería despedida automáticamente? ¿si le despidieran podría alegar que la están discriminando? Todas estas son interrogantes que a nivel laboral el ordenamiento jurídico tendría que necesariamente plantearse a raíz de permitir el cambio de sexo de forma legal.

En buena cuenta, el sexo de una persona es un elemento de su identidad que tiene relevancia no solamente en cómo se identifica dicha persona, sino también en su desenvolvimiento en los distintos ámbitos de la sociedad, jurídicamente hablando tiene impacto en los diversos actos jurídicos que la persona realiza a lo largo de su vida, en el ámbito familiar, laboral, empresarial,

entre otros. Es por tal razón que un elemento de la identidad que es tan relevante en el actuar de la persona tanto dentro de su esfera íntima como en su desenvolvimiento dentro de la sociedad no puede ser susceptible de ser cambiado según la preferencia subjetiva de la misma persona.

En conclusión, habiendo desarrollado las distintas aristas y consecuencias que conllevaría que una persona tenga la posibilidad de modificar su sexo de forma registral en el Perú, reiteramos nuestra postura de que tal posibilidad es inconstitucional, en tanto, como ya lo hemos analizado, ello importaría vulnerar valores y disposiciones consagrados en nuestra Carta Magna y a lo largo de todo nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, tenemos la cuestión relativa a la constitucionalidad de la solicitud de modificación del elemento nombre dentro de los documentos identificatorios.

Al respecto, hemos de decir que, conforme ha sido desarrollado previamente en el marco teórico no existe referencia alguna en la Carta Magna a la solicitud de cambio de nombre. Sin embargo, el Código Civil sí dedica un apartado a la solicitud de modificación del elemento nombre, toda vez que, en su Artículo N° 29 regula lo relativo a la posibilidad de que una persona modifique su nombre, dejando en claro que dicha posibilidad está sujeta a autorización judicial debidamente justificada. Por ende, tenemos que el cambio de nombre no opera de forma administrativa, en tanto la persona deberá presentar su solicitud debidamente justificada ante el juez y este decidirá en base a las motivaciones presentadas si concede o no la solicitud.

A diferencia de la solicitud del cambio de sexo, la solicitud de cambio de nombre a simple vista no parecería tener mayor injerencia en cuanto a las implicancias que ello conlleva tanto para la persona solicitante como para quienes le rodean (llámese toda la sociedad), dado que, a diferencia del sexo, el nombre no es un elemento determinado por la biología, no “es dado”, si bien es puesto por nuestros progenitores al momento de nuestro nacimiento, como bien señala el Código Civil, este es susceptible de ser modificado, siempre y cuando, medie la justificación debida y así lo autorice un juez.

Una vez dicho ello, merece una pequeña reflexión la realidad descrita por la Dra. Ana Carmen Marcuello, quien nos expone la realidad vivida en España en las últimas décadas, señalando que la mayoría de personas que han solicitado inicialmente el mero cambio de nombre,

terminaban casi siempre solicitando más adelante también el cambio de sexo en el registro nacional. Ello merece especial atención en tanto, según lo expuesto por la Dra. Marcuello, muchas de estas personas que solicitaban el cambio de nombre, pedían que su nombre sea cambiado por uno que haga alusión al sexo contrario, dejando ver que su identidad era percibida con la del sexo contrario, por lo cual, fácilmente podemos deducir que eventualmente dichas personas terminarían solicitando también el cambio al sexo contrario.

En el mismo orden de ideas, no es lo mismo que una persona cuyo nombre sea “Juan”, solicite que su nombre sea cambiado a “Pedro” a que solicite que su nombre sea cambiado a “Rosa”, por citar un ejemplo. El que un hombre solicite su cambio de nombre a otro nombre que también sea correspondiente al sexo masculino no generaría mayores problemas; sin embargo, el que un hombre solicite la modificación de su nombre por uno que corresponde al de una mujer induciría a error al común denominador. Sin embargo, también es verdad que en el espectro de los nombres existen múltiples variedades y como hemos dicho al inicio, el nombre no es un elemento de la identidad que esté determinado por la biología ni por ningún aspecto, es meramente registral y no afecta en principio la realidad jurídica de la persona solicitante ni de terceros.

En resumen, la solicitud de cambio de sexo sí es constitucional bajo nuestro punto de vista, señalando a la salvedad de aquellas solicitudes que en su justificación indiquen que la motivante del cambio de nombre conlleva el hecho de que la persona se siente identificada con el sexo contrario y por ello desea llevar un nombre que la identifique con el sexo contrario. En dicho caso el juez tendrá que valorar cual es la verdadera intención del solicitante, toda vez que no es lo mismo una solicitud de cambio de nombre a una solicitud que conlleve también y a su vez el cambio de sexo de la persona en el registro nacional.

7.2 ¿CUÁL ES LA VÍA IDÓNEA PARA LA SOLICITUD DE CAMBIO DE SEXO?

En el marco del Expediente N° 06040-2015-PA/TC, Ana Romero Saldarriaga realiza la solicitud de cambio de sexo y cambio de nombre mediante la vía constitucional de amparo. El TC dentro de sus consideraciones estipuló que la vía adecuada para este tipo de solicitudes es la consagrada en el Artículo N° 546.6 del CPC, la vía del Proceso Sumarísimo.

Para responder a la pregunta de cuál podría ser la vía idónea para atender las solicitudes de cambio de sexo hay que remitirnos a lo desarrollado en nuestro marco teórico.

En principio tenemos que, ni la Constitución ni la ley regulan expresa y específicamente la vía por la cual deben presentarse las solicitudes de cambio de sexo, mucho menos se regula el proceso a seguir para dichas solicitudes ni sus alcances. Es por esta razón que existe confusión entre los solicitantes respecto de la vía idónea para ver defendido su derecho y poder presentar su solicitud de modificación del elemento sexo en los registros identificatorios, de ahí que, como hemos expuesto en el marco teórico, ha existido casos de personas en el Perú que han realizado dicha solicitud vía amparo constitucional. No obstante, en la STC del Expediente N° 06040-2015-PA/TC, el TC ha establecido que la más satisfactoria para atender este tipo de solicitud resulta siendo la del proceso sumarísimo que tiene carácter judicial y no constitucional.

La solicitud de cambio de sexo importa un cambio importante en la realidad de la persona, por lo que dicha decisión debe ser tomada en base a métodos y actuaciones que puedan darle certeza al juez para aceptar o denegar dicha solicitud.

Si bien hemos desarrollado a lo largo del presente trabajo que no estamos de acuerdo con que debiese permitirse la solicitud de cambio de sexo en el Perú, esta ha sido admitida vía proceso sumarísimo, dejando a discernimiento del juez la decisión sobre si una persona puede o no cambiar su sexo en el registro nacional. Creemos que esta es una decisión muy importante para ser dejada al arbitrio de una sola persona, en este caso el juez, y que lo ideal hubiese sido que, de permitirse el cambio de sexo, este sea regulada vía legal, estableciendo los parámetros y alcances para que dichas solicitudes sean aprobadas o denegadas, dado que ese no es el caso, tales solicitudes deben ser atendidas en un espacio que le brinde al juez las mayores herramientas para generarse convicción sobre la decisión que va a tomar y concordamos en que ese espacio adecuado es el proceso sumarísimo y no el de amparo constitucional.

El proceso de amparo constitucional presenta una vital diferencia que a fin de cuentas resulta una desventaja para el Juez asignado a la hora de dirimir sobre el petitorio y es que este proceso, a diferencia del proceso sumarísimo es más pobre, si cabe la palabra, en cuanto a la gama de medios probatorios que permite. En ese sentido, el primero únicamente permite los medios de prueba que no requieran actuación, en otras palabras, medios primordialmente escritos,

mientras que el segundo sí permite medios de prueba que puedan necesitar ser actuados, lo cual le brinda una mayor gama de posibilidades al Juez para así generarse convicción respecto de la problemática que intenta dirimir.

Como hemos dicho antes, el Juez lleva una gran responsabilidad sobre sus hombros, pues es él quién deberá decidir si aceptar o no la solicitud de modificación del elemento sexo de la persona solicitante y para ello creemos que debe brindársele al Juez las mayores herramientas para que él pueda generarse convicción sobre la decisión a tomar. El proceso sumarísimo al permitir medios probatorios de actuación inmediata permite por ejemplo que el Juez pueda escuchar a testigos proporcionados por la persona solicitante. Por su lado el proceso constitucional de amparo al solo permitir los medios probatorios que no requieren actuación, la persona solicitante únicamente podrá presentar medios probatorios de carácter escrito, los cuales no creemos que sean suficientes para demostrar por qué la persona solicita su cambio de sexo.

Por otro lado, creemos que dentro de los procesos judiciales el proceso sumarísimo es el adecuado, dado que el abreviado y el de conocimiento son procesos judiciales de mayor duración y no sería ideal atender un petitorio de esta índole en procesos que puedan resultar siendo excesivamente largos.

Todo dicho, creemos que hace bien la STC del Expediente N° 06040-2015-PA/TC en proponer que las solicitudes de cambio de sexo sean conducidas por la vía judicial de proceso sumarísimo.

8 VALORACIÓN JURÍDICA PERSONAL SOBRE LAS SENTENCIAS DEL EXPEDIENTE

8.1 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

8.1.1 Valoración de Fondo:

En la Sentencia de fecha 12 de agosto del 2014, el Juzgado de San Martín tras su análisis optó por declarar fundada la demanda interpuesta por Rodolfo Enrique Moreno Saldarriaga, consecuentemente se ordenó modificar el prenombre de este a “Ana” y modificar su sexo al de “mujer” en la partida de nacimiento y documento nacional de identidad respectivos.

A continuación, desarrollaremos y analizaremos los fundamentos que expuso el mismo Juzgado para finalmente declarar fundada la demanda que es objeto del presente trabajo de investigación.

En principio hay que establecer que para el momento en que se emitió la señalada sentencia se encontraba vigente la doctrina vinculante recabada en la STC N° 139-2013-PA/TC la cual desarrolló ampliamente cómo debían ser abordadas las solicitudes de modificación del elemento sexo con sus respectivos fundamentos. Asimismo, para el momento en que se emitió la sentencia del expediente que analizamos se encontraba vigente la doctrina vinculante de la Sentencia N° 04853-PA/TC, la cual establece que la jurisprudencia del Poder Judicial puede apartarse de la doctrina vinculante contenida en la jurisprudencia del TC, siempre y cuando, la primera sea más tutelar de derechos constitucionales.

Al respecto, la Sentencia N° 139-2013-PA/TC establecía que en tanto científicamente no se pueda demostrar que las cirugías de modificación sexual efectivamente permiten que una persona modifique su sexo al opuesto y esto no sea simplemente una adecuación física que no tiene mayores impactos en la biología de la persona, debe prevalecer el sexo establecido por la biología del individuo antes que el sexo con el cual se identifica la persona, el cual evidentemente es disconforme, de lo contrario no existiría la controversia.

De igual forma, la misma sentencia establecía que la doctrina contenida en dicha sentencia tenía carácter vinculante para todos los jueces y tribunales del país.

En tal sentido, a nuestro parecer hace mal el Juzgado de San Martín en apartarse de la doctrina vinculante recabada en la STC N° 139-2013-PA/TC, toda vez que al apartarse no está siendo más tutelar de derechos constitucionales, sino que, al contrario, está vulnerando la seguridad jurídica establecida por el Tribunal Constitucional. Asimismo, el Juzgado justifica su apartamiento de la doctrina vinculante citando algunos expedientes judiciales en los cuales los tribunales habían decidido aceptar las solicitudes de cambio de sexo; sin embargo, todos los expedientes citados por el

Juzgado de San Martín son anteriores a la vigencia de la doctrina vinculante incluida en la Sentencia N° 139-2013-PA/TC.

De igual forma, justifica su apartamiento de la doctrina vinculante citada porque según el Juzgado de San Martín, dicha doctrina colisiona con las interpretaciones realizadas por la CIDH, específicamente en el caso *Atala Riffo vs Chile*; sin embargo, no justifican por qué el Perú debería obligatoriamente seguir la interpretación realizada por la CIDH en el caso *Atala Riffo vs Chile*, toda vez que, en dicha sentencia el Perú no es un estado parte por lo que no hay vinculatoriedad a dicho caso.

En otro sentido, el Juzgado de San Martín explica lo que entienden por transexualidad y afirman que los derechos de los transexuales deben ser protegidos por parte del organismo jurisdiccional; sin embargo, en su entendimiento del transexualismo se puede evidenciar confusión entre los conceptos de orientación sexual e identidad sexual, toda vez que mientras el primero hace referencia a las preferencias sexuales de una persona, el segundo hace referencia al sexo que identifica a la persona, siendo conceptos muy distintos entre sí.

Dicho ello, consideramos que el principal error de fondo que comete el Juzgado de San Martín es apartarse de la doctrina vinculante contenida en la STC N° 139-2013-PA/TC, la cual establece que el sexo biológico es un elemento estático de la identidad y, por ende, no es susceptible de modificación en los registros nacionales. Sin embargo, el Juzgado de San Martín afirma que la persona debe tener la facultad de elegir libremente el sexo al que desea pertenecer conforme sus propias convicciones psicológicas.

Al respecto, no queda claro por qué el Juzgado de San Martín ha optado por una tesis distinta de la defendida y fundamentada por el TC, toda vez que en la Sentencia N° 139-2013-PA/TC el TC se encarga de desarrollar con fundamentos científicos la realidad biológica del sexo, el cual por su propia naturaleza genética y fenotípica, conforme se ha desarrollado previamente, claramente no es disponible a voluntad de la persona en tanto permanece siempre invariable sin importar el pasar del tiempo o incluso algún artificio exterior que pretenda establecer lo contrario, lo cual marca un claro marco de actuación para todos los tribunales y jueces del Perú a la hora de valorar solicitudes de cambio de sexo.

De igual forma, el Juzgado de San Martín reitera su postura de amparar los derechos de los transexuales; sin embargo, no queda claro por qué dicho Juzgado pretende preponderar la voluntad arbitraria de una minoría envés de ejercer el Derecho de forma objetiva, tal y como debería ser.

En buena cuenta, los argumentos esbozados por el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín parecen estar orientados a defender una postura subjetiva sin rigor científico que pretende atender la voluntad de minorías, lo cual va en contra del espíritu del Derecho que intenta atender realidades objetivas y no voluntades personales infundadas.

8.2 VALORACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

8.2.1 Valoración de Forma:

El 21 de octubre del 2016, el Tribunal Constitucional emite sentencia del Exp. N° 06040-2015-PA/TC, declarando “Fundada en parte” la demanda interpuesta por Rodolfo Romero Saldarriaga. Sin embargo, a nuestro juicio la demanda debió ser declarada improcedente por falta de competencia territorial del Juzgado que conoció la demanda.

En el orden de hechos, el 15 de junio de 2012 Rodolfo Romero Saldarriaga interpuso una demanda de amparo solicitando su cambio de sexo y de nombre en los respectivos registros (documento nacional de identidad y partida de nacimiento). En dicha demanda fundamenta que desde su infancia siempre se ha sentido mujer, lo cual no hace sentido que recién en su adultez decida interponer una demanda de amparo constitucional, toda vez que, acorde al Código Procesal Constitucional vigente para la fecha las demandas de amparo constitucional proceden cuando se invoque una inminente y cierta violación de derechos protegidos constitucionalmente, por lo cual si el demandante alega que se está vulnerando su derecho de identidad, este supuestamente se habría violado desde su niñez.

La demanda debió ser declara improcedente desde un primer momento, toda vez que, acorde al CPC vigente para la fecha, el Juzgado que debió conocer la demanda es aquel donde se vio afectado el derecho o donde domicilie el demandante. En tal sentido, acorde a la información recabada en el Exp. N° 06040-2015-PA/TC, el demandante no solicitó previamente a RENIEC que fuese modificado su sexo y nombre en ningún lugar, mucho menos en San Martín, por lo cual no puede afirmarse que este fue el lugar donde se vio afectado su derecho, por ende, el Juez de Tarapoto no tenía competencia territorial para conocer la demanda interpuesta.

En el mismo sentido, la misma parte demandante afirma en su propio escrito de demanda que acudió al Juez de Tarapoto porque ese mismo Juez había amparado una pretensión igual en primera instancia, por lo cual interpuso su demanda en dicho Juzgado, esperando que como en aquella oportunidad, su pretensión sea amparada; sin embargo, como ya hemos desarrollado, el Juzgado de Tarapoto no tenía competencia territorial para conocer dicha demanda.

Finalmente, creemos que el Tribunal Constitucional debió valorar la intencionalidad maliciosa del demandante al buscar interponer una demanda en un territorio que era incompetente para conocerla, a sabiendas de que en dicho Juzgado probablemente obtendría el resultado que buscaba. Al respecto, el CPC vigente para la fecha establecía que en caso se comprobara que el demandante ha elegido el Juzgado de forma maliciosa, ello será sancionado con un pago por parte del demandante de entre 3 a 10 URPs.

8.2.2 Valoración de Fondo:

Al igual que en la Sentencia de Primera Instancia, el TC en su fundamentación decide apartarse de la doctrina vinculante recabada en la STC N° 139-2013-PA/TC. Al respecto, analizaremos los fundamentos esbozados por la sentencia en mayoría con su respectivo análisis.

La sentencia en mayoría confunde los conceptos de inmutabilidad del sexo biológico y la clasificación del transexualismo dentro de los trastornos de personalidad y comportamiento por parte de la OMS.

Al respecto, la sentencia en mayoría afirma que la Sentencia N° 139-2013-PA/TC establecía en su fundamentación que la transexualidad en una persona no debe ser entendida como algo que deba curarse, sino más bien como una disconformidad válida de la propia persona respecto del sexo que le ha sido asignado, en tanto afirma que este no refleja verdaderamente su sentir, por lo que se afirma que dicho extremo debe ser dejado sin efecto. Sin embargo, de la lectura de la referida sentencia, en ningún momento el TC en aquella oportunidad afirmó que el transexualismo sea una patología, ya que ello no es su competencia.

En contraparte, el Tribunal Constitucional analizando el caso contenido en la STC N° 139-2013-PA/TC dejó claro que el sexo como elemento identificador de la persona que está profundamente arraigado a la biología de la misma, no es factible de variar, toda vez que la realidad dicta que la biología de una persona no es susceptible de sufrir modificaciones profundas (genéticas) incluso aunque la persona así lo desee. Por ello el TC en aquella oportunidad estableció que el sexo no se puede modificar en los registros, salvo la excepción desarrollada del hermafroditismo, en el cual existe un error de apreciación del sexo originario de la persona

Por otro lado, la sentencia afirma que la biología de la persona no debe ser el único elemento que determine el sexo de la misma, puesto que este es una construcción social. Dicha afirmación carece de todo sustento científico y jurídico, toda vez que busca preponderar la psicología de la persona por encima de su propia realidad biológica al darle mayor preponderancia al “cómo se siente” la persona antes que a lo que “realmente es” la persona.

A nuestra consideración el Tribunal Constitucional hace mal en querer apartarse de la tesis del sexo biológico como elemento estático e indisponible de la identidad personal para pasar a valorar una tesis que defiende la volatibilidad de un elemento tan importante de la personalidad como lo es el sexo.

La sentencia en mayoría cita lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; sin embargo, lo hace mal, toda vez que utiliza una transcripción errónea del fundamento de dicha sentencia internacional. En aquella oportunidad el

TEDH argumentó que no se debe subestimar los cambios radicales que puede generar en distintas áreas registrales y del Derecho, refiriéndose a la posibilidad de que una persona modifique su sexo registralmente. Sin embargo, la sentencia en mayoría ha traducido dicha idea haciendo alusión a que el hecho de que una persona modifique su sexo registral no afecta el Derecho en ninguna de sus ramas. Evidentemente la traducción tergiversa totalmente la idea esbozada por el TEDH. Sin perjuicio de ello, la sentencia en mayoría no brinda ningún argumento jurídico de por qué debería acogerse a los criterios esbozados por un Tribunal Internacional que ninguna vinculación jurídica tiene con la justicia peruana.

En la misma línea, la sentencia en mayoría cita las sentencias de los casos *Atala Riffo vs Chile* y *Duque vs Colombia* alegando que el estado peruano debe defender el “derecho a la identidad de género”; sin embargo, en ninguno de esos casos la persona recurrente exigía la variación del elemento sexo en los registros pertinentes, por lo cual no es pertinente al caso en concreto. Más aún, la sentencia en mayoría afirma que dichos casos son de observancia obligatoria para el Perú por haber sido dictados por la CIDH. Dicha afirmación es errónea, toda vez que el Perú no formó parte en dichos procedimientos internacionales, por lo cual, dichas sentencias no son de cumplimiento obligatorio para el Perú como estado.

Por otro lado, la sentencia establece que las solicitudes de cambio de sexo deben ser amparadas vía judicial a través del procedimiento sumarísimo; no obstante no ha establecido las reglas ni ha valorado las consecuencias que el cambio de sexo de una persona podría acarrear ni tampoco es su competencia, puesto que ello tendría que haber sido regulado por el Poder Legislativo en una ley que desarrolle exhaustivamente cómo serán abordadas las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de la variación del sexo registralmente.

Finalmente hay que analizar los tres fallos que emite la sentencia en el Exp. N° 06040-2015-PA/TC.

Se resuelve declarar fundado el extremo de afectación al derecho de acceso a la justicia del demandante. Se afirma que la doctrina jurisprudencial fijada en la STC N° 139-2013-PA/TC ha fijado una barrera interpretativa. En tal sentido, somos de la opinión

que carece de fundamento que la sentencia haya declarado fundada la demanda en el extremo de haberse afectado el derecho fundamental de acceso a la justicia, toda vez que, la doctrina vinculante que ha fijado con anterioridad el Tribunal Constitucional de ninguna manera busca vulnerar el acceso a la justicia de los recurrentes, más bien busca brindar un campo de acción claro, con fundamentos y justificaciones científicas a los jueces ordinarios al momento de atender demandas en las que se solicite el cambio de sexo.

Se resuelve a su vez, dejar sin efecto la doctrina jurisprudencia] establecida en la Sentencia N° 0139-2013-PA/TC. En tal sentido, somos de la opinión que la sentencia en mayoría hace mal en apartarse de dicha doctrina jurisprudencial, toda vez que los argumentos que han desarrollado para apartarse de tal doctrina carecen de fundamento científico y objetivo. El Tribunal Constitucional tendría que haber declarado infundada la demanda precisamente en aplicación de la doctrina jurisprudencial recabada en la Sentencia N° 0139-2013-PA/TC, toda vez que fundamentalmente son casos muy similares.

Por último, se resuelve declarar improcedente la demanda respecto del petitorio de modificación de los datos registrales de nombre y sexo en los respectivos registros, dejando establecido que el demandante puede acudir a la vía judicial para solicitar dichas modificaciones. Respecto de la solicitud de cambio de sexo, el TC debió haber declarado infundada la demanda, dejando en claro que dicho petitorio no tiene protección constitucional en ninguna vía judicial. Asimismo, respecto de la solicitud de cambio de nombre, está bien que se haya declarado improcedente, para que el recurrente pueda redireccionar dicha solicitud en la vía judicial correspondiente.

9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

Primera: El derecho a la identidad personal consagrado en nuestra Carta Magna está compuesto de elementos estáticos y dinámicos, los primeros refieren a aquellos que por su propia naturaleza son inmutables e indisponibles para la persona, mientras que los segundos refieren a aquellos que por su propia naturaleza son susceptibles de ir cambiando conforme el desarrollo de la persona en el tiempo. De la prueba científica podemos afirmar que el sexo como elemento de identidad de la persona es de carácter estático, toda vez que está

dado por la biología misma de la persona. Afirmar que el sexo es un elemento dinámico de la identidad supondría afirmar que la persona a su mera voluntad puede modificar elementos como lo son los cromosomas, las gónadas, los genitales, entre otros, todos elementos que forman parte de la realidad estática que define a la persona en cuanto al sexo que pertenece la misma.

Segunda: Se debe valorar más exhaustivamente las potenciales consecuencias jurídicas que podría acarrear que se permitiera en el Perú que una persona modifique su sexo en los registros como si fuese un dato más consignado registralmente. La variación en el sexo de la persona acarrea toda una serie de consecuencias jurídicas que afectan también a terceros, toda vez que dicha modificación tiene injerencia en distintos actos jurídicos que la persona pueda celebrar o incluso que ya haya celebrado, ello nos colocaría en una situación de inseguridad jurídica, toda vez que al no haberse dejado esta materia para el legislador, no quedan claras las reglas en cuanto a cuándo una persona puede solicitar el cambio de sexo, si esta solicitud se puede hacer en reiteradas ocasiones, si una vez hecho el cambio ello afecta o no los actos jurídicos celebrados como por ejemplo el matrimonio y/o la adopción de un hijo, entre otros.

Tercera: No existe organismo internacional ni sentencia dictada internacionalmente que obligue o vincule al Perú como estado a defender la “identidad de género”. El Perú como estado soberano no está vinculado a acatar las tendencias internacionales dictadas por tribunales europeos o americanos, los cuales hace años vienen fallando en favor de avalar solicitudes de cambio de sexo en pos de una “mayor igualdad y libertad” y una “mayor defensa de derechos humanos”, enmascarando una ideología de género que carece de sustento científico.

Cuarta: La dejación sin efecto de la doctrina jurisprudencial de la STC N° 0139-2013-PA/TC coloca al aparato jurídico y social peruano en un estado de inseguridad jurídica, toda vez que aparta a los juzgados civiles de una doctrina sólida en fundamentos que establecía objetivamente que el sexo es un elemento estático de la identidad personal y que, como tal, no puede ser modificado al libre albedrío de las personas en los registros nacionales. Dicho fallo es un retroceso en materia de protección de derechos fundamentales, en tanto si bien aparentemente brinda una mayor protección al derecho a la

identidad, en realidad coloca a este en un estado de subjetividad en el cual cualquier persona puede un día alegar pertenecer a un sexo y al día siguiente pertenecer al otro.

10. REFERENCIAS

Aguilar Valdivieso Irene. *Estrategias conceptuales para un programa de capacitación para docentes de Educación Básica Regular sobre identidad sexual con enfoque en Bioética personalista*. Apuntes de Bioética, 2018.

Aparisi Ángela. *Género y persona. Del posfeminismo de género al modelo de la igualdad en la diferencia*. Lima: Género y Justicia, 2016.

Cáceres Gallegos, Francisco José Pedro. “Pertinencia e Implicancias Jurídicas de la Sentencia N° 06040-2015-PA/TC (Caso Ana Romero Saldarriaga), Perú, 2016”. Tesis Magistral. Universidad Católica de Santa María, 2018.

Camps Merlo, Marina. *Identidad sexual y derecho: Estudio interdisciplinario del transexualismo*. Navarra: Ediciones Universidad de Pamplona, 2007.

Carmen Marcuello, Ana. *Sexo, género, identidad sexual y sus patologías*. Cuadernos de Bioética, 1999.

Decreto 1227/2015, de fecha 04 de junio del 2015.

Decreto Legislativo 768, de fecha 4 de marzo de 1992, Código Procesal Civil Peruano.

Donayre Montesinos Christian. *El Carácter Residual del Amparo en el Código Procesal Constitucional Peruano*. Lima: Jurista Editores, 2005.

Fernandez Sessarego, Carlos. *El Derecho a la Identidad Personal*. Italia: Comparazione Diritto Civile, 2014.

Fernández Sessarego, Carlos. *Nuevas Tendencias Doctrinarias y Jurisprudenciales del Derecho Constitucional*. Lima: Derechos Fundamentales de la Persona. Tomo I, 2005.

Julio, C., Kaeuffer, A., Riquelme C., Silva M.P., Osorio, M.R. y Torres, N. “Conocimientos sobre Identidad Sexual de Profesores y Profesoras: ¿Barreras o Facilitadores de Construcción Identitaria?” *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva* 10 (2016): 53-71. doi:10.4067/S071873782016000200005.

Ley N° 03/2007, de 8 de marzo de 2007, Ley Reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas.

Ley N° 18620, de fecha 25 de octubre del 2009, Ley de Regulación del Derecho a la Identidad de Género, Cambio de Nombre y Sexo Registral.

Ley N° 26.743, de fecha 09 de mayo del 2012, Ley de Identidad de Género.

Ley N° 31307, de fecha 21 de julio de 2021, Nuevo Código Procesal Constitucional.

Negro Alvarado, Dante. “Orientación Sexual, Identidad y Expresión de Género en el Sistema Interamericano.” *Agenda Internacional* 17, N°. 28 (2010): 153–175. <https://doi.org/10.18800/agenda.201001.007>

Oficina Regional de América del Sur. “Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” *Naciones Unidas*, (2013), <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientación-sexual-e-identidad-de-género2.pdf>

Oficio N° SAN-2016-0155, de fecha 04 de febrero del 2016, Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

Opinión Consultiva OC-24/17, de fecha 24 de noviembre del 2017.

Parra Estela, Andrea. “Informe sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06040-2015-PA/TC”. Tesis de Licenciatura. Universidad Pontificia Católica del Perú, 2021.

Polaino-Lorente, Aquilino. *Sexo y cultura*. Madrid: 1998.

Ramos Miraval, Miguel Eduardo. “Las Repercusiones Jurídicas Derivadas del Reconocimiento del Derecho a la Identidad del Transexual”. Tesis Doctoral. Universidad de San Martín de Porres, 2020.

Religión en Libertad .“¿Qué dice la ciencia sobre la adopción de niños por parejas gays? Muchos estudios son sesgados”. Acceso el 05 de febrero del 2025.
https://www.religionenlibertad.com/polemicas/171102/que-dice-ciencia-sobre-entrega-ninos-parejas_46188.html

Sgreccia, Elio. *Manual de Bioética*. México: Editorial Diana, 1996.

STC N° 06040-2015/PA-TC, de fecha 21 de octubre del 2016.

STC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 24 de febrero del 2012.

STC N° 00388-2015-PHC/TC, de fecha 19 de julio del 2016.

STC N° 02273-2005-HC/TC, de fecha 20 de abril del 2006.

STC N° 00139-2013-PA/TC, de fecha 18 de marzo del 2014.

STC Nro. 5652-2007-AA/TC, de fecha 6 de noviembre de 2008.

STC N° 04196-2004-AA/TC, de fecha 18 de febrero de 2005.

Tantaleán Odar Reynaldo Mario. *Comentario al artículo 546 del Código Procesal Civil*. Lima: Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas. Análisis y comentarios artículo por artículo, 2016.